R. 91516

FEBRERO ADICIONADO,

Ó LIBRERÍA DE ESCRIBANOS:

INSTRUCCION TEÓRICO PRÁCTICA

PARA PRINCIPIANTES.

PARTE PRIMERA,

DIVIDIDA EN TRES TOMOS.

TRATA DE TESTAMENTOS Y CONTRATOS.

OBRA UTILÍSIMA PARA TODOS, Y ESPECIALMENTE PARA LOS QUE SE DEDICAN AL ESTUDIO PRÁCTICO DE LA JURISPRUDENCIA.

SU AUTOR

DON JOSEF FEBRERO,

ESCRIBANO REAL Y DEL COLEGIO DE ESTA CORTE.

CORREGIDA EN ESTA IMPRESION, Y NOTABLEMENTE MEJORADA CON MUCHAS NOTAS Y APÉNDICES QUE ILUSTRAN ALGUNOS PUNTOS INTERESANTES, Y LAS REALES CÉDULAS ÚLTIMAMENTE PUBLICADAS RELATIVAS Á LAS MATERIAS QUE SE TRATAN.

TOMO I.

QUINTA IMPRESION.

MADRID
IMPRENTA DE DON JOSEF DEL COLLADO.
AÑO 1806.

Este tomo y los siguientes se venden en la Librería de Martinez, frente las Gradas de San Felipe el Real.

INDICE

DE LOS CAPÍTULOS,

PÁRRAFOS, Y APÉNDICES QUE SE CONTIENEN EN ESTE TOMO.

Prólogo del Editor. pag. I. *Prólogo del Autor.* . LXXIX.

Capítulo I. De testamentos y últimas voluntades, &c.

§. I. *Del testamento, sus divisiones y diferencias: quién puede hacerlo, y cómo.* . . . . . pág. 1.
II. *De los herederos.* . 34.
III. *De las substituciones de herederos.* . . . . . 63.
IV. *De las mejoras.* . . 76.
V. *De los desheredamientos.* . . . . . 89.
VI. *De los herederos estraños.* . . . . . 94.
VII. *De los que tienen prohibicion de heredar.* 97.
VIII. *De los herederos ab intestato.* . . . . . 98.
IX. *De la quarta marital.* . . . . . , 109.
X. *De las aceptaciones y repudiaciones de herencias.* . . . . . 110.
XI. *De las mandas.* . 113.
XII. *De las condiciones de los legados y herencias.* . . , ... 121.
XIII. *De la quarta Falcidia.* . . . . . 127.
XIV. *De la revocacion del testamento.* . . . . . 130.
XV. *De los codicilos.* . id.
XVI. *De la cláusula codicilar.* . . . . . 133.
XVII. *Del poder para testar.* . . . . . 136.
XVIII. *De los testamentarios.* . . . . . 145.
XIX. *De la declaracion de pobre.* . . . . . 153.
XX. *Prevenciones útiles al Escribano para el acierto en las materias de este capítulo.* . . 154.
XXI. *De las diligencias que se deben practicar para la apertura de los testamentos y codicilos cerrados.* . . . . . 171.
FINAL, *Escrituras corres-*

pondientes à este capítulo. . . . . . 175.
NOTAS *à este cap.* . . . 205.
APÉNDICE *de Reales Cédulas à este cap.* . . . . 220.

Capítulo II. De los bienes gananciales.

§. ÚNICO. . . . . 230.
APÉNDICE *de Reales Cédulas à este capítulo.* 235.

Capítulo III. De los bienes que deben reservar el viudo ò la viuda à los hijos del primer matrimonio.

§. ÚNICO. . . . . 237.

Capítulo IV. De dotes y arras.

§. I. *De dotes y arras.* 242.
II. *Del privilegio de la dote.* . . . . . 271.
FINAL, *Escrituras correspondientes à este capítulo.* . . . . . 275.

Capítulo V. De las donaciones entre vivos, y de las que se hacen por causa de muerte.

§. I. *Donacion entre vivos.* . . . . . 298.
II. *Donacion por causa de muerte.* . . . . . 328.
III. *Donacion ò cesion à estudiante.* . . . . . 333.
FINAL, *Escrituras correspondientes à este capítulo.* . . . . . 335.

Capítulo VI. De las renuncias de legítimas y futuras sucesiones, y con especialidad de las que hacen los Religiosos y Religiosas.

§. ÚNICO. . . . . 349.
FINAL, *Escrituras correspondientes à este capítulo.* . . . . . 385.

PRÓLOGO DEL EDITOR.

Habia muchos años que la Librería de Escribanos de Don Josef Febrero corria en el publico con la mayor aceptacion, quando trató de reformarla el Licenciado Don Josef Marcos Gutierrez, y en efecto la dió á luz en el año de 1801, purgada de los muchos errores, que segun él contenia, y baxo de otro método y estilo mas exâctos.

En el prospecto con que se anunció al público esta reforma, y en el prólogo que precede al tomo primero, pintó à Febrero el Reformador con tales colores, que se hizo desconocido à quantos le habian visto antes. Segun este nuevo retrato, el método de Febrero es pésimo, ò por mejor decir, Febrero no siguió ningun método; no hay órden en los capítulos, ni en los párrafos, ni à veces en los números, cláusulas, ni oraciones; las especies y materias parecen colocadas por casualidad, ò segun han ocurrido á la imaginacion; su estilo es tosco, su lenguage rudo, sus términos barbaros, sus frases, sus expresiones impropias, y chavacanas; á cada paso se leen voces, y locuciones latinas: apenas tomó en las manos AA. de juicio ilustrado, de fina crítica, de ideas exâctas, de buen gusto, de estilo culto, y de locucion correcta; inumerables pasages son obscuros, muchas cosas del todo inútiles, è impertinentes, con un sin número de molestas repeticiones. En quanto à la parte doctrinal, son muchos y crasos sus errores, yerros, y equivocaciones, è incalculables los males que pueden causar; es equivocado, é inexâcto en varios de sus conceptos, y en la inteligencia, que dá à las doctrinas que cita de varios AA.: en las difiniciones, y divisiones que tanto conducen para la mayor claridad, y mas perfecta inteligencia de las materias, es tambien inexâcto y defectuoso: contrayendose al tratado de particiones, que se compone nada menos que de dos gruesos tomos, nada hay tan embrollado y confuso, en ninguna parte se encuentra tanto fárrago, ni tanta mezcla de cosas vanas è inútiles; parece estár metido Febrero quando le componia en un intrincado laberinto, de que no acertaba á salir; y en el mismo estarán expuestas á tropezar y confundirse todas las personas que quieran aprovecharse de un tratado tan necesario, è importante.

Pero nada hubiera hecho el Reformador con presentar este

retrato, si al reverso de la medalla no hubiera puesto otro tan bello y perfecto como quiso pintarle. He aquí como se explica. Se ha reformado mucho el método, se ha mejorado el estilo y el lenguage, se han subrogado frases y expresiones castizas, se han substituido términos cultos, y que están en uso, sin exceptuar las escrituras, diligencias, y formulas judiciales, las que se han perfeccionado con tanto cuidado, que no podrán ya leerse sin fastidio las que extendió el Autor: hase purgado el lenguage technico de nuestra Jurisprudencia, que usó Febrero, de muchas expresiones y frases ininteligibles. Hanse aclarado los pasages y proposiciones obscuras, y procurado dar exâctitud à todo lo que carecia de ella; se han enmendado y perfeccionado casi todas las difiniciones y divisiones, substituyendo otras en el propio texto; hanse corregido asimismo en él, como en las notas, los muchos yerros, errores y equivocaciones en que incurrió el Autor, combatiendo asimismo en ellas otras, nunca refutadas, y que conviene desarraigar, haciendo explicaciones que no se debian omitir. Además de estas notas se han puesto para enriquecer la obra otras varias, con algunas doctrinas ó especies útiles de que se hace uso freqüente. Disipados así los errores, prosigue, serán incalculables los beneficios que puede hacer la mejora en la administracion de justicia. Desterrados tambien el desaliño y confusion en el estilo y lenguage; hecho puro, sencillo y natural lo uno y lo otro, dada à esta obra toda la posible cultura y claridad, para que la entienda toda clase de personas, aunque no hayan hecho estudio alguno de las leyes; compareciendo ahora en el público sin los lunares y manchas que la afeaban, y engalanada con los adornos y atavios de que ha carecido hasta la presente, podremos lisongearnos, *concluye*, que por medio de la *Librería de Escribanos reformada y anotada*, que mejor llamaríamos *Librería de derecho Español para toda clase de personas*, ù otro nombre semejante, andando en las manos de todos, serán antes de mucho tiempo mas cultos los Escribanos y los Abogados, cuyos escritos groseros y chavacanos no pueden leerse ahora sin fastidio. La obligacion de saber nuestras leyes impuesta à todos por un precepto formal fuera de la muger, del menor, del pastor y simple labrador, precepto nunca observado, y que no ha sido posible observar por falta de libros, que faciliten la execucion, *podrá verse cumplido en nuestros dias con tan gran benefi-*

cio de la nacion, como detrimento de las injusticias y pleitos, mediante el Febrero reformado y anotado, que es indudablemente la obra de Jurisprudencia Española, entre todas quantas tenemos, que mas puede instruirnos, y en menos tiempo, y la única de que pueden valerse nuestros compatriotas para cumplir aquel mandato.

Tales defectos en el Febrero original, y tales perfecciones en el Febrero reformado, le dieron à éste una estimacion y preferencia qual con justicia debia merecer; pero si el comun de lectores formó un juicio tan ventajoso por no haberse tomado el trabajo de comparar los dos Febreros, otros que hicieron esta comparacion con los conocimientos necesarios, no solo no hallaron aquellas ponderadas bellezas y reformas, sino que advirtieron gravísimos errores, capaces de inducir conseqüencias muy funestas en la administracion de justicia. Haremos una breve enumeracion de estos defectos antes de entrar à manifestarlos por menor. El estilo y la locucion del Febrero *reformado*, son los mismos idénticos del *original*, ò por mejor decir, una copia à la letra de él, con la única diferencia de salpicar alguna palabra, ò de poner otra equivalente, ò peor, ò de mudar impertinente ò malamente la apuntacion ù ortografia, ò de hacer de un número tres, ò de tres uno, à excepcion del tomo ultimo, que está en el *reformado* segun el *original*. Las voces, que como exemplos de rudeza y barbarie, se traen en el prólogo, ò están canonizadas de castizas en nuestros modelos de la lengua, ò se hallan autorizadas con el gusto fino modernísimo, ò las usa el propio *Reformador*, haciendo él lo que acusa en otros. El método es tan diferente del método del original, como el estilo y el lenguage; todo es uno, uno, uno. Los grandes *trastornos*, *las grandes mudanzas*, se han reducido à hacer párrafo ó capítulo primero, el capítulo ò párrafo ultimo de algun tomo, ò à trasplantar à uno alguna materia, que en el original se trata en otro, ù arrancar de su lugar nativo algun número, y ponerlo literalmente en otra parte. El tomo primero, que recibió el primer ímpetu reformatorio, es donde mas se observa esta baraja de los capítulos y párrafos originales, y de algun número; en los demas marcha el original por su alveo natural. No hay materia en toda la Librería de Escribanos mas esmerada, mas bien trabajada, mas clara, ni mas metódica, que el *tratado de particiones*, que se alega como exemplo de confusion y fárrago. La reduccion de los siete tomos del *original* à los cin-

co del *reformado*, es una mutilacion de los miembros esenciales y utilísima partes, con que el Autor compuso y organizó su obra, quedando ésta como el Hércules de Belbedere, sin pies, sin manos y sin cabeza.

Los crasos errores y equivocaciones que se atribuyen al Autor en alguna, ù otra nota, ó son dogmas legales ò disposiciones terminantes de las leyes, ó imputaciones solemnes de lo que no dixo, ni pensó, ni soñó decir. Este olvido de las disposiciones de las leyes, no echar de ver el sentido obvio de ellas, escaparse su espíritu, desconocerse las reglas del derecho, equivocar el sentido del Autor, obscurecer, confundir y amalgamar sus claras, distintas y bien fundadas doctrinas; mudar el estado de la qüestion, pensamientos à medio hacer, disentir sin dar razon, proponer sin resolver, es harto freqüente en las impugnaciones, glosas, críticas y reprehensiones de que abundan las notas. Al mismo tiempo se observa en ellas un alto caracter censorio, sin otro apoyo que razones fútiles, mezquinas y miserables de propia cosecha, dictadas por el amor de la novedad, ò por el deseo de distinguirse, y de salir de las sendas trilladas, y volando por las elevadas esferas de la ciencia de la legislacion, se mira con el mayor desprecio la autoridad reunida de los intérpretes de primera *nota*, se censuran las mismas leyes, y se refutan las verdades, y las maximas mas bien establecidas.

He aquí à lo que están reducidos en general los defectos del Febrero reformado, pero como no es facil que los lectores los reconozcan si no se les pone en el caso de comparar y juzgar por sí mismos, ha parecido conveniente hacer una demostracion de ellos, que servirá tambien para convencer à Don Josef Marcos Gutierrez de quan peligroso es tomar sobre sí el alto è importante cargo de Reformador de una obra como la Librería de Escribanos, en cuya composicion gastó Don Josef Febrero muchos años, con sumo estudio y trabajo, y que no dió à luz sino despues de haberla consultado con Letrados muy juiciosos, sabios y prácticos en la Jurisprudencia.

Para la debida claridad se divide esta demostracion en los párrafos siguientes:

§. I. Se traen algunos exemplos de doctrinas confundidas, de leyes ù olvidadas, ó censuradas, ò mal interpretadas en el *Febrero reformado y anotado*, y de alteraciones substanciales hechas

en él, en perjuicio de la verdad, y exâctitud del texto del original.

§. II. Se explican y defienden algunas leyes y reglas de derecho, unas combatidas, y otras no bien entendidas, ò del todo desconocidas en el *Febrero reformado y anotado.*

§. III. Prosigue el mismo asunto con nuevos exemplos; y se vindica al Autor y otros Intérpretes del injurioso estílo con que se les trató en la *Reforma* al establecerse el principio capital de la materia de la colacion.

§. IV. De la extravagancia y tropiezos de la *Reforma* en materia de últimas voluntades, &c.

§. V. De las verdades que estableció el Autor, que como errores se han proclamado en el *Febrero reformado y anotado.*

§. VI. Se da una idea analitica, por via de ensayo, de la operacion reformatoria que reduxo à cinco tomos los siete de la *Obra original.*

§. VII. Se declara el lugar que debe tener en la Jurisprudencia el estudio de las leyes Romanas, tratadas con vilipendio en la *Reforma*, y se concluye manifestando lo ridículo è infundado de los cargos que se han hecho al Autor en quanto á locuciones y frases technicas, estílo y lenguage.

§. I.

Se traen algunos exemplos de doctrinas confundidas, de leyes ù olvidadas, ò censuradas, ò mal interpretadas en el Febrero reformado y anotado, y de alteraciones substanciales hechas en él en perjuicio de la verdad, y exâctitud del texto original.

No le pareció bien à Don Josef Marcos Gutierrez que el nieto pudiese estár en ningun caso, viviendo su padre, baxo la potestad del abuelo; de consiguiente que el abuelo le nombrase entonces tutor en el testamento, fundado en que el hijo casado y velado queda emancipado segun la ley de Toro, y que tanto él como sus hijos están ya fuera del poder del abuelo. (*Tom. III. pag.* 60.) Y si el hijo está casado, y no está velado, de lo qual se han visto hartos exemplares? Entonces él y toda su posteridad masculina y femenina, casada y no velada, estará baxo la potestad del abuelo segun la propia ley de Toro, quien podrá dar tu-

tor, y aun substituto pupilar, no digo à sus nietos nacidos antes de velarse, sino à sus viznietos y tataranietos en su caso. Esto sin duda no le ocurrió al Señor Gutierrez; pero para dar vn vuelo à sus propios pensamientos, dixo contra el dictamen de AA. muy juiciosos, lo que no pensó decir la ley de Toro.

Es muy de admirar la Nota con que ilustra la doctrina del Autor acerca de la cláusula codicilar. Dice pues estas singulares palabras. *La doctrina de la cláusula codicilar no se apoya en ninguna disposicion Real, sino en el derecho comun, y en Autores: por lo que ofreciendose el caso debe exâminarse bien* (*Pag.* 127. *tomo I. Febrero reformado*) Ciertamente es plausible el modo de resolver el problema imaginario, no digo bien, de una premisa, que se sienta como cierta, se saca una conseqüencia dudosa. La clausula codicilar no tiene otro fin que el de suplir qualquiera omision ò falta de solemnidad en el testamento. El derecho Romano la estableció con el fin de dar un consuelo à los testadores que se hallasen inciertos ò temerosos de si seria cumplida su ultima voluntad, para que si llegaba el caso de que se declarase nulo su testamento, supiesen que debia valer como codicilo; y como los codicilos se hallan reconocidos por nuestras leyes, es de consiguiente que ellas autorizen una cláusula dirigida à que à lo ménos tenga valor de tal la última disposicion de los hombres en los casos que sus testamentos sean nulos. Es verdad que no hay una ley terminante en nuestros Códigos, donde se ordene este modo de suplir la última voluntad; pero las leyes protectoras de los actos humanos, comprenden en sí mismas todo quanto puede contribuir à hacerlos valederos. Han de valer en efecto ménos los últimos alientos de los hombres, porque sean mas vehementes y mas vivos? En resolucion, por medio de la cláusula codicilar convierte eventualmente el testador el acto de testar en un codicilo, que es tambien uno de los instrumentos orgánicos consagrados por nuestras leyes, como un monumento para trasladar à la inteligencia de los vivos los últimos deseos de los muertos. Baxo de estos supuestos no se alcanza en qué puede fundarse el Reformador quando dice, que ofreciendose el caso, debe exâminarse bien la cláusula codicilar. Lo que únicamente se deberá exâminar es si está extendida en términos claros y precisos para evitar dudas, pero no si es conforme à nuestras leyes, ò si por no haber una que expresamente hable de la materia, de-

berá ò no tener efecto. Esto seria trastornar todos los principios del derecho, y de la práctica mas bien recibida. Pero enemigo declarado el Señor Gutierrez de la cláusula codicilar, no solo ha incurrido en el error arriba expresado, sino que de los seis efectos que produce y trae el Autor, ha omitido dos sin decir en qué se funda. Son trascendentales à la administracion de justicia estos tropiezos? Es esto explicar y enriquecer, ò es empobrecer, implicar y obscurecer?

No quiero detenerme en varias Notas del tomo I. donde por entenderse siniestramente la ley 1. tit. 4. lib. 5. Recop. se confunden el testamento, el codicilo y la última voluntad, tres cosas enteramente diversas, que tienen en nuestras leyes, aun las mas modernas, en los AA. y en Febrero nociones, ideas, difiniciones, solemnidades y conseqüencias diferentes. Todo se confunde en esta reforma. Trata de los testamentos, y empieza por el testamento militar, cometiendo así el grave pecado antimetódico de poner la excepcion antes de la regla general, arrancando los números respectivos à este testamento, del lugar donde mas adelante los puso oportunamente el Autor, y colocandolos al pie de la letra, y à viva fuerza, donde no cabian. Despues en lugar de una nocion ò definicion clara que dá el Autor del testamento privilegiado, militar, ò no solemne, diciendo: *es el que tiene validacion y firmeza por especial privilegio, aunque carezca de los requisitos y solemnidades prescriptas por derecho*, se puso la siguiente: *es el que ningun otro requisito exîge, sino que conste de la voluntad del testador.* Esto no dá nocion alguna, ni es difinicion buena, ni mala; es un galimatias. El fin de todo testamento es, que conste la voluntad del testador. Aquellos requisitos, formas y modos de declararla, que la ley tiene señaladas ù aprobadas, son los medios. Quién hasta ahora exîgió el fin como medio para conseguir el mismo fin? Es lo mismo que decir, que el remedio mejor para conseguir la salud es estár buèno, y que para averiguar la verdad, el medio mas acertado es saberla; que el medio ò requisito para que conste la voluntad del testador, es que conste. Y cómo hemos de saber quando consta? La misma definicion puede darse tambien al testamento solemne, del que asimismo puede decirse que no exîge otro ninguno requisito, sino que conste la voluntad del testador. Los requisitos y solemnidades que la ley prescribe para él, no son con otro objeto; no exîge mas, porque juzga que con los

prescriptos consta la última disposicion del hombre ; no prescribió ménos , porque cree que sin ellas no consta ; y así solo ordenó las precisas para lograr su fin. Si hubiese entendido que eran necesarias mas solemnidades , ò que con ménos habia bastante , lo habria ordenado así. Las leyes tampoco multiplican entidades sin necesidad. Se ha confundido el convencimiento con las pruebas que la ley exîge para producirle , tanto en el uno como en el otro , que aunque diferentes en el testamento militar , que en el testamento comun , siempre han de ser bastantes à convencer de la última voluntad. Si se hubiese dexado la definicion del Autor en el lugar que la puso , como dà una nocion clara de la diversidad de medios para un mismo fin , y declara segun reglas logicales la diferencia especifica , que distingue el uno del otro , no se podia caer en paralogismos , ni en la confusion que inspira la que se le subrogó , y que trascendió à las Notas , en que obscureciendose la doctrina sólida del Autor sobre el testamento no solemne , se pretende sostener la última voluntad del militar sin pruebas legales y racionales , que produzcan el convencimiento de ella , y hacer responsable á una Real Cédula moderna de cosas que no dixo.

Pero me llama la atencion una nota (*Tom. 1. pag. 28. Nota I.*) donde el *Reformador* , revistiendose de su alto caracter reformatorio , viene à resolver que los Corsarios Berberiscos , las Regencias Africanas , todo Mahometano , è infiel , y hasta los Judios de Hispahan , están sujetos à las leyes de Partida. Hay en efecto una , y es la 8. tit. 21. Part. 4. que ordena , que ningun Moro , ni persona de otra secta , pueda tener esclavo Christiano. Esta ley es la admirable razon, que se dà ilustrando al Autor , para sostener que los Españoles cautivos de los Moros no son esclavos , y por consiguiente , que como libres pueden hacer testamento. No sé como nadie pueda concebir , que una ley pueda extender la fuerza de sus prohibiciones à otros que sus propios sùbditos , ni que nuestros Legisladores hayan pretendido jamas violar la independencia de las naciones , queriendo que éstas reconozcan y respeten sus leyes. El derecho de las gentes , y las solemnes convenciones, sobre todo el derecho tan alto , como justiciero de la reciprocidad , son el Código , que rige entre los pueblos que no dependen entre sí. No se tuvo presente que los Moros y Judios de que habla la ley , son aquellos que eran subditos de los Reyes de Castilla : los decretos de expulsion y proscrip-

cion de unos y otros, fueron algunos siglos despues. Basta una mala razon para echar à perder aun la mejor causa.

Paso ahora à exâminar dos conceptos, y dos difiniciones equivocadas en las primeras lineas del tomo II, por cambiarse el sentido natural de dos voces, por via de mejora y exâctitud, en lugar de las voces y difiniciones exâctas del Autor. *Arrendador que asi mesmo se llama colono*, dice el Reformador, *es el que toma, y arrendatario el que dá en arrendamiento.* Todo es al revés. Arrendatario es el que toma ò recibe en arrendamiento alguna cosa; en latin *conductor.* Este es el significado propio y usado de esta voz, el que se usa en las Cédulas Reales, y el que le dá tambien la Académia en su Diccionario. Aquel que dá en arrendamiento alguna heredad, en latin *locator*, no es, ni se llama, *arrendatario*, como se dice equivocadamente, sino *arrendador*, con esta diferencia en las dos voces, que *arrendador* es, ò se llama, no solo el que dá, sino tambien el que toma en arrendamiento; pero la voz *arrendatario* nunca puede aplicarse ni se aplica al que dá, sino exclusivamente al que recibe en arrendamiento, segun lo hace elAutor, à la manera que *donatario* es el que recibe donacion, *depositario* el que recibe en depósito, *mandatario* el que recibe órden ò mandato, y asi respectivamente; *mutuario*, *commodatario*, *legatario*, *usufructuario*, *usuario*, *feudatario*, &c.; de modo que la identidad de terminacion de todas éstas, y otras voces, no dexarian lugar à dudar en la acepcion de la voz *arrendatario*, aun quando el uso comun no la tuviese bien fixada. La parte activa se aplica al dueño, ò al que dá, y la pasiva al que recibe.

En quanto à la voz *arrendador*, como el contexto es el que determina la significacion de todas aquellas voces que admiten sentidos equívocos, siempre que se usan à un mismo tiempo las dos palabras *arrendador* y *arrendatario*, la de arrendador pierde su indiferencia, y se contrae precisamente al dueño, ò al que da en arrendamiento. Asi todo se cambia por el Señor Gutierrez, marchando todo el discurso sobre este pie de voces, y difiniciones equivocadas, repitiendose las mismas equivocaciones, quantas veces se repiten las voces, trocandose por consequiencia las obligaciones de los contrayentes; haciendo recibidores à los dadores, à los deudores acreedores, à los cobradores pagadores; en substancia es un Babel en que ni Defensores ni Escribanos, Jueces ni partes se entienden unos à otros, y que pondria en ridí-

culo à los Abogados y Escribanos que abrazasen, y produxesen en sus escrituras, informes y alegatos semejantes nomenclaturas. No es esto solo, sino que despues de establecerse alta è imperiosamente tan solemne equivocacion sobre las ruinas de lo que edificó bien el Autor; se dice à renglon seguido: *conviene para mayor claridad no equivocar ni confundir la significacion de estas voces.* Esto es lo mismo que consagrar los disparates.

Exâminemos ahora una doctrina de grandes conseqüencias que nos da el Señor Gutierrez, á saber, que como hay suplicios para los perversos, los hay tambien para los ignorantes. Estableciendo el Autor, apoyado en la razon y en la autoridad, la excepcion de que quando el heredero acepta con error la herencia sin hacer inventario en la forma, tiempo, y con los requisitos que previene la ley, no está obligado à pagar las deudas y legados, sino en quanto alcancen los bienes hereditarios; porque quien yerra, ò ignora no se juzga hacer acto del qual se induzca aceptacion, y el error excluye el consentimiento, sin el qual ninguna disposicion hay estable, y es lo mismo que si no se hiciese, exâltada la vilis del Señor Gutierrez con semejante doctrina, la impugna y castiga en esta Nota: *esta limitacion por sí sola, casi ò sin casi destruye la regla general. Qué acto, qué instrumento, qué obligacion tendria subsistencia, si el error, ò la ignorancia con que se escude el obligado, es suficiente para invalidarlos? No convendria mas castigarlos para que hubiese menos del uno, y de la otra? Así como à la sombra de una indiscreta, y criminal condescendencia, crecen, y se propagan los delitos, así tambien la necia indulgencia con el error, y la ignorancia, aumenta el número de los errados è ignorantes.*

Nada se exceptua en tan formidable fallo; ni lo culpable, ni lo inculpable, ni lo substancial, ni lo accidental, ni lo civil, ni lo criminal, ni el error de hecho, ni el de derecho, ni quantas distinciones ha descubierto la ciencia de la equidad: todo se lleva à sangre y fuego, todo lo abraza un dogma perentorio de tanta latitud, que puede hacer sombra à todo un emisferio. Qué conocimiento no tendrá de sus propias fuerzas para resistir la entrada al error y à la ignorancia, quien se produce de esta manera? Quán desposado creerá estár con la sabiduría, con la verdad, y con la luz, quien declara guerra tan cruel à los ignorantes, y à los errados? Con pocas maxîmas de estas en un dia se

aprende la Jurisprudencia. Nada hay mas contrario à la voluntad que el error, dixo un gran Jurisconsulto, y la razon clama por esta gran verdad; sin la voluntad no hay delitos, sin ella todos son inocentes; sin la voluntad no hay contratos, ni convenciones, ni me debes, ni te debo, y calla la severidad de la ley: todos los que pecan, yerran, pero no todos los que yerran pecan. Principio estupendo el que se establece, y enemigo del linage humano, pues castiga al hombre en su propia y natural debilidad. Solo falta escoltar con suplicios, cadahalsos, torturas y verdugos tan bárbara maxìma. Qué podemos esperar de las *Instituciones criminales*, que se nos anuncian por el Reformador en su prólogo, si los errores son crimenes? En qué libros de negra Jurisprudencia, en qué tizon se habrá leido este anatema? De dónde se habrá deducido? De los motivos mas altos de templar el rigor, y de producir los sentimientos mas nobles y tiernos de la humanidad.

Pero qué bien dice con esta máxîma tan desoladora, capaz ella sola de acabar de una vez con toda la especie humana, una exâlacion de humanidad en que se resuelve el corazon del *Reformador* con motivo de tratar el Autor de los partos de las esclavas (*Tom. 3. pag. 228. Nota I.*) *Al leer este número*, dice, *al leer los partos de las siervas, que se equiparan à los animales, no ha podido menos de conmoverse y afligirse mi corazon. He aquí una miserable porcion del género humano degradada, y humillada hasta el nivel de las bestias: : : : Dios quiera que no prevenga mi muerte al cumplimiento de uno de mis mayores deseos, el de ver desterrados de los Códigos las viles y afrentosas voces de siervo y servidumbre, de esclavo y de esclavitud.* Esto es ridículo, y sobre serlo pudiera el *Reformador*, entre tanto que se le cumplen sus loables deseos, no haber omitido en su *reforma* las nueve partes de las diez, de las doctrinas del Autor sobre la esclavitud, algunas muy consoladoras; pues tanto en los dominios del antiguo como del nuevo mundo, tiene, ò puede tener uso el *Código negro*.

Ordena la ley 52 de Toro lib. 4. tit. 2. lib. 5. Recop. cuya disposicion trae el Autor, que "qualquiera esposa, ora sea de »presente, ora sea de futuro, suelto el matrimonio, gane si el es»poso la hubiere besado, la mitad de todo lo que el esposo la »hubiere dado antes de consumado el matrimonio, ora sea pre»cioso, ò no: y sino la hubiere besado no gane nada de lo que

»la hubiere dado, y tornase à los herederos del esposo. Pero si »qualquiera de ellos muriese despues de consumado el matrimo»nio, que la muger y sus herederos ganen todo lo que siendo »desposados le hubo el esposo dado, no habiendo arras en el »tal casamiento y matrimonio, pero si arras hubiere, que sea »en escogimiento de la muger ò de sus herederos, ella muerta, to»mar las arras, ò dejarlas; y tomar todo lo que el marido la »hubo dado siendo con ella desposado." *Tengo por inútil tocante al ósculo*, se dice en una Nota, *la disposicion de la ley 52. de Toro, y de la 3. tit. 11. Partida 4. tomada sin duda de la 16. Cod. de donat. ante nupt. Si se habla de un ósculo ilicito, y motivado por un impuro afecto, no podrá probarse, puesto que los esposos lexos de buscar quienes puedan ser testigos de semejante hecho, huyen cuidadosamente de ellos; y si se habla de un ósculo permitido como una de las ceremonias introducidas en la celebracion de los esponsales ò del matrimonio, creo con fundamento que en ninguna de las Provincias de España se halla recibido*: (*Tom. 2. pag. 180. Nota 1.*) Otro ósculo se dexó del que habla expresamente la ley, y es el mas honesto, fiel y legal, qual es el de la esposa de presente al esposo de presente; pero si se hablaba de él, iba por tierra toda la filosofia de la Nota, con que se queria hacer lucir un rasgo censorio de esta ley. Como quiera, nuestros Legisladores segun esta doctrina malgastaron el tiempo, unos en concebir, otros en sancionar, otros en promulgar, otros en renovar esta ley. Solo por pasatiempo hicieron una ley inútil para un caso imposible de probar. De la misma manera, y solo por placer, hicieron tambien leyes inútiles, è impusieron penas contra el adulterio; pues los adulteros, aun con mayor razon, lexos de buscar testigos de su crimen, huyen cuidadosamente de ellos. Asímismo fué tambien un juguete de nuestros Legisladores hacer igualmente leyes contra la bestialidad, y otros delitos tan afrentosos à la naturaleza, pues todos estos delinqüentes, lexos de buscar testigos de sus abominaciones, huyen cuidadosamente de ellos. El cohecho, la usura; para qué me canso, qué delinquentes buscan testigos de sus delitos? Asi todos los crimines tienen hecha su apología en la doctrina de esta Nota. Á tal término conduce un raciocinio mal hecho, y tales son los abismos donde se precipita una razon sin guia.

Á la ley toca tener siempre franco y abierto el augusto so-

lio de la justicia. La probanza del agravio es de cargo de los querellosos, que acuden à su proteccion. La misma ley y la buena razon socorren en los casos de difícil prueba: los indicios, las congeturas, las presunciones, los actos aproximados à los delitos, adquieren mas vehemencia en tales circunstancias, y ò producen el convencimiento, ò se acercan tanto à él quanto es menester, al ménos para indemnizar al agraviado, aun quando no sea bastante para llenar todos los designios de la justicia criminal.

Si esto es así, en aquellos actos cometidos en tinieblas, dignos de todo el ódio de la ley, y de toda la exêcracion de los hombres, mucho mejor en el ósculo entre esposos de futuro, que aunque reprehensible en el juicio de Dios, no lo es tanto en la opinion de los hombres; y que llevando consigo un cierto afecto conyugal anticipado, faltan los motivos para tanto recato y reserva. Esto es quando para la contienda entre la esposa y el esposo, ò sus herederos hubiesen de ser precisamente necesarias las deposiciones de testigos, que no lo son. Pues como se ha de probar? quién lo ha de declarar? quién lo ha de decir? Quién? Ella misma; no es necesario mas testigo, y aun debe serlo solo ella. Á una muger que dice, la besaron, lo mismo que si dice que no es doncella, es menester creerla. Si la esposa se niega à devolver al esposo, ò à sus herederos las joyas ò dadivas que la demandan, sujetese à esta prueba. Paréceme un juicio como el de Salomon, el del primero que en este caso pasó con mucha discrecion à una muger en la dura necesidad de juzgarse ella misma. Este es un juicio muy antiguo en las leyes de Castilla: *Esta es fazaña de Castilla*, dice la ley 4. tit. 1. lib. 5. del Fuero viejo; *que Doña Elvira, sobrina del Arcediano Don Mateo de Burgos, è fija de Ferran Rodrigues de Villarmentero, era desposada con un caballero, è dióle el caballero en desposorio paños, è cinteras, è una mula ensillada de dueña, è partióse el casamiento, è non casaron en uno; è el caballero demandó à la dueña quel diese suas cinteras, è todas las otras cosas que le dió en desposorio, que non habia porque gelo dar, è vinieron ante Don Diego Lope de Faro, que era Adelantado de Castiella, è dijeron suas razones antel caballero, è el su tio el Arcediano Don Mateo, que era Razonador por la dueña: è juzgó Don Diego, que si la dueña otorgaba que habia besado, y abrazado al caballero despues que*

se juraron, que fuese todo suo de la dueña, quantol habia dado en desposorso; è si la dueña no otorgaba, que non habia abrazado, nin besado al caballero, despues que fueron desposados en uno, que diese todo lo que recibiera: è la dueña non quiso otorgar que la habia abrazado, nin besado, è diol todo lo que le habia dado. La ley cree imposible en la honestidad del sexô, singularmente en el pudor virginal, que aquella que no fué besada, diga que la besaron; aun habiendolo sido, será siempre un experimento trabajoso para su rubor adquirirse por su propia boca la compensacion del menoscabo que con el ósculo haya padecido en él; es una lucha entre su vergüenza, y su interés. Si quizá Doña Elvira fué melindrosa, tendria por mejor perder las joyas, que perder la esperanza de otro novio, tal vez tan delicado, que le incomodase el contacto de la atmósfera. La ley es enteramente favorable al honor de las mugeres. La que vuelve las joyas dá un testimonio público en abono de la integridad de su pudor, y conserva todo su precio para ser objeto de nuestras solicitudes. Si usa del beneficio de la ley, consigue un resarcimiento, que consolandola de la pérdida de un esposo, alienta su esperanza de otro ménos delicado: este es negocio y especulacion de ellas. Podrá hallarse alguna en circunstancias que diga: *pues me tienen por besada, peor es no ganar nada.*

En medio de la imposibilidad moral de señalar, ò determinar quál de nuestras instituciones, costumbres, ò leyes actuales, es la misma en todo ò en parte, pura ò modificada, que la que tuvieron los aborigines ò primitivos Españoles antes de recibir las impresiones que les dieron las diversas naciones que dominaron nuestro pais, y de formarse inumerables combinaciones en la série de los siglos, entiendo, que si hay alguna institucion, que pueda llamarse originaria, indigena, y verdaderamente nacional, es la presente. La hallamos en el *Fuero Real*, en las *Partidas*, en el *Fuero viejo de Castilla*, en el *Fuero Juzgo*, y aunque la ley del Código que se cita en la Nota (tomandola del Autor) tiene fecha mas antigua, es muy digno de observar ser una constitucion del Emperador Constantino dirigida al Gobernador de España, verisimilmente con motivo de alguna consulta ò recurso contraido à nuestras costumbres en aquel tiempo. Los Compiladores del Código de Justiniano la juzgaron digna de él, por

su sabiduría y grande equidad. Lo cierto es que los Jurisconsultos Romanos, cuyas sentencias se recopilaron en el Digesto, no hicieron mencion de tal institucion.

No sé yo à que viene el ósculo formulario ò ritual de que se habla tambien en la Nota, en el supuesto soñado de que la ley de Toro pudiese referirse à él. En España siempre se besó, como se besa ahora. Sea lo que fuese, la ley no habla de tal ósculo, ni pueden concebirse en él los fines y razones de su disposicion, que son resarcir à la esposa el menoscabo que padece en su rubor, y compensar el sufrimiento y confusion de su vergüenza, à causa de la osadía del esposo, para quien en ello todo es placer. Este es el primer principio del galanteo honesto, ò inhonesto. El pudor menguado ha de ser recompensado, y el placer pagado. Si algunas veces observamos algunas excepciones, éstas son obra de la depravacion de costumbres, que ha hecho invertir las leyes de la naturaleza. Como nada de esto hay en el ósculo ritual, cesa en él la razon de la ley. Así dicen, que se besa en Francia, donde por eso nada gana besandola la esposa de futuro de lo que la hubiere dado el esposo; el ósculo es indiferente allí, ni en darlo, ni en recibirlo se hace, ni se padece, ni se excitan los órganos sensorios; besar una muger, es besar una pared. Por eso fué condenada como error la doctrina de los hereges Begardos y Beguinas, especie de místicos carnales, que enseñando no ser pecado fornicar, decian serlo grave besar de esta manera. En los paises donde se tiene en mas à las mugeres, y se respeta mas su contacto físico, donde el ósculo conmueve toda la máquina, y electriza toda la sensibilidad orgánica de un hombre, donde con el ósculo se confunde y humilla la modestia virginal, y la honestidad de una matrona, tiene el ósculo otras ideas, y otras leyes. Quizá influirá tambien para esto la altura de polo, que por una especie de moda entra ahora por razon, en casi todas las leyes. De este ósculo, y no del de ceremonia, dixo Ovidio: *Oscula si dederis fies manifestus amator.* Por él privaba del feudo una ley de los Longobardos al vasallo, que besase à la esposa de su señor, y por él se dixo tambien: *per osculum, et desteras resignatur pudor.* Esta es la diferencia que hay de un ósculo à otro; en el último no tiene cabimiento alguno la disposicion de la ley, por no ser admisible la recompensa donde no hay que recompensar; ésta es la razon. La de no estár en costumbre en ninguna de las provincias de

España era tambien muy bastante, para que no se hiziese memoria alguna de él en el comentatio sobre la inteligencia de una ley patria. En fin viene à resolverse toda esta doctrina con que se enriquece, è ilustra el Autor, en que un óculo porque no se usa, otro porque no se puede probar, otro porque se pasa por alto, todos quedan sin pagar. Qué importa que en otra parte de sus Notas ponga el *Reformador* en las nubes el alma de las mugeres, si rebaxa tanto, ó mas bien dexa tan agraviado el mérito de su cuerpo?

Tambien quisiera el Señor Gutierrez, paseandose en la ciencia de la legislacion, que las mugeres no llevaran dote al matrimonio, ni heredaran à padres, parientes, ni extraños; todo su caudal para merecer las preferencias y favores de un hombre, habia de consistir en virtudes morales. Añadiera tambien, que por ningun título habian de poder adquirir bienes algunos, y así nos ponia el otro sexô bien barato. Se ha hecho la observacion, que donde las mugeres no llevan dote, son esclavas: esto les faltaba para colmar su suerte. Orgulloso el hombre en tales regiones con la superioridad de sus fuerzas, está hecho un zangano, mientras la muger executa casi todas las fatigas del campo, desempeña las ocupaciones caseras, y observa con humillacion los antojos de su marido para complacerlos. Ellas podrian exîgir otro tanto de los hombres, y se sostendrian maravillosamente las cargas del matrimonio en estos tiempos voraces, en que ni la dote ni la virtud juntas son bastantes para quitar à muchos el horror al matrimonio, que un luxo casi convertido en primera necesidad ha hecho tan gravoso. Estas vanas teorías son buenas para la historia de los siglos en que los hombres se mantenian con bellotas; pero impertinentes y superfluas en la *Librería práctica de Escribanos*, escrita en tiempos en que las legislaciones de los pueblos cultos tienen por un mal público, que desean evitar, la indotacion de las mugeres, y en que la opinion ha puesto entre los objetos mas laudables de la piedad, y dentas virtudes tan sociales como christianas, la dotacion de ellas.

Solo faltaba que se diese en el pensamiento de dotar à los hombres!; dicho, y hecho; en otra parte se habla precisamente de dotar à los hijos. (*Tom. 4. pag. 93. Nota II.*) Si estuviesemos entre los Indios salvajes del Darien, donde se casan unos hombres con otros, y que son, segun un Historiador nuestro, unos grandisimos

putos, no habia que maravillar. (*Gomara en su historia.*) Yo creeria que se padeció equivocacion; si lo fué, es muy de estrañar, porque quien echa à otro en cara sus crasas equivocaciones, no debe equivocarse nunca; ni debe ser oida la advertencia que hace el *Reformador* en el tomo II., de que si à pesar del mucho cuidado que se ha puesto, se encuentran algunas pequeñas equivocaciones en dicho tomo, espera que las disimularán los lectores, *teniendo en consideracion el grande trastorno, las grandes mudanzas, que se han hecho en la obra*: porque cómo se ha de perdonar, à quien à otro no perdona? Un *Reformador* debe ser tal, que no haya necesidad de reformarlo à él. El grande trastorno, y las grandes mudanzas, lexos de ser motivo de indulgencia, lo es de acrecentar el rigor; la obra se estaba bien puesta en sus quicios, sin que fuese menester que nadie viniese à revolucionarla, ni à levantarla de ellos.

No puede tampoco comprehender el Señor Gutierrez por qué las mugeres han de ser capaces de otorgar testamento, y otros actos civiles antes que los hombres, esto es, à los doce años. *La anticipacion de la pubertad en aquellas*, dice, *es solo respectiva à su aptitud para la generacion, lo qual se observa constantemente en toda la especie humana, y no por los mayores progresos de su razon.* (*Tom.* 1. *pag.* 27. *Nota I.*) Dexando à parte la experiencia, porque éste es un pequeño argumento para el Reformador, no es un inconveniente para el que la naturaleza y los Legisladores que la tomaron por guia, incurriesen aquella, y estos en la inconsequencia y nulidad de crear y suponer una ley constante, que habilitase à las mugeres à los doce años para el matrimonio, antes de haberlas proveido de razon bastante para quedar obligadas en él. Pueden ya tener hijos en esta edad, la naturaleza las autoriza para ello, las leyes civiles obedecen este decreto soberano, y todavia en sentir del Reformador, por falta de razon no tienen obligacion moral, ni deben tenerla civil à mantenerlos, ni à observar la perpetuidad de la union conyugal. Este flanco de la ley civil, y aun de la natural no conocido de los Legisladores, es un descubrimiento del Reformador, debido al primor de su microscopio solar. Creiase que la marcha moral, y la marcha fisica guardaban de ordinario unas mismas leyes, y que el estado de las facultades fisicas del cuerpo, que se manifiestan à nuestra vista, fuese una señal muy verosimil del estado interior de las facultades

intelectuales. Ya está visto, que todo esto fué, y es una equivocacion, un error craso de todos los Filòsofos y de todos los Legisladores, el qual como se dice en el *prólogo* es conveniente desarraigar. La naturaleza incurrió en la monstruosidad de hacer à las mugeres hábiles para el fin à cierta edad, y de negarles los medios necesarios para llegar à él. Si por una ley constante las hizo aptas para la generacion, por qué se descuidó en no dár por otra ley constante la razon suficiente para entrar en el empeño sin el qual es inútil aquella aptitud? Bien se vé que nuestro *Reformador* no es cobarde: si no respeta las leyes de la naturaleza, cómo ha de respetar las leyes humanas?

No entro en el resto de la Nota donde todo es inexàcto. El derecho, y la historia Romana están mal entendidos, ò mas bien nada consultados; nuestros Comentadores confundidos con nuestros Legisladores, y la naturaleza sujeta à las reglas fixas de proporcion que el Reformador la señala, concluyendo con un proyecto de ley que es una contradiccion con lo que dexa sentado al principio de la Nota, pues teniendo dicho que la razon se perfecciona à un tiempo en los hombres, y en las mugeres, llama buena la legislacion que fixase el término de la mayor edad en las mugeres à los 23 años, y el de la edad pupilar à los 12 como ahora.

§. II.

Se explican y defienden algunas leyes y reglas de derecho, unas combatidas, y otras no bien entendidas, ò del todo desconocidas en el Febrero reformado y anotado.

Antojo fué de los Legisladores, sin apoyo alguno en la razon, el establecimiento del derecho de representacion entre los descendientes, y no entre los ascendientes. Suponer que esto se hizo porque repugna à la naturaleza, es una razon despreciable, dice el Señor Gutierrez. No fué este el motivo, ni pudo serlo de semejante establecimiento. La ley quiso que heredase el mas próximo en grado, y esto basta. Tal repugnancia solo ha existido en la fantasía de nuestros AA. y existirá en la de los que adoptan sus opiniones sin crítica ni reflexion. Tampoco hay razon alguna sacada de las leyes de la naturaleza, para que los

hijos en la sucesion à sus padres, y aun en el derecho à los alimentos sean preferidos à los ascendientes. Si las leyes positivas han dispuesto otro órden de sucesion, es porque regularmente los ascendientes mueren antes, y por una especie de desquite, por quanto ellos ya sucedieron à su vez à sus propios padres. Si los padres han dado el sér à sus hijos, los hijos lo han recibido de sus padres. Nada tienen que hacer aquí ya para la preferencia ni la naturaleza, ni la razon. (*Tom. I. pag.* 55. *y* 56. *Nota I.*)

No se puede dar origen mas baxo y mezquino, ni poner mas en ridículo unas Instituciones que tienen su raiz en las leyes primitivas de la misma naturaleza. Es el término de los extravíos de la imaginacion. Los sentimientos naturales, ò un instinto irresistible, es el que nos arrastra à los fines de la conservacion y propagacion de la especie, instinto que nos es comun à los brutos, que nos arrebata hácia los hijos aun antes de tenerlos; que nos aparta, que nos agita y trae fuera de nosotros mismos, para procurar el mayor bien de aquellos à quienes dimos el sér. Este instinto es el que escucharon las leyes que establecieron el derecho de representacion entre los descendientes, y no entre los ascendientes, y el órden de sucesion, ò la preferencia de los hijos á los abuelos en la sucesion à sus padres, cooperando las disposiciones de los hombres con la naturaleza misma al cumplimiento de sus altos designios. *Amor descendit*, dicen los AA., y es una verdad eterna. El amor entre parientes tiene su declive natural hácia la descendencia, que llena los huecos de la mortalidad, y precave con la multiplicacion las contingencias à que se expondria la totalidad de la especie por aquella condicion fatal que conduce los hombres à su último fin y acabamiento. Un solo hijo único atraeria hácia sí los desvelos de padres, abuelos y bisabuelos por todas lineas, si todos viviesen à un tiempo. El mismo hijo llevado de una direccion rápida, que le inclina al descenso, se alexará de toda su ascendencia, y obedecerá tambien à la ley general. Tan sublime como esto es el origen de las leyes positivas sobre la representacion entre descendientes, y no entre los ascendientes; y de la preferencia de los hijos à los abuelos en la sucesion à sus padres. Los hijos se llaman ya dueños de la hacienda paterna, aun viviendo aquellos; son *sui hæredes*, como dice la ley Romana, la qual no estima la sucesion de los hijos à los padres como verdadera y propia sucesion de herencia, sino como

una continuacion del dominio, digamoslo así, que ya tenian en vida de ellos. Este principio es tambien una de las razones originarias del derecho de representacion entre los descendientes. Si el hijo muere, es representado por el nieto, à quien se transmitió un lugar y un derecho que se suponia tener el difunto en los bienes paternos, y esta misma razon lo es tambien de la preferencia de los hijos à los abuelos en la sucesion à sus padres; porque quién con mas preferencia à una cosa, que aquel que se cree ser ya dueño de ella?

Qué diremos pues à vista de esta doctrina dictada por la misma razon, promulgada por sabios Legisladores, admitida y observada en la série de los siglos; de esta doctrina que tanto influye en la propagacion y conservacion de la especie humana, à quien por mejor decir se debe su existencia, como producida por el amor impreso por la naturaleza en todos los séres; amor inextinguible, que se va sucediendo desde el primer hombre à toda su posteridad; qué diremos, repito, de esas hinchadas expresiones del Señor Gutierrez? Es la naturaleza, o es el capricho de los hombres el origen del derecho de representacion entre los descendientes? La preferencia de ellos con respecto à los ascendientes, la repugnancia de la naturaleza à que estos la tuviesen, es producida por la fantasía de nuestros AA.; existe solo en la cabeza de los que piensan sin crítica ni reflexion?

En quanto à los alimentos, el hijo los pide de justicia al padre, que debe conservar un sér de que es autor. El padre los pide al hijo, porque debe agradecerle el inestimable beneficio que recibió. En la primera obligacion urge la naturaleza, y su instinto à la execucion de sus fines: en la segunda, desempeñados ya estos, obra solo la moral. La primera la reconocen los brutos, la segunda no. En el concurso de acreedores en que el hombre se vé requerido de su padre y de su hijo, el hijo trae por titulo la naturaleza misma, el padre trae la razon que viene confesando, y aun intimando la superioridad, universalidad y prioridad de aquella ley, y reconociendo que la suya es inferior y particular. Constituido el padre en medio de dos fuertes y grandes atracciones, la de su hijo y la del abuelo, vence la del hijo. La moral distingue con diferentes nombres, ambos muy respetables, las obligaciones que producen, y las virtudes con que se desempeñan, en proporcion à la fortaleza y estrechez de aquellas relacio-

nes, designando unas con los nombres de *piedad* y de *equidad*, y las otras con las de *justicia propia y rigurosa*, y *derecho natural*. El Señor Gutierrez se burla, y no entiende de tanta sutileza y *nomenclatura*, ni de tanta graduacion, ni de tanta filosofia, y confundiendo y arremolinando las doctrinas, y el órden de la razon y de las leyes, creyendo que los grandes títulos de equidad y de piedad con que los padres son acreedores de sus hijos en las apreturas de la necesidad, son vanos y despreciables, y que con ellos solos quedaban agraviados y sin pan, se desata contra el Autor, Gomez y otros, que mas metódicos, mas lógicos y mas morales, distinguieron las obligaciones del hijo al padre, y las del padre al hijo, conforme al sistéma mismo de la naturaleza, denominaron las unas obligaciones de *piedad* y de *equidad*, y las otras obligaciones de *justicia rigurosa*, y *derecho natural*, y declararon con estas voces el lugar que tienen en la gerarquía misma de la justicia, virtud genérica que incluye tambien la equidad y la piedad. Así no echando de ver la importancia ni la fuerza de estos sagrados nombres, ni las diversas acepciones mas ò ménos extensas, que se dan muchas veces con mucha oportunidad à unas y otras, saca contradicciones contra el Autor, Gomez y otros, que no tienen otro fundamento que las ideas incompletas de la *reforma*.

Dixo Febrero que las mugeres pueden hacer testamento à los doce años, y los varones à los catorce, y pareciendole esto al Señor Gutierez muy estraño y perjudicial, creyó no debia dispensarse de notar semejante extravagancia, y tomando su tono reformatorio, prorumpió así. *Excelentes testamentos se harán en la edad de catorce años.* (Tom. 1. pag. 27. Nota H.) Qué se querrá decir con esto? En qué se pondrá la excelencia de un testamento? Es por ventura alguna memoria sobre algun problema politico, propuesto por alguna sociedad ò instituto? Un testamento está hecho en dos palabras: *Pedro sed mi heredero: titius hæres meus esto.* No es menester otra cosa. Para ninguna otra piden las leyes, y con razon menos entendimiento, que para hacer testamento, al paso que para ninguna dexan mas libertad, ni mas anchura à la voluntad. Casi basta precisamente aquella chispa de razon, sin la qual el hombre queda absolutamente en tinieblas, y es ò loco ò mentecato, ò poco mas que niño; con ella puede hacer ya un excelente testamento, tan bueno y per-

fecto en su linea en el concepto de la ley, como el del Cardenal de Richelieu. Basta haber capacidad para querer y conocer, y saber con acto reflejo, y discernir lo que se quiere, en aquel punto que exîge la ley. Tan buen testamento puede hacer un rústico, como un filósofo. La libertad absoluta en testar, en disponer acerca de la suerte de los bienes, para quando se acabe la vida, es el grande objeto de las leyes testamentarias, que son el garante de esta libertad, y el albacea universal de quanto el hombre establece en uso de ella. La ley sale por fiadora hasta de los caprichos de los que testan, con tal que no se violen las leyes generales de la naturaleza, y de la sociedad en el estrecho círculo que las ha prescripto en esta parte, en obsequio de aquella libertad. El mejor testamento en los designios de la ley, es el mas libre. Para hacer su antojo no es necesario tanto entendimiento. El hombre á los catorce años puede ya fixar su voluntad, y su predileccion, y dexar sus bienes à quien quiera. No se harán todavia mejores testamentos en esta edad, en que libre el espíritu de las preocupaciones, extravagancias, ridiculeces, vanidades, y fanatismo que se adquieren en el discurso de la vida, escuchará mejor los sentimientos naturales? Seguramente no se han fundado en esta edad tantos monumentos contrarios al bien general. Hubiera sido muy bueno, que en seguida de esta exclamacion nos hubiera ilustrado el Señor Gutierrez con las reglas del arte nuevo de hacer testamentos, y con un proyecto de ley sobre esta materia, señalando tambien en él la edad madura, y sazonada para testar.

No debian los interpretes, aun los de mayor nota, prometerse del Señor Gutierrez ni mas miramiento, ni mas lógica, que la que se ha usado con las mismas leyes. Dixo el Autor con la autoridad del Señor Covarrubias, Palacios Rubios y otros, que si despues de haber mejorado el padre à un hijo intervino entre los dos grande enemistad, se presume revocada la mejora; lo qual procede, aunque luego otorgue codicilo, y en él ninguna mencion se haga de ella, y esto procede, segun la comun y mas verdadera opinion, aun quando el mismo padre haya dado motivo para que su hijo se enemiste con él, salvo que despues se reconcilien; pues convalece por la reconciliacion. (*Feb. orig. P. II. lib. II. cap. II. §. II. num. 76.*) Fuera de todo el órden le pareció al Señor Gutierrez esta doctrina, y así exclamó. *Yo hago,*

y con justicia, mayor favor al amor *paterno*. (*Tom.* 4. *pag.* 81. *Nota* 1.) Amor paterno? Quién habla de amor paterno, si se supone que se aborrecen, y sobre tal supuesto gira la qüestion? Suponer amor, ya no es la hipotesi de que se trata. Y no tiene tambien el padre amor paterno à los demas hijos, acreedores igualmente à que se les haga justicia. Consiste la justicia del amor paterno en distinguirse con un hijo que aborrece à su padre, y que es aborrecido de él, aunque el padre haya dado motivo à la enemistad, mejorandolo en el tercio y quinto, y posponiendo à los demas hijos à quienes ama, y que le aman? El amor paterno à los hijos queridos merece à lo menos que se le haga la justicia de que el padre los quiso igualar al hijo que aborrece, à quien el *Reformador* quiere premiar con la mejora de tercio y quinto à costa de los demas. El Señor Covarrubias, Palacios Rubios, &c. con menos entono tuvieron mas filosofia.

Un principio de derecho, la esencia nada ménos de los legados, y de toda disposicion testamentaria, es el objeto de la fina crítica del Señor Gutierrez en la qüestion siguiente. Dícese en el original, que el testador no debe dexar las mandas à arbitrio de otro, sino hacerlas por sí mismo con palabras y señales, tan ciertas y claras, que se conozca claramente su voluntad; ni tampoco la eleccion de la persona del legatario; pero que puede dar à su heredero ù à otro facultad para elegir à personas inciertas de las ciertas que le señale, en cuyo caso valdrá; porque así no se confiere en la voluntad de otro la substancia del legado, sino la qualidad ò eleccion de la persona. (*Feb. orig. P. I. cap. I. §. II. num.* 207.) *Si esta razon fuera buena*, se dice en la Nota, *tambien valdria el legado, quando al heredero ù otra persona se diese absoluta libertad para elegir legatario, en cuyo caso no vale la manda, ya por ser disparatada è indiscreta, ya por la suma contingencia de que no se haga buena eleccion.* (*Tom. I. pag.* 112. *Nota II.*)

La razon es tan buena, como que el legado en que se dá facultad al heredero, ù à otra persona para elegir personas inciertas de ciertas, v. gr. *mando 6@ à una de las doncellas pobres de mi familia, ó de tal pueblo, ò parroquia, el que eligiere el Cura*; vale, porque en este legado se verifica la substancia de todos los legados, y de toda disposicion última; pero la manda en que se da al heredero, ù à otro absoluta facultad para elegir la persona del legatario, por exemplo, *lego 6@ à la persona que Pedro*

elija, es nulo, porque aquí falta totalmente la esencia y substancia del legado. Arguir del valor del uno, para inferir el valor del otro suponiendo hallarse en los dos la substancia de los legados, es una prueba nada equívoca de que no se sabe en que consista la esencia de toda disposicion última.

El testamento es la voluntad propia del que testa; esta es la substancia de este acto solemne. Mi querer, este acto físico é individual de mi ánimo, este juicio mio dispositivo de mis bienes para quando se me acabe la vida, es el que se propusieron garantir las leyes testamentarias, estableciendo las formas y solemnidades del acto donde habia de quedar consignado. Este querer mio, este juicio mio, es tan mio, que nadie lo puede hacer sino yo mismo. No manifestar el hombre ninguna voluntad, ningun juicio, ninguna eleccion suya, entregandose sin restriccion ni reserva al juicio y voluntad de otro, para que nombre heredero ó legatario á quien se le antoje, no es testar él, es testar otro por él, lo qual es absolutamente imposible en el concepto de la ley. En resolucion, no es mi testamento la voluntad agena. La ley presume, que quien no tiene voluntad, tampoco tiene entendimiento. El que carece de sentimientos, de afectos y pasiones, aquel en quien no hacen impresion los objetos que se le presentan, y que es insensible en la ocasion mas propia de manifestar su voluntad, es un mentecato, y por tal tuvo un Jurisconsulto al que hiciese semejante disposicion. Las leyes de Toro, que tratan de las facultades de los comisarios para testar, que son casi ningunas, están fundadas sobre este principio, cuyos ecos despues de mas de dos mil años que se estableció en la legislacion del primer pueblo del mundo, todavía no han resonado en los oidos del *Reformador*.

No así quando se da facultad al heredero ú á otro para que nombre personas inciertas de ciertas, como en el primer exemplo; entonces ya declara el testador una voluntad propia, un objeto de su predileccion, señala una coleccion de personas, de donde no puede salir el que ha de juzgar y elegir; y no solo se verifica ya la substancia del legado, sino que en tales disposiciones se pueden exercitar todas las virtudes patrióticas, todas las virtudes morales, y aun todas las teologales.

Qué diremos supuestos estos principios de la inoportuna comparacion de un legado con otro, y de ese tan frívolo como incoherente discurso; á saber, que si la razon que constituye valido

este legado fuera buena, tambien valdria el otro? El legado en que se dexa a la absoluta libertad de otro la eleccion de la persona del legatario . es nulo, porque como dice muy bien el Autor, falta en él la substancia del legado; no porque pueda hacerse mala eleccion, ni por ser indiscreto. Las leyes no han impuesto à los testadores la obligacion de ser discretos: aun les permite inmoralizar hasta un cierto punto. Qué moralidad tienen aquellas disposiciones, en que con inversion del órden de la caridad, con olvido de los estrechos vínculos de la sangre, se pospone el socorro de la propia familia à objetos, digamoslo así, de luxo testamentario? Quién aprobará la extravagante caridad de aquel testador, que abandonando à la mendiguez su propia parentela, dexe todos sus bienes à un Hospital? Las leyes señalan à la facultad de testar una esfera mucho mayor que la de la conciencia, y aun mas ámplia que la de la decencia. Los testadores podrán muy bien abandonar los derechos de la sangre, y las obligaciones que les dicta la gratitud; pero las leyes no entran à decidir de la justicia de estos actos: al contrario, respetan hasta los caprichos, como acaso no sean contrarios al órden establecido, ò irritantes en sí mismos. Si un testador puede hacer una mala eleccion de heredero, no se viciará por esto una disposicion en que diese facultad para que otro la hiciese. Qué testamento estaria seguro de los ataques del interés, si se hubiese de sujetar su validacion à la calificacion arbitraria de discretos, juiciosos y acertados? La sociedad, que asegura la propiedad à sus miembros, les franquea la mayor amplitud en el último uso que hacen de ella; la garantía de la execucion de sus deseos, es el postrer consuelo que les dá.

Entramos en otra discusion de no ménos interés, pues en ella ha desconocido el Señor Gutierrez un alto principio de derecho, y del derecho de las gentes, quizá el de mayor influxo en las convenciones humanas, y en la estabilidad de los sagrados títulos de la propiedad. Se ha hecho cómplice de este desconocimiento ò olvido à una solemne ley real, y se le ha dado una interpretacion resistida por toda razon. Por último, se han confundido las diferentes maximas legales que rigen, y deben regir en materias de diversa naturaleza. Tal es el pacto de no enagenar, en que toda la doctrina del Autor estriba, sobre, que quando el dueño de una alhaja se obliga à otro con pacto de no enagenarla, si él, o sus herederos contravienen à la prohibicion, y la venden,

quedará vendida, y transferido à este tercero el dominio de ella, y solo estará obligado el transgresor à satisfacer con el interés el perjuicio hecho à aquel con quien pactó no enagenarla. (*Feb. orig. P. I. cap. X. §. I. num.* 32.)

Esto se funda originariamente en el derecho mismo de las naciones, por el qual sin embargo del pacto, conserva el dueño todavia en la finca el dominio que tenia, cuyo atributo esencial es la facultad de enagenar, y como no se transfiere la propiedad de las cosas con los pactos y convenciones solas, sin la entrega y posesion, así tambien una vez adquirido el dominio pleno de ellas, no se disminuyen con solos pactos los efectos y facultades anêxas à él. Por esta razon el tercero poseedor será dueño absoluto de la alhaja, y no podrá ser inquietado por aquel à cuyo favor se hizo el pacto de no enagenar, quien solo podrá repetir contra el resarcimiento de perjuicios é intereses: " *E por ende maguer »el comprador ò sus herederos*, dice la ley 43. tit. 5. part. 5. que in»serta el Autor, y suprime el Reformador, *ficiesen contra la pos»tura* (*pacto de no enagenar*) *non podria el vendedor, nin sus he»rederos estonce demandar por esta razon la cosa à aquel que fué »despues enagenada. Pero si fuese puesta pena en tal pleyto, tenudo »seria el que la fizo de la pechar, è el daño, è el menoscabo que vi»niese por esta razon.*"

Esta máxîma general, que tiene diferentes excepciones ò limitaciones, ò mas bien explicaciones que trae el Autor, apoyadas en la razon, en las leyes, y en la autoridad de los intérpretes, se combate en el corazon de ella misma, diciendose en una Nota por regla general: *Si el comprador, ò donatario, por exemplo*, se obliga à no enagenar la cosa comprada ò donada; *en vano tratará de enagenarla contraviniendo à su promesa, puesto que no debe ser válido lo que se hace sin facultades para ello, y que el comprador ò donatario no las tiene para hacer dicha enagenacion, por haberlas renunciado mediante el pacto. Asimismo si un testador prohibe à su heredero enagenar alguna cosa hereditaria, no podrá traspasar à otra persona el dominio que tiene en ella, pues con haber aceptado la herencia se obligó à cumplir lo dispuesto por el testador, y no puede ir contra su obligacion. Esta doctrina es conforme à la ley* 2. *tit* 16. *lib.* 5. *Recop. que conformandose con la sencillez del derecho natural, dispone, que quede obligada una persona à otra en qualquiera manera que parezca se quiso obligar.*

Así no debemos hacer aprecio, ni de lo establecido sobre este punto por derecho Romano, ni de la opinion del Señor Molina, ni aun de la disposicion de la ley 43. cit. que debe entenderse corregida. (*Tom. I. pag. 403. Nota I.*) Estas son las autoridades que alega el Autor.

Todo se confunde aquí; el no poder con el no deber, las obligaciones con el cumplimiento de ellas, los derechos reales con los personales, *ò el jus in re, con el jus ad rem*, los contratos con los testamentos, las limitaciones con la regla general. Es un lenguage nada Legal decir, que con el pacto de no enagenar se perdieron ò renunciaron las facultades de enagenar. Estas facultades son el mismo dominio, que no se renunció, ni por el derecho de las naciones se renuncia con solos pactos, una vez adquirido. Las leyes civiles se han separado de él en algunos casos, que no son de esta qüestion; y analizando bien las excepciones de mayor fundamento en derecho, que trae el Autor con los intérpretes, de aquella regla, ò principio capital, se advertirá que en ninguna de ellas puede decirse que en rigor adquiera, ni tenga el dominio pleno la persona ligada con el pacto de no enagenar. Esta es la opinion plausible de un célebre Jurisconsulto. Si se llegó à fixar el verdadero dominio, ha de obrar precisamente con todo su vigor el derecho de propiedad, sin embargo del pacto.

La comparacion que se hace de los contratos con los testamentos es antijuridica. La nulidad de las enagenaciones prohibidas en estos, si se sube à la razon originaria y general, no procede de las prohibiciones de los testadores, ni de la obligacion que hicieron los herederos, ò sucesores quando aceptaron la herencia, sino de la sancion de las leyes testamentarias que en favor de la última voluntad del hombre, dispensaron en la ley comun de las gentes, tanto para la adquisicion de la propiedad sin el requisito de la posesion, como para substraerla de su libre circulacion natural. El imperio, por exemplo, que en esto exercen desde el otro mundo los fundadores de vínculos y mayorazgos, muy à costa del bien general, es una institucion de las leyes modernas, que tuvieron por bien hacer inviolable, è inaccesible à las generaciones futuras, y presentes una porcion del globo, para que à pesar de la accion de los siglos, y de la depravacion de costumbres en los poseedores, fuese habitaculo eterno de la descendencia de un solo hombre. Alterar la naturaleza alienable de los bienes, que son el patrimonio general de los

vivos por las disposiciones de los muertos, dirigidas por fines de interés particular, y que amortiguan la energía vivificante del derecho absoluto de propiedad, no puede ser obra de la ley universal de los pueblos.

La ley 2. *tit.* 16. *lib.* 5. *Recop.* que ordena, que de qualquiera manera que una persona quiso obligarse, quede obligada, se trae aquí muy intempestivamente, y muy exlegalmente. Obligado queda quien promete y pacta; pero hasta ahora ni las leyes ni las convenciones han quitado à los hombres la libertad natural de no cumplir lo prometido y pactado. Brabo secreto, si se hallase el de que todos cumplan lo que ofrecen. Obligado queda quien promete no enagenar, como quien promete à una muger casarse con ella; pero si éste no queriendo cumplir su obligacion, y faltando à su palabra, se casa con otra, casado queda; y si aquel vende y enagena, contraviniendo al pacto y promesa, quedará vendida, y enagenada la alhaja. Qué conexîon esencial, è inseparable tiene la obligacion con el cumplimiento de ella? Ordena acaso la ley, que se tengan por cumplidas las obligaciones de los que pactan, contratan y prometen? Todavía dexa à los hombres entre la promesa y el cumplimiento de ella, un espacioso campo, para que luzca la fé de los pactos, y convenciones, y se fien unos en la palabra de los otros; todavía dexaron tambien los Legisladores harta margen à la libertad, para hacer uso bueno, ò malo de ella, amenazando con el rigor de la justicia à los violadores de la buena fé. La eficacia de una obligacion, ò la de un derecho puramente personal, no se puede extender à mas que à compeler à su cumplimiento por los medios legales al que se obligó, acudiendo en tiempo; pero si no es posible deshacer ya lo hecho, el resarcimiento de los perjuicios, y reintegro de intereses ocupa su lugar. Esto es lo que ordena la ley, y no mas; no se mezcla en dár fuerza de derechos reales à los derechos puramente personales, ni à los contratos una virtud que no tienen por la ley general de las naciones, ni en trastornar todo el sistéma de las convenciones de los hombres. El que se confia en la honradez de otro, que le promete que no enagenará la finca, y no toma las precauciones legítimas para no ser burlado, no debe hacer pagar à un tercero poseedor, que compró de buena fé, el abuso que hizo el contraventor de la demasiada confianza que se tuvo de él. Todas las obligaciones

sobre entregar alguna cosa, sobre venderla, arrendarla, permutarla, llevan implicito un pacto de no enagenarla à otro, como un requisito necesario para cumplirlas; y si se hubiese de dar à dicha ley la extension exorbitante, è inaudita, por no decir otra cosa, que la da el Señor Gutierrez, se echaria por tierra todo el órden del derecho, en que descansa la seguridad de las adquisiciones, y el bueno, y acertado uso de las acciones en justicia. Esto no es derecho romano, ni castellano, ni doctrina del Señor Molina, es una ley mucho mas alta, consignada en los Códigos de todas partes. Si se hubiese tenido presente la historia de la legislacion, se habria echado de ver, que la ley recopilada que se cita, no se hizo con otro objeto, que el de quitar dudas acerca de la distincion que hacian las leyes Romanas entre el pacto, y la estipulacion, entre pactos desnudos y entre pactos vestidos, pactos puestos in continenti, pactos añadidos à los contratos de buena fé, y pactos añadidos à los contratos *stricti juris*. Contratos nominados, y contratos inominados, sin pasar à mas. Pero con el contraprincipio que sirve de basa à la interpretacion desaforada que se da à dicha ley, no solo cesa toda la doctrina general, y las limitaciones de la materia en qüestion; sino que, una gran parte de la ciencia de las leyes queda obscurecida. Sobre nuevos elementos hay que formar un nuevo mundo, y sobre un órden nuevo de enjuiciar hay que temer muy fatales resultas para las partes, y los defensores que lo sigan. Esto sí que es transcendental à la administracion de justicia.

§. III.

Prosigue el mismo asunto con nuevos exemplos, y se vindica al Autor y otros intérpretes del injurioso estilo con que se les trató por el Reformador al establecerse el principio capital de la materia de colacion.

Tambien es curiosa la discusion en que entramos. Creyendo el Señor Gutierrez que el Autor enseñaba alguna doctrina exotica, inaudita y estrafalaria, sin andar por rodeos, en bueno y cortés castellano, se le trata formalmente de necio. (*Tom. IV. pag.* 160. *Nota I.*) Y en qué ocasion? Quando el Autor hablando de lo que deben traer à colacion los hijos en la sucesion à sus padres, es-

tablece nada ménos que un solemne principio de la mayor, de la primera y de la mas recomendable equidad; un principio único y capital, que forma el sistéma de justicia en una materia de las mas importantes del derecho civil; un principio consignado en nuestras leyes desde la mas remota antiguedad, inculcado repetidamente en casi todos nuestros intérpretes, recibido en las leyes de todas las naciones, y repetido en todos sus comentadores; en fin, un principio que por la generalidad que tiene su observancia, podria decirse sancionado por el derecho de los gentes, à saber: que quando los hijos vienen à suceder à sus padres, deben traer regularmente à colacion los mismos efectos que les dieron en vida, à ménos que los padres hayan querido, ù ordenado otra cosa. (*Feb. orig. P. II. lib. II. cap. III. §. III. num.* 116.) Se imaginó el Reformador que esta era una doctrina cubierta de polvo en algun rincon, inventada por *Baldo*, traducida por *Velasco*, citados por el *Autor*, y tomada sin discrecion ni tino por él; y sin otra razon ni autoridad que la que ha querido tomarse, trata por un igual à todos tres. Qué hubiera dicho si hubiese olido, que esta invencion que atribuye à *Baldo*, lo era de la legislacion Romana?

Colacion, traer à colacion, colaciones, segun esta ley, segun las leyes municipales de cada nacion, que tomaron de ella esta parte de su derecho civil; segun todos los Doctores Regnicolas y Extrangeros, antiguos y modernos, es traer los hermanos à comunion y particion en la sucesion à sus padres las mismas cosas que les dieron en vida, si existen, ora sucedan *ab intestato*, ora sucedan *ex testamento*, bien lo que dieron en dote à la hija, bien lo que al hijo en donacion *propter nuptias*, bien otros qualesquiera efectos que les hubieren dado, constituyendo los bienes traidos à colacion y particion, y los que dexa el padre, un solo patrimonio, una sola masa de bienes, una sola herencia perteneciente pro indiviso en propiedad à todos los hijos, salvo que el padre haya dispuesto de otra manera. Esta es la significacion propia de la voz *colacion*, y ésta su definicion; y la ley de Toro que la ordena no previno que se diese à esta palabra otra acepcion que la natural que tiene, uniforme, constante y generalmente mas ha de veinte siglos, y la que le daban los Letrados que entendieron en su redaccion. Introduxo la colacion una gran consideracion de equidad, que dicta entre hermanos la mayor igualdad, como madre de la concordia. Quizá podriamos decir tam-

bien que la colacion de las mismas idénticas alhajas que el padre dió à los hijos, es una de las leyes verdaderamente nacionales, à lo ménos es de las mas antiguas; pues en el *Fuero viejo de Castilla* leemos: *Si el padre, ò la madre dán à suo fijo, ò à sua fija alguna heredat en casamiento, ò sin casamiento, ò dan à la sua fija otra ropa que sea de yacer, ò vaso de plata; è ovier y otros fijos que sean de edat, è nol otorguen; ò non sean de edad, è viene à tiempo, que se muer el padre, ò la madre, è mandan los otros fijos, que adugan la heredat, è la ropa, è el vaso de plata, à particion, debe aducir la heredat à particion, è la ropa, è el vaso de plata, è si non lo trogier, debese entregar cada uno de los hermanos ensendos al tanto, si ovier de que. Adugan la heredad à particion, è la ropa tal qual fuer à particion, è el vaso de plata, jurando que aquella es la ropa, è que non ovo y mas de aquella. Mas si en casamiento dieren al fijo, ò à la fija oro, ò dineros, ò ayuda de caudal, ò quando cantare Misa, lo que el padre, ò la madre dier en esta guisa à qualquier de los fijos, develo haver al que lo dieren por fuero, è non es tenudo de lo traer à particion: esto se entiende, que lo puede facer el padre, ò la madre seyendo sanos, è non despues que fueren alechigados de enfermedat, nin à la hora de la muerte non pueden dár à un fijo mas que à otro ninguna cosa, salvo el quinto de todos suos bienes, que puede dejar por su alma à quien quisier. Ley 6. tit. 3. lib. 5. Fuero viejo de Castilla.* La ley Romana obligaba tan estrechamente à traer à particion las mismas alhajas, que si el hijo no estaba en proporcion de executarlo luego, ò no queria, tenia que afianzar de hacerlo, só pena de no ser admitido à tomar parte en la herencia paterna. Esto se llama en estas leyes *colacionar por caucion.*

Otro de los modos de colacion es colacionar por imputacion del precio, ò valor de la alhaja recibida de los padres, sin traer la misma alhaja, y viene à ser en rigor una excepcion que el *Reformador* convierte en regla general. Tiene lugar algunas veces, en que se modifica por la equidad un principio introducido por la equidad misma; por exemplo, quando en la finca colacionable se hicieron grandes mejoras. A la hija, que por estár casada no puede traer à colacion la heredad que su padre la dió en dote, estorvandola el derecho que adquirió su marido por el contrato dotal, se la dispensa de traer à colacion la misma heredad, y se le permite que la colacione por imputacion del valor en el haber que

la corresponda en la herencia paterna. Á la colacion de los mismos bienes, y no al precio de ellos, se refiere la ley 29. de Toro, quando dexa à eleccion de los hijos apartarse de la herencia si no quieren colacionar la dote, ó la donacion *propter nuptias*. Si solo debiesen traer à colacion el importe de ellos, era inútil esta ley, porque estando obligados los hijos en todo caso à restituir aquello en que fueron inoficiosas las donaciones que les hicieron sus padres, no trae otra ventaja que la de retenerse los mismos bienes sin obligacion à comunicarlos, ni necesidad de depender del consentimiento de los demas hermanos.

Nuestros AA. distinguen tambien los bienes que el padre dió justipreciados à los hijos, de los que dió sin aprecio. Si los dió estimados en cierta cantidad, dicen algunos, entre ellos el Autor, no estár obligado à traer à colacion la misma heredad, sino su precio, por entenderse que el padre lo que dió fué cierta cantidad, y que la consignó en aquella heredad. Esto prueba, que aun dándose estimados los bienes, se reconoce por estos AA. la fuerza del principio de colacionar la misma cosa que dió el padre; mas quando no se dieron apreciados, deben traerse à colacion las mismas alhajas, salvo que los demas hermanos consientan que colacione su precio. Otros, como *Gomez*, defienden que la hija, disuelto el matrimonio, debe traer à colacion la misma heredad, esté, ò no estimada: *Si solutum sit matrimonium*, dice, *ita quod filia penes se habet dotem, tenetur illam conferre in ea æstimatione qua reperitur tempore mortis patris, et tenetur conferre res ipsas dotales, quales eo tempore reperiuntur, non vero earum æstimationem. Ex quo sequitur, quod si filiæ fuerunt traditæ res mobiles, quæ tempore mortis reperiuntur consumptæ, non tenetur eas conferre : : : : quæ opinio procedit, etsi res dotales datæ sint æstimatæ ea æstimatione, quæ faciat emptionem; nam nihilominus debent conferri res ipsæ, non earum æstimatio, si filia, et cæteri fratres æstimationi non consenserunt.* Perez se explica tambien así: *Hinc dubitatur an omnino rem ipsam conferre opporteat? et verius est sufficere quod conferatur æstimatio, quæ est tempore collationis : : : : quod procedit si altera pars consentiat, alias si disentiat, res ipsa in specie erit conferenda, quoniam in d. l. 1. in pro. dicitur quod filius debeat bona sua conferre, ita ut succedat regula, aliud pro alio invito creditori non solvi, modo commodè id fieri possit.* Basten estas autoridades.

„*de la dote para casamiento*), tercio, ni quinto de sus bienes, ni „se entienda mejorada tacita, ni expresamente, por ninguna ma„nera de contrato entre vivos." Tambien es acto entre vivos la constitucion de dote para entrar en Religion. Los fines de la ley militan igualmente en las dos. Que el tercio y quinto sean para dote de Religiosa, que sean para casamiento, siempre causa el mismo efecto en el concepto de la ley, que se propuso aliviar las cargas del matrimonio, facilitando la colocacion de todos los hijos, por el medio de prohibir entre otros excesos la mejora de las hijas por ningun género de contrato entre vivos. Disminuidas las cargas en virtud de las disposiciones de la ley, bastaria ménos dote, habria ménos estorvos para casarse, mas facilidad en los padres para establecer los hijos, y ménos aversion al matrimonio, consideraciones todas nacidas de su texto mismo. Aun son mas incompatibles los fines de la ley con la dote para Religiosa, porque siendo ésta una disposicion dirigida à inclinar à un estado del que depende el bien público de la poblacion, no cabe en ningun buen discurso, que hubiese de prohibir la dote de tercio y quinto de bienes por casamiento, y permitirla, ò mas bien conceder un privilegio, à favor de un estado contrario à sus designios.

§. IV.

De la extravagancia y tropiezos del Reformador en materia de últimas voluntades, &c.

En la interpretacion de las últimas voluntades observa el Señor Gutierrez la misma singularidad, y la misma independencia de sus juicios, sin sugecion à leyes, à maestros, ni autoridad alguna, haciendo guerra abierta à la voluntad de los testadores, y à los intereses de los herederos. Dase principio à una Nota, glosando al Autor, con los buenos auspicios de citar una ley romana, para lo que la ley no dice, ni podia decir; ni dónde, ni cómo pueden encontrarse leyes, para probar, que si el testador manda ò lega una cosa, se haya de dar otra diferente; que si hace manda del usufruto de una heredad, haya de darse al legatario la propiedad? *En este caso*, se dice en la Nota, *si el testador adquiriese despues la propiedad de la cosa legada, habrá ésta de pertenecer al legatario; y así lo dice la ley* 24. *de legat.* 1.

que de otra manera tiene por inútil el legado. (*Tom. IV. pag.* 223. *Nota I.*) Lo que dice la ley que se cita, alegada tambien por el Autor, es que si el testador tiene el usufruto de una finca, y hace manda de él, es inutil el legado, por acabarse el usufruto con su vida; pero si adquiriese despues la propiedad, valdrá la manda, esto es, del usufruto, que es lo que mandó, no de la propiedad, en que no soñaron ni la ley ni el testador. *Si usufructum habeam, eumque legaverim, nisi postea proprietatem nactus sim, inutile legatum est.* (*L.* 24. *de legat.* 1. *Feb. orig. P. II. lib. II. cap. VI. num.* 20.)

Cosa muy estraña, pero harto comun en el Señor Gutierrez, es alegar la ley para lo que no dice, é impugnarla en lo que dice. Despues de pretender, que sin embargo de lo que dispone la ley citada, valga en todo caso el legado de este usufruto, dice: *pero ademas yo opino* (son sus palabras en la misma Nota) *que prescindiendo de lo dispuesto acerca de este punto en las leyes romanas, y atendiendo à la voluntad del testador, deberán seguirse las reglas expresadas en órden al legado de la cosa agena, puesto que no teniendo el testador sino un derecho que se acaba con su muerte, y no pasa al legatario, viene à ser lo mismo que si fuese enteramente de otro. Y por qué, como se dice en otros casos semejantes, no ha de sostenerse el legado, pudiendose sostener? Por qué no ha de valer una disposicion del testador, en los términos que puede valer?* (*Lug cit.*) Todo esto camina sobre el supuesto falso, de que el testador quiera otra cosa que lo que expresó en sus palabras: quiso que el usufruto que él tenia pasase al legatario, es verdad; pero esto no puede ser, porque se acaba con su vida. Si se hubiesen consultado las leyes romanas, y sus intérpretes, se habria visto, que el testador en esta disposicion padeció un error de derecho, creyendo que el usufruto no fenecia con su vida. Sostener este legado, beneficiando al legatario de un modo equivalente, es obrar contra la intencion del testador, que no manifestó en su expresion voluntad alguna de gravar à su heredero. Los Jurisconsultos Romanos, en éste y otros casos análogos, estudiaron en la verosimilitud; vieron en el testador un deseo de hacer bien al legatario, pero el beneficio explicado en sus palabras no podia tener efecto; darle otro usufruto, sobre no haberlo declarado, obstaba à la voluntad del mismo testador, que suponian siempre favorable preferentemente á la persona del heredero, quien en tal caso quedaria su-

mamente gravado, si hubiese de costear un usufruto que no se le ordenó. Exîgieron en fin otras pruebas de la voluntad del testador, à mas de los términos de la disposicion, que en sí nada ofrecian à favor del legatario.

Se compara mal à este legado el de la cosa agena. Solo tienen analogía con él los legados de los exemplos que se leen en este mismo *número* del *Febrero original*, y que se han omitido en el *Reformado*, los quales tampoco valen. No es válido asimismo el de una cosa, que no es del testador, pero que él juzgó ser suya, por la propia razon de no entenderse que quiere cargar à su heredero con el desembolso necesario para comprarla à beneficio del legatario. Si es enteramente agena, y sabiendolo la lega, ya declara una voluntad nada equívoca de que se la compre el heredero. Si el testador tiene algun derecho en ella, se cree legar éste únicamente, y si este derecho no es transmisible à sucesor alguno, como el usufruto, quedó barada, digamoslo así, la intencion del testador. Pretender equivalencias para el legatario, fundadas en la imposibilidad, ò mas bien en lo vitalicio y caduco del objeto en que se fixó la disposicion, es querer adivinar lo que no declaró, y perjudicar al sugeto que mas amó en los últimos instantes de su vida.

Se nos ha dado exemplo de que contra la voluntad del testador puede pedir el legatario una cosa por otra: veremos ahora cómo si la manda fué de ciento, puede pedir doscientos, ò lo que es lo mismo, que si se le mandó la mitad de una cosa, puede pedir el todo. Entremos en el derecho de acrecer. (*P. II. lib. II. cap. VI. §. IV. num.* 114. *y* 117.) Enseña el Autor, que si el testador lega à Pedro y à Juan una viña, si los dos piden el legado, cada uno llevará la mitad de ella; pero no admitiendolo qualquiera de ellos, ò muriendo ántes que el testador, queda enteramente toda la viña para el otro. Este lenguage que usó el testador, reuniendolos en una misma locucion para una misma cosa, expresa una voluntad de que toda la manda sea para el uno, si el otro no la admite, y para los dos por mitad, si ambos acuden. Lo mismo es si dixere en una locucion, *lego à Juan mi viña*; y luego en otra, *mando à Pedro mi viña*; pues aunque no los reunió aquí en una misma locucion, reuniendolos para una misma cosa, se entiende que à cada uno mandó toda la viña; por consiguiente, acudiendo los dos à pedir el legado, se partirá por mi-

tad, y no admitiendolo uno de ellos, ò muriendo en vida del testador, la llevará toda el otro. Esta interpretacion declaratoria de la voluntad del testador, muy racional, y muy natural, sacada de las palabras mismas que uso manifestando querer una sucesion eventual en toda la viña, y estableciendo el *derecho de acrecer* entre los dos legatarios, es una doctrina corriente en las leyes romanas, recibida por las nuestras, y por nuestros intérpretes.

Por el contrario, añade el Autor, si el testador mandase à Pedro la mitad de la viña, y à Juan la otra mitad, como en estas palabras no declara voluntad alguna de que toda la viña sea en ningun caso para cada uno de ellos, nunca percibirá cada uno sino la mitad, aunque el otro no admita la manda, o muera antes que el testador. Con este motivo dice el Señor Gutierrez, *que teniendo justamente lugar el derecho de acrecer en los exemplos del número anterior, parece que tambien debe tenerle en el presente, segun la voluntad del testador, y dexando à parte toda sutileza; pues en aquellos se entiende legada à cada legatario la mitad de la viña, que es lo mismo que se especifica en éste.* (*Tom. IV. pag.* 252. *Nota I.*) No es lo mismo; porque en los exemplos del numero anterior el testador lega eventualmente toda la viña à cada uno de ellos, si el otro no admite el legado, ò muere viviendo el testador, y los constituye al mismo tiempo acreedores *in solidum*, y por mitad de toda la manda; pero nada hay en el exemplo de la Nota, que pueda inducir ni aun remotisimamente tal voluntad, que solo es de que cada uno tenga la mitad de la viña, y no mas: darsela toda es oponerse à una disposicion terminante del testador, y despojar al heredero. Pero al *Reformador* le confundió la materialidad de ser mitades de una misma viña, como si el testador no las separase en sus palabras, y en su mente, que es bien expresa, de que ninguno de los dos legatarios la perciba toda. Creyó sin duda, que estando fisicamente unidas las dos mitades de la viña, la fuerza de *atraccion* de las partes de la materia para unirlas, era superior à la fuerza moral de la voluntad del testador para separarlas. Si yo pido à Juan que salga fiador de la mitad de mi deuda, y à Pedro que lo sea de la otra mitad, no se dirá ser mi intencion, ni la de mis fiadores, afianzar cada uno en ningun caso el todo de la deuda. Ciertamente habrian hallado los legatarios una mina rica en la doctrina de esta Nota, quando los testadores, por mala ventura de sus herederos, hiciesen man-

Así reconociendo nuestros Doctores la fuerza de la regla capital de la materia, ò varian en su aplicacion, ò ponen mas ò ménos excepciones, que ya no tienen cabimiento quando los bienes se dieron sin estimar. Entonces obra ya el principio en todo su vigor, y por él se deciden, y deben decidir las qüestiones que suscita el Autor, que suponen una comunion de dominio entre todos los hermanos en los bienes colacionados, ò traidos à partician por alguno, ò algunos de ellos; à saber: por qué precio, ò estimacion se deben inventariar, y colacionar los bienes raices dados en dote, ò en donacion *propter nuptias*, si adquirieron mas valor, ò por el contrario, si perdieron de él: qué se ha de hacer, si los bienes fueron muebles, ò semovientes, y estos han perecido, ò no exîsten al tiempo de la muerte del padre; y si exîsten, pero de mas, ò menos valor, por qué precio se han de incluir en el inventario. Si no hubiera, en virtud de la colacion de los mismos bienes, una comunidad de dominio entre todos los hijos, eran en vano tales dificultades, pues de otra suerte, llano está que las cosas perecen, se mejoran, deterioran y adquieren mas, ò menos estimacion para solo el dueño.

Por conseqüencia de esta comunicacion de dominio de los bienes colacionados con todos los hermanos, es un derecho corriente en las leyes, y Autores ultramontanos, la comunicacion de los frutos de los mismos bienes; solo disputan desde qué tiempo ha de comenzar esta comunion. Unos dicen, que se han de traer à colacion todos los frutos de la finca, percibidos desde que el padre la donó al hijo, opinion que la práctica general tiene desechada: otros que se deben colacionar los frutos percibidos desde la muerte del padre: otros que los habidos desde el tiempo de la demora en hacer la colacion. Las mismas qüestiones mueven en quanto à los intereses de una cantidad colacionable. Extenderme yo à todas las conseqüencias que deben sacarse del mismo principio entre nosotros, no es de este lugar: bastame para mi propósito haber manifestado que el Reformador anduvo poco discreto, y se hizo muy poco honor en tratar de necio al Autor al consignar una máxîma antiquísima enseñada en nuestras cartillas elementares, y recibida en el foro de muchas naciones, como en suprimir las citas de leyes romanas en una materia que descansa en las reglas de justicia dadas en ellas: todo

se impugna, hasta la grande razon de equidad alegada por el Autor.

Enseñando el Autor, (*Febrero orig. Parte II. libro II. cap. II. num.* 92.) que ni el padre ni la madre pueden, segun las leyes que cita, dotar à las hijas legítimas con tercio, ni quinto de sus bienes, nos llama tambien la atencion la novedad, y aun la ridiculez, con que contra sus fines, y su letra se las interpreta en una Nota: *Podria dudarse*, dice, *si la madre podrá mejorar à la hija, por razon de dote, ò casamiento; pues las leyes que tasan las dotes hablan siempre de los padres, y sin que se encuentre expresion en ellas que pueda referirse à las madres; y por otra parte, como las mugeres no han acostumbrado dotar à sus hijas, no pudieron sus dotes causar al estado, por excesivas, los daños que se quisieron evitar. Las palabras* ninguno puede dar, ni prometer, *es claro en la ley que hacen relacion à los padres, y no à las madres.* (*Tom. IV. pag.* 93. *Nota I.*) Debió pues decir la ley, segun la *reforma*, para que la prohibicion alcanzase à las madres, *ninguno ni ninguna puede dar ni prometer.* Por esta regla todas las leyes divinas y humanas que hablan en género masculino, no alcanzan ni se extienden á las mugeres: bueno fuera que se hiciesen inmortales, pues que en el terrible decreto que impuso la pena de la mortalidad, dirigió la palabra à solo el hombre. La *ley* 1. *tit.* 2. *lib.* 5. *Recop.* que es del Emperador Don Cárlos, da principio à la moderacion de las dotes, con respecto à las rentas de los que dotan, con las palabras: *qualquier caballero ò persona*, en cuya voz caben las mugeres con mucha propiedad. La ley 5, que es de Don Felipe IV., renueva la ley primera, y hablando de las dotes dice: Qualquiera persona *de qualquier estado, calidad, dignidad, ò preeminencia que sea.* Si quando tratan estas leyes de la tasa de las dotes, no se ciñen precisamente à los padres, no hay razon para entenderse tampoco esta limitacion, quando prohiben para los mismos fines dar ni prometer por causa de dote tercio, ni quinto de bienes, aunque se use de la voz *ninguno.*

Ambas leyes tratan de corregir un luxo destruidor. " Porque »el exceso, y punto à que han llegado los gastos que se hacen en »los casamientos, y obligaciones que en ellos se han introducido »(*dice la ley* 5.) se consideran como carga y gravamen de los va»sallos; pues consumen las haciendas, y empeñan las casas, y

»ayudan á la despoblacion del Reyno; pues por ser tan grandes, »es preciso que lo hayan de ser tambien las dotes, con lo qual se »vienen á impedir; pues ni los hombres se atreven, ni pueden en»trar con tantas cargas en el estado del matrimonio, considerando »que no las han de poder sustentar con la hacienda que tienen; »ni las mugeres se hallan con bastantes dotes con que poderlas »suplir, de que resultan otros inconvenientes en las costumbres, y »contra la quietud de la república: Ordenamos &c.

La ley se propone atajar este desórden, atraer al matrimonio, y cortar de raiz las causas que en perjuicio de la poblacion, de las costumbres, y de la quietud pública, apartaban y retraian de él. Á este propósito alivió las cargas principales para la colocacion de los hijos, prohibiendo dotes, arras y joyas excesivas, removimiendo un abuso que introducia entre los hijos una *desigualdad*, opuesta al establecimiento de todos. Por estos medios, disminuyendo las cargas facticias del matrimonio, introducidas por la vanidad, y por un ruinoso luxo, se proponia el Legislador desterrar con ellos la causa que obligaba á la constitucion de grandes y excesivas dotes.

Todos estos importantes designios de las leyes versaban en las madres igualmente, y por la propia razon que en los padres. Ni cómo podia la ley permitir á las madres unos desórdenes, que corregia en los padres, y que fuesen víctima de una opinion corrompida, que arrastraba á dotes, joyas y arras inmoderadas, ni que sacrificasen los demas hijos al establecimiento de uno, ó dos, y que deborasen y arruinasen así sus haciendas? Es impertinente que la madre esté ó no obligada á dotar las hijas; tampoco está obligado el padre á dotarlas con tercio y quinto de sus bienes. No trata la ley de cumplir obligaciones, trata de desterrar los abusos de la libertad, introducidos por el luxo. Los padres sin ser obligados á dotar en tercio ni quinto de bienes, abusaban de su facultad de hacerlo, y lo hacian arrastrados de una vanidad, y de costumbres perniciosas. Hubiera sido monstruoso que privando la ley al padre de la libertad de que abusaba, la hubiera dexado íntegra á la madre; y que siendo un efecto necesario de la disposicion de la ley la facilidad de colocar á todos los hijos, en beneficio del bien general de la poblacion, removiendo en las dotes y joyas excesivas una desigualdad perjudicial al intento, dexase permision á las madres para ir contra sus fines.

La ley, que por otra parte no podia prescindir del influxo del marido en la muger, mayormente tratando del establecimiento de los hijos comunes, no podia sin inconsequiencia prohibirle un exceso en sus propios bienes, y permitirlo en los de su consorte. La ley es favorable al estado, y à la igualdad entre los hijos, y el mismo favor milita respecto del padre que respecto de la madre. No es tampoco cierto que las madres no doten à las hijas. Si el padre, ò los hijos son pobres, y ella es rica, la madre los coloca. Qué importa que haya ò no haya obligacion en las madres à dotar las hijas, si impelidas de los sentimientos de la naturaleza lo han de hacer?

No es asimismo verdad tan general, como se dice, que las madres no estén obligadas à dotar las hijas, y establecer los hijos. Su mitad de gananciales, quando los hay, está sujeta à esta obligacion de la misma manera, y con la misma igualdad, que la mitad correspondiente al padre; y seria una monstruosidad, que en una misma dote, pagadera por mitad de estos bienes comunes, pudiese caber mejora de tercio y quinto en la parte correspondiente à la madre, y no en la perteneciente al padre. El mismo inconveniente habria, quando se hiciese la escritura por el padre y la madre, pues en tal caso, segun la ley de Toro, debe pagarse de los bienes de uno y otro. En fin, suponiendo la ley que las dotes de las madres sirven para suplir las cargas del matrimonio, cómo podria dexar campo abierto à los excesos en un caudal, último y único recurso de las esperanzas de los hijos?

Tambien impugna el *Reformador* sobre su sola palabra, contra el espíritu y tenor de una ley, la doctrina que da el Autor, citando à Eaeza, de que la prohibicion de dar ò prometer, por causa de dote, tercio ò quinto de bienes, se entiende tambien de la dote para entrar en Religion. (*Feb. orig. P. II. lib. II. §. II. num. 87.*) Es evidente, se dice en una Nota, insertando la ley 5, (*Tom. IV. pag. 88. Nota I.*) *que los motivos de los Legisladores para tasar las dotes, solo pueden tener lugar en las que suelen darse por razon de casamiento, no en las que se dán por toma de hábito ò profesion.*

La ley 1. concibió distintamente la prohibicion de mejorar por causa de dote para casamiento, y la de dote en general. " Y man- »damos, *ordena*, que ninguno pueda dar, ni prometer por via de »dote, ni casamiento de hija (*he aquí separada la dote en general,*

ficando nuestros conocimientos los organiza en sistemas en las artes y en las ciencias.

Por exemplo ; condena como sutileza de la jurisprudencia Romana , la distincion que hace el Autor con Castillo y demas Comentadores , entre el usufruto y el legado anual , y de esta sutileza depende la resolucion de qüestiones que pueden ser de mucho interés ; una de ellas , la que trae el Autor en este mismo lugar , sobre à quién pertenecen los frutos pendientes de una heredad , quando fallece el legatario entrado el año , porque si era usufrutuario de ella no pertenecen , ni en justicia deben pertenecer à su heredero , y si el legado fué anual , lo transmite justamente à él. (*P. II. lib. I. cap. VII. §. I. num.* 8.) Adviertase el modo con que se explica en esta Nota , muy freqüente en otras muchas. *Del legado anual* , dice , *de que hay un título en el Digesto , no se hace mencion en nuestras leyes , y por tanto ha sido inútil que el Señor Castillo , Parladorio y demas Comentadores gastasen papel y tiempo en decirnos las disposiciones civiles à cerca de él: por exemplo , que en el primer año es puro , y en los demas condicional ; que en el legado anual son muchos los legados , à diferencia de la estipulacion anual que es una sola ; y que en cada legado se ha de mirar , si el legatario tiene capacidad para adquirir , como tambien en expresar sus diferencias del usufruto , apoyandolo todo en razones ò sutilezas del derecho Romano , que no se compadecen con nuestra legislacion , la qual con pocos renglones ò palabras ha echado por tierra gran parte del edificio monstruoso de la jurisprudencia Romana.* (*Tom. III. pag.* 342. *Nota I.*)

Monstruoso será este edificio ; pero antes de hablar así , hubiera sido mejor haberlo reconocido , exâminado y estudiado bien ; caso en que no estamos. Aunque nuestras leyes no hablen del legado anual , hablan en general de los legados , hablan de su execucion , y hablan del sagrado de las últimas voluntades. Á este propósito han hecho muy bien los intérpretes en aclarar , distinguir y fixar las ideas de las cosas legables. Esto no pertenece propiamente al legislador , sino à la ciencia del juzgador , que es la ciencia de los hechos , ò de la aplicacion de la ley à ellos. Para él escribieron los intérpretes , y para él , ò para su provecho se enseña la jurisprudencia. El legislador no es ningun catedrático de leyes , ni está obligado à prevenir en ellas todas las co-

sas de que se pueden hacer legados ; ni los testadores estín ceñidos à dexar mandas únicamente de las cosas de que hablan las leyes , y pueden hacerlas de todo lo que se les antoje. Y como muchas cosas se parecen, que son realmente muy distintas, han andado muy acertados los intérpretes en hacernos ver su diferencia , y que quien lega el usufruto de una heredad , ó lega anualidades sobre ella , lega dos cosas muy diferentes , que producen segun la voluntad del testador acciones , efectos y derechos diversos. Y en qué conflicto no se verá quien teniendo por una misma cosa el usufruto y el legado anual , atenido à la doctrina de la Nota , se halla en el caso de resolver à quien pertenecen los frutos pendientes , quando fallece el legatario entrado el año ? Porque si lo estima por la regla del legado anual los adjudicará à su heredero, y si por la del usufruto los dará al dueño de la heredad. Qué se hará pues para poner en paz à las partes , à quienes una misma doctrina puso en tan reñida lucha ? Uno y otro alegarán un propio texto para sus fines opuestos.

Entre tanto que los pone en paz el mismo que los alborotó, véamosle parecer otra vez en la tela lidiando contra todos los intérpretes , y contra todas las leyes nuestras y agenas , que en la division de las condiciones que se pueden poner en los testamentos , distinguieron *las condiciones imposibles de hecho , de las imposibles por naturaleza* , empeñado con la mayor porfia en no separar las nociones diversas de las cosas , y en hacer una arga-masa de lo que la buena lógica , la mejor metafisica , la no mala fisica , y el mediano buen sentido partieron , distinguieron y dividieron. Muchas veces el que no sutiliza desbarata. *Esta division*, dice , *es defectuosa , como otras muchas que hacen nuestros intérpretes. Los imposibles de hecho , son imposibles por naturaleza , y así tan imposible es por naturaleza dar un monte de oro , como llegar con la mano al cielo , que son los exemplos de Febrero. Por tanto debe decirse solamente que las condiciones son imposibles por derecho y por naturaleza , omitiendose los imposibles de hecho. Sin embargo es cierto , que las leyes 3. y 4. tit. 4 Part. 6. hacen la expuesta division , y ponen los exemplos referidos ; pero quien lea ambas leyes con reflexîon , echará de ver que siempre tiene lugar lo que acabo de decir , y que hay contradiccion entre aquellas.* (*Feb. reform.*

Tom. I. pag. 115. *Nota I. Feb. orig. P. I. cap. I. §. XII, num.* 212.)

No debe omitirse dicha division, y debe ocupar el lugar que justamente se le ha dado, sin que nadie se lo pueda disputar. Lo imposible por naturaleza es aquello à que no alcanzan las fuerzas de ella, que está resistido, ó es incompatible con el orden del universo, ò con las leyes generales, constantes y uniformes que le puso el Criador, baxo las quales se sostiene, y que sin ellas se arruinaria ò en todo, ó en parte; tal es si uno tocase al cielo con la mano. Quién sabe qué trastorno podria causar un solo hombre, que faltando à la ley de los graves, sin la qual se disolveria el gran todo corporeo, tuviese tal agilidad y volatería? Imposible de hecho es aquella condicion que no excede la potencia, fuerzas y posibilidad de la naturaleza, ni la actividad de sus agentes, ni por consiguiente es contra el órden y leyes del universo; pero con todo no alcanzamos, ni quizá alcanzaremos el modo y manera, tiempo y lugar en qué y con qué lo pueda hacer, lo qual nos lo hace tener por imposible de hecho; tal es un monte de oro, que es el exemplo de la ley de Partida. No podemos decir que los esfuerzos de las cosas naturales no puedan en alguna parte, en algun tiempo, por algun concurso de causas, por una combinacion extraordinaria de principios, conseguir la formacion de un monte de oro, ò de un garbanzo de à libra: esto y la dificultad de hallarlo lo constituye un imposible de hecho, pero no lo es por naturaleza, como tampoco lo es que entre tantos millones de garbanzos haya alguna vez en algun pais uno solo de este peso. Ya hemos visto un monte de plata, tal era el cerro del Potosí quando se descubrió. Y quién podrá asegurar que no haya en algun parage un monte de oro? El arte de convertir en oro los demas metales es un imposible de hecho, pero no lo es por naturaleza. Poco mas ha de tres siglos que era imposible de hecho dar una vuelta al mundo, pasar la Tórrida, y helarse en ella, y ya dexó de serlo. En una palabra, la imposibilidad de hecho es respectiva al estado de nuestros conocimientos y de nuestras facultades, ò mas bien una imposibilidad moral; la otra es una imposibilidad absoluta. Véase tambien acerca de esto lo que se dice en la Nota 35. pag. 217, donde con arreglo à la ley de Part. se ha hecho la distincion entre los imposibles de hecho, de derecho y por naturaleza, con el fin de refutar con las leyes mismas, que ciertamente fueron muy sabias, los errores del Reformador.

Por el contrario, enseñando el Autor con la ley de Partida, que el crédito, ò sea el débito en favor de un sócio, no se comunica con los demas sócios en la sociedad universal, se impugna, è ilustra maravillosamente al Autor, partiendo lo indivisible, formandose dos cosas, y dos negocios diferentes de lo que no es, ni tiene metafisicamente mas que una, complicando quanto se puede complicar una doctrina práctica, elementar y clara, y una ley terminante. (*Feb. orig. P. II. cap. IV. §. IV. num. 87. al fin.*) *La ley 6. tit. 10. Part. 5. que se cita*, son palabras del Reformador, *no dice que en la compañía universal no es comunicable el crédito de un sócio, sino que los consócios no pueden demandarle. Entre uno y otro hay diferencia, y à la verdad seria cosa muy extraña, que comunicandose en dicha compañía todos los bienes presentes y futuros, qualquiera que sea el título de su adquisicion, y sin exceptuarse el peculio castrense, y quasi castrense, no tuviesen los consócios parte en el expresado crédito luego que se cobrase. Ademas, si éste no se comunicara à aquellos, es de creer que lo diria la ley como lo dice de la jurisdiccion. Pero insertaré la misma ley, para que el lector pueda hacer juicio por sí mismo.* "*So tal pleyto facien»do la compañia que todos los bienes que habian los compañeros en»tonce, è que ganasen dende adelante, se ajuntasen en uno, è fae»sen comunales entre ellos, decimos que desde el dia en que tal »pleyto fuese firmado, deben ser comunales entre ellos las ganancias, »è los bienes que han; ò que les vinieren en qualquiera manera que »sean, è aunque fuese castrense, vel quasi castrense peculium. Otro»sí decimos, que cada uno de estos compañeros puede usar de estos »bienes, è facer demanda de ellos, bien así como de lo suyo mismo. »Pero si alguno de los compañeros oviere señorio, ò jurisdiccion so»bre Castillo, ò tierra, ò oviese à recibir cosa alguna de sus deb»dores, los otros no podrian demandar, nin usar de la jurisdiccion de »señorio, si señaladamente non le fuese otorgado del otro compa»ñero poder de la facer.*" (*Tom. III. pag. 256. Nota I.*)

Es inaudita la distincion que se hace entre el crédito, y el derecho de demandar, quando es lo mismo lo uno que lo otro. Un crédito no es otra cosa que una accion personal: una accion es el derecho de demandar en juicio, *jus petendi in judicio.* Así lo que se debe à un sócio, como que es un derecho personalísimo, es incomunicable à los consócios, y no pueden deducirlo en juicio à ménos de tener poder de él, sopena de sufrir el desaire,

das de mitades de casas, viñas, huertas, tierras, haciendas, y de otras qualesquiera cosas; pues la distincion entre unos y otros legados es una vana sutileza.

Traeré otro exemplo en que se combate la voluntad del testador, la de la ley, y la del Autor; y es al mismo tiempo un ensayo maravilloso en el arte de interpretar las intenciones de otro. Inserta el Autor la ley 37. tit. 9. Part. 6. para probar que el heredero no solo debe entregar al legatario la cosa especifica, ó la heredad propia del testador, que la legó simplemente, sino tambien todo lo que la pertenece, y el incremento que tuvo desde que fué legada hasta el dia que se la entregue (*Feb. orig. P. II. lib. II. cap. VI. §. I. num. 5.*) " *Entregar debe el heredero*, dice esta ley, *à aquel »à quien fue fecha la manda de la cosa, que el testador le mandó, con todo lo al que le perteneciese aquella cosa mandada. É »esto seria como si le mandase un solar, è despues que gelo oviese »mandado, fiziese el testador casa, ù otro edificio en él, ca estonce »aquel à quien fue fecha tal manda, debe aver tambien la casa, »como el solar. É eso mismo decimos, que seria si lo fiziese manda »de un campo, è despues se acresciese alguna cosa por avenidas de »rios, que le corriesen de cerca, ò se aumentasen à el otras cosas, »asi como arboles, ò fuese hi puesta viña despues. Ley 37. tit. 9. »Part. 6.*" Añade el Autor que si el aumento se hizo en cosa que legó el testador, sabiendo que era agena, nada de él, ni de su estimacion debe llevar el legatario; y el Señor Gutierrez refutando esta doctrina se explica así en una Nota: *la ley inserta, que declara pertenecer al legatario el incremento de la cosa legada, no distingue si para este efecto ha de ser agena ò propia del testador, y por lo mismo le corresponderá en ambos casos. De lo contrario es de creer que la ley hubiera hecho semejante distincion como la hace en las clausulas siguientes.* " Otrosi decimós, que debe »aver aquel à quien es fecha la manda los frutos de aquella cosa, »que le fuese mandada, si era de aquel que la mandó, desde el »dia que el heredero entre la heredad por palabra, ò por fecho. »Mas si la cosa mandada fuese agena debela comprar el here»dero, è darla à aquel à quien el testador la mandó dar." *Y por otra parte si el testador da un aumento à la cosa legada, no ignorando que era agena, manifiesta bastantemente que quiere ceda aquel en beneficio del legatario. (Tom. IV. pag. 219. Nota I.)*

En esta Nota se invierte y se confunde todo. La citada

ley 37. es declaratoria de la voluntad del testador, quien si despues de haber hecho un legado de un solar suyo, hizo un edificio en él, es visto querer por su hecho propio mejorar, ò beneficiar al legatario, gravando al heredero, ò disminuyendo su haber en el importe que le cuesta el incremento de la cosa legada. Si el incremento vino por una causa natural, sin concurso alguno del testador, aun con mayor razon será para el legatario; pues no hay en el aumento gravamen alguno del heredero: ésta es la decision de la ley. Pero si el testador legó un solar ageno sabiendo que lo era, y su dueño hizo despues casa en él, esta casa no cede á beneficio del legatario, ni ella ni su estimacion. Esto es lo que dice el Autor, y dice muy bien. El testador solo quiso gravar al heredero con la adquisicion del solar, no con la de un solar, y una casa que otro hizo sin tener él parte alguna. Si el solar valia 100, y la casa 100@, no era regular que el heredero se gravase comprandola para el legatario. Y por qué se ha de decir que no debemos distinguir donde la ley no distingue? Qué mas distincion se quiere que hablar la ley de un incremento, ò de un edificio, que hace el testador en un solar que legó? Es regular que nadie edifique sino en lo suyo? No hay una resistencia natural à que el aumento que su dueño dió á la cosa legada agena sea à cargo del heredero, sin la voluntad del testador? Si se hubiese leido la ley romana que cita el Autor, suprimida por el Señor Gutierrez, de donde se tomó la de Partida, se hubiera visto en ella, aun quando nuestra ley patria no estuviera tan terminante, que la qüestion gira sobre la hipotesi de un testador, que habiendo legado una cosa suya edificó despues en ella, ò la dió otro aumento. Se creyó que el Autor hablaba de un testador imprudente que edificaba sin impedirselo nadie en suelo ageno, quando es el testador el que edifica, sino el dueño del solar legado. Hubierase tambien consultado à *Gomez* citado igualmente por el Autor, y à otra ley romana alegada asimismo por él, y suprimida en la *reforma*, y se habria evitado este deslumbramiento.

Pero estos no son mas que unos ensayos del nuevo arte de interpretar últimas voluntades; arte facil, mañero, y manual que se aprende prontamente sin necesidad, segun el Señor Gutierrez, ni de intérpretes, ni de libros, ni de leyes. La clave admirable que se nos da en multitud de Notas para averiguar la úl-

tima voluntad del hombre, quando dudemos de ella, es *inspeccionar la voluntad del testador*; proposicion ciertamente, que nadie podra delatar como hecrética. Esta es la ilustracion de los exemplos, y doctrinas, que nos trae el Autor, y nos dan todos los Autores, para que nos guien à conocerla, haciendose un supuesto por el Reformador de la misma dificultad, y proponiendonos por guia para hallar una cosa, la misma cosa ya hallada. Oigamos el secreto descubierto por su crítica legal para interpretar las ultimas voluntades: *Consultemos, como he dicho muchas veces, y aun diré si es necesario millares de veces, consultemos la voluntad y las palabras del testador, poniendo al mismo tiempo la consideracion en las cosas sobre que recaen, y en las circunstancias de las personas, y decidiremos con mas acierto qualquiera duda, que no recurriendo al derecho comun, y tomando en las manos qualquier comentador que facilmente pueden precipitarnos en el error.*

La prevencion es oportuna. Quién será el que teniendo interés no haga semejante consulta? Pero las circunstancias, las cosas, las palabras dan hartas veces ocasiones de dudar de la voluntad de los que testan; y si en estos casos no hemos de acudir à los principios del arte crítico de interpretar, à las reglas de la probabilidad y de la verosimilitud, dadas por los maestros reconocidos generalmente por tales, à las luces que se aprenden en la ciencia de los exemplos que nos traen, y à los conocimientos de los que se hallaron en el mismo caso; si hemos de interpretar por instinto, entregados à nuestras propias y solas fuerzas, sin los auxîlios que pueden perfeccionar nuestros órganos, vendremos á parar en que el camino mas corto para saber, es no estudiar; que lo mas seguro para exceder à todos en ciencia es no aprender de ninguno; que la razon bruta es mas prudente y cierta, que la razon cultivada, y que nuestro espiritu marchando à discrecion de los vientos y corrientes de su fantasía, sin brujula, norte, ni guia, navega prosperamente y con ménos peligro.

Por no acudir á las fuentes del derecho, por no pasar de la superficie de las cosas, y por una especie de placer ò satisfaccion en ponerse intrepidamente brazo à brazo contra el juicio y opinion de todos, se combate en una Nota la maxîma tan antigua, como cierta, consignada en nuestras leyes, recibida y enseñada por los intérpretes, sobre el concurso de dos causas lucrati-

vas, y se condena por conseqüencia à los herederos, à pesar de la voluntad de los testadores, à que paguen en dobles legados, cantidades indebidas. Tampoco se entro en lo profundo de las razones de la antiquisima maxima de la legislacion romana à cerca de no morir parte *testado*, y parte *intestado*, admitida por las naciones modernas, sancionada por nuestras leyes patrias, y justificada en gran parte por la necesidad en que puso à los sabios y Legisladores la crisis de un testamento, en que un testador, à quien ya no se puede consultar, no acabó de decir. Al derecho de acrecer, como dexo anunciado, y otras doctrinas que en las Notas se tratan de vanas sutilezas, les cupo por la propia razon la propia suerte. La basa fundamental de la romana legislacion en esta parte, es seguir y observar religiosamente la mente de los testadores. Nada hay mas distante de la buena fé, que apartarse de ella, decia un Jurisconsulto. Dichas dos maximas y otras, estan fundadas en aquella basa. Quizá no hay en el cuerpo del derecho romano una parte que contenga doctrinas mas útiles, mas practicas, mas generalmente autorizadas con el uso de diferentes paises, que la concerniente à la interpretacion y declaracion de las últimas voluntades, cuyas reglas han aprendido y seguido todos los intérpretes. Pero tantas luces deslumbraron al Reformador, y temeroso de que acaso los lectores pudiesen incurrir facilmente en el error, ha tenido à bien prevenirles en una Nota, que no vean ni lean semejantes doctrinas.

Una de las cosas que mas le chocan son todas las leyes y doctrinas que se fundan en razones que su óptica le representa como sutiles. Esta es su piedra de toque para condenarlo todo; le parece que su importancia, verdad y solidez es incompatible con este concepto. Una razon sutil distingue hartas veces lo justo de lo injusto, lo verdadero de lo falso, lo bueno de lo malo, las ideas distintas y claras de las obscuras y confusas; lo oportuno, conveniente y necesario, de lo impertinente, imprudente è inútil. Una razon sutil puede salvar à un hombre del suplicio, y darle la victoria en un pleito; sutilizando puede un médico dar la vida à un enfermo, un negociante conseguir gran suceso en su especulacion, y un General triunfar de su enemigo. La verdad adelgaza, pero no quiebra. Una razon sutil aclara, declara y resuelve grandes y embrollados negocios, materias y qüestiones; pone à la vista la cadena de conseqüencias de un principio, y simpli-

quizá con escarmiento de no ser contestado por el deudor. Se confundió en la Nota el dinero de un crédito cobrado, con el crédito mismo, atribuyendo al Autor el absurdo de que este dinero no se comunica con los sócios. Se trata, vuelvo à decir, de un crédito pendiente, que es el que merece nombre de tal; un crédito cobrado ya no es crédito, es dinero, en el qual cabe, como en todos los bienes corporeos, un condominio, y una comunion; pero hay una resistencia legal en que las acciones, y obligaciones transciendan à otros que à los celebrantes en los contratos, y à sus herederos. Tampoco se comunica con los sócios por la propia causa en la sociedad universal la jurisdiccion que uno tenga en algun territorio; empero si se comunican los aprovechamientos ó frutos civiles de ella. Esta es la doctrina del Autor; esta la de la ley, y estos los elementos del derecho.

§. V.

De las verdades que estableció el Autor, que como errores se han proclamado en el Febrero reformado y anotado.

Estamos ya en los soñados errores de Febrero. Estas inteligencias siniestras de las leyes, y estos sentidos equivocados que se imputan al Autor, son el fundamento de la acusacion pública que se le ha hecho de errores y equivocaciones crasas. No nos detendremos à hablar de todas, porque se haria demasiado largo este párrafo. Diremos de algunas, y bastará para dar una idea de la mala crítica, y peor lógica del Reformador. En una sola Nota se le atribuyen dos, que vienen á ser tres de esta enormidad, desmentidas por el texto mismo. Cómo se podria hacer creer, ni quién podia jamas darse à entender que el Autor, ni hombre alguno de juicio cabal, pudo decir, que si un testador hace una manda de alguna cosa ò cantidad, para que se entregue à cierto plazo, ò dia señalado, pueda el legatario obligar al heredero à que se la pague, ò entregue antes del plazo? Esta imputacion se hace à un Autor, que aun habiendo incurrido en semejante error, tenia derecho por mil títulos, à que se le tuviese el miramiento de atribuirlo, ò à errata de la imprenta, ò à descuido en la correccion. En el espacio de solas veinte y una lineas del texto sobre que recae esta acusacion, dice claramente dos veces, que

el dia señalado es en el que se ha de entregar, y puede pedir. Nadie que tenga sentido comun se contradice tan groseramente en tan poco tiempo. Despues de explicar los modos con que el testador puede hacer los legados, *à saber*: *puramente*, *à dia cierto*, *con condicion*, *baxo de cierto modo*, *con alguna señal*, *ò demostracion*, *y con causa*: sigue: *se entiende hecho puramente el legado, quando el testador lega alguna cosa ò cantidad sin prefinir tiempo, dia, condicion, ni calidad que suspenda pedirlo ni enagenarlo.* (*P. II. tit. II. cap VI. §. I. num.* 61. 63.) No puede estar mas terminante la suspension de pago y entrega, anexa al legado, à plazo, ò dia cierto. Explicando luego el legado à *dia*, ò *in diem*, dice en el principio mismo del *número*. *Se dice legado in diem, quando el testador lo hace* (ya sea de cosa, ò cantidad) *señalando el dia en que se ha de entregar, y se puede pedir*; y éste es otro testimonio irrefragable que el Autor da de sí mismo, acerca de que el plazo es el dia en que se debe entregar, y se puede pedir este legado, y no antes. La clausula siguiente es de donde se tomó ocasion para formar este libelo, à despecho de los gritos que daba el texto para que se leyese bien. Prosigue así: *en cuyo legado, esto es, à dia* (ya sea de cosa, ya sea de cantidad) *si el dia es cierto*: v. gr. mando à Pedro 100 *ducados para la próxima Navidad, nace la accion de pedirlo, y la obligacion de pagarlo antes que llegue*, &c. He aqui la piedra donde se escandalizó el Señor Gutierrez, diciendo en una Nota: *En dos crasos errores incurrió aquí Febrero: el primero es decir, que en el exemplo que propone del legado à cierto dia, nace la accion de pedirle, y la obligacion de pagarle antes que aquel llegue. Si hubiese dicho que antes del dia nacia la accion à pedirle, y la obligacion à pagarle para quando llegase, habria dicho lo mas, que en este punto puede decirse con fundamento y verdad; pero Febrero abanza mas que lo que abanzó el derecho Romano, segun el qual, aunque el dia cierto no impedia que se debiese antes de él lo prometido ò legado, servia de óbice para que no se pudiese pedir.* (*Tom. IV. pag.* 236. *Nota I.*)

Qué mas tiene decir, *nace la accion de pedirle, y la obligacion de pagarle antes que llegue*, como se lee en el Autor, ò que *antes que llegue nace la accion de pedirle, y la obligacion à pagarle*? El *antes que llegue* en la frase del Autor, rige con el *nace* en buena sintaxis, no con el *pedirle*, ni con el *pagarle*, como se pretende. Trata de fixar el dia en que nacen la accion y la obligacion,

para deducir, como deduce luego en el mismo número, que este legado pasa à los herederos del legatario despues de muerto el testador, aunque el legatario muera antes que llegue el plazo; por quanto habiendo nacido la accion, y la obligacion antes del dia cierto, debe de necesidad transferirse la accion à su heredero. No trata ya el Autor del uso ù exercicio de la accion y de la obligacion, este punto ya lo dexaba rematado, y aun remachado, diciendo no tener lugar sino llegado el plazo. Á qué pues viene aquí el derecho Romano, ni el decir que abanza ò no el Autor mas que él? Una inteligencia comun basta para saber que nadie debe pagar antes del plazo, y que antes del plazo tiene ya obligacion de pagar quando éste llegue. Lo mismo sucede con la accion, y por eso pasa al heredero del legatario, quando fallezca despues de muerto el testador. Aun concediendo que la locucion sea equívoca, el contexto, la buena fé, la buena lógica, y aun la caridad bien ordenada, dictan que no tengamos por bestias à los que tienen acreditado que son hombres.

Se le atribuye en la propia Nota el barbarismo legal, de que quando el testador hace una manda genérica, por exemplo de 100 ducados, se transfiere en el legatario el dominio de esta cantidad, antes de entregarsela. Lo contrario tiene dicho dogmaticamente el Autor en el número anterior, número que se ha suprimido integramente en la *reforma*; así resuena mas la acusacion. El Autor habla del legado *à dia cierto, ò señalado*, ya sea de cosa, ya sea de cantidad, y dice: *que nace la accion de pedirle, y la obligacion de pagarle antes que llegue, y que se transfiere el dominio en el legatario, y en sus herederos despues de muerto el testador.* Si no se hubiese confiscado el número que antecede, correria libremente el texto, y el lector aplicaria, ò entenderia sin tropiezo, que el nacimiento de la accion y de la obligacion, es referente à el legado genérico de los 100 ducados, y la translacion de dominio al legado específico.

Ya estamos en el otro craso error, que consiste en haber dicho el Autor, fundado en la ley de Partida y en la razon de derecho, que en el legado específico, v. gr. de una heredad, à entregar en determinado dia, por exemplo, para la próxima Navidad, se transfiere el dominio en el legatario desde la muerte del testador. *E aun dicimos*, dice la ley, *que luego que el testador es muerto, pasa el señorio de la cosa que es asi mandada à aquel à*

quien es fecha la manda. E maguer muera en ante que el heredero del testador entre la heredad, ò en ante que él entre la posesion de aquella cosa, que le fué mandada, por todo eso heredará aquella manda el su heredero que oviese derecho de heredar los otros sus bienes de aquel à quien fué fecha. E esto seria si la manda fuese de tal manera, que fuese fecha puramente, ò à tiempo cierto, mas si fuese fecha so condicion, non seria asi La disposicion es terminante. Mas natural es, segun esta ley, fixar la idea de dominio en el legatario que ha de tener la alhaja, para disponer de ella dentro de un año, dos, tres ò quatro, &c. como quiera, quando quiera, y para los fines que quiera, usando, ò abusando de ella à su voluntad, que no el heredero que solamente la ha de tener por un tiempo determinado, fixo é invariable; que nada de esto puede hacer en ningun caso, que à cierto tiempo la ha de entregar sin reserva, y que está sujeto mientras la tenga à la vigilancia de otro, en quanto al cuidado de su conservacion. Repugna aplicar la idea de verdadero dominio à aquellos tenedores de las cosas à cuyos derechos no asiste ninguno de los atributos esenciales de él, principalmente el de enagenar, hipotecar y esclavizar la alhaja. El testador solo quiso suspender la entrega; la ley es la que hace lo demas, transfiriendo el dominio en el legatario en favor de la última voluntad, aun antes de adquirir la posesion, excepcion que puso à la ley comun, para ayudar y favorecer mas la intencion de los testadores. Así en fuerza de este dominio, cuyo uso pleno está suspenso por este intervalo, aunque no maneja el legatario despoticamente la heredad, impide que lo haga entre tanto el heredero.

Es en vano querer forzar con discursos el sentido literal de esta ley, diciendo: *el segundo error es afirmar que el dominio de lo legado à dia cierto, se transfiere despues de muerto el testador, y antes que aquel llegue, en el legatario y en sus herederos. Febrero habla en su exemplo de cierta cantidad de dinero,* (Febrero habla del legado especifico) *y ésta nunca puede adquirirse sin la percepcion; mas aun quando el legado fuese especifico, no podria pasar su dominio al legatario antes de llegar el dia, pues seria un absurdo que pasase à otro el dominio de una cosa, antes del tiempo en que quiso transferirle su dueño, y aun antes del tiempo en que aquel pensó adquirirle. De otra manera, un acto tendria mas virtud y eficacia de la que su Autor quiso tuviese. La ley de Partida que cita*

Febrero, no prueba nada de lo que afirma. Quando dice la ley, que el dominio de lo legado pasa al legatario luego que muere el testador, habla en general de las mandas; y quando hace mencion de la hecha à dia cierto, es para decir que se transmite al heredero del legatario, aun quando éste fallezca antes de percibir la manda, ò aposesionarse el heredero en la herencia, sin embargo de que todo lo contrario sucede en el legado condicional.

No puede llegar à mas el exceso de trastornar el texto de las leyes, y el empeño de cerrar los ojos para no ver. El testador, como se ha dicho, solo quiso suspender la entrega, la tenencia, la posesion de la cosa legada, no su dominio, antes bien coadyuba à su deseo la translacion pronta de él al legatario, quien ya desde la muerte del testador comienza à mirar como suya una heredad que se le ha de entregar precisamente à cierto dia. Al contrario, el heredero que tiene como agena una cosa de que ha de desprenderse necesariamente en dia fixo. Es mas propio de tal disposicion, que el dominio resida en el legatario, que no en el heredero, así como es muy impropio de la nocion de la propiedad, el que uno sea dueño de una cosa por un año; tales limitaciones no dicen bien con sus altos atributos. Aun con mejores titulos el poseedor de un mayorazgo, ò de un beneficio eclesiástico no puede aspirar à denominarse dueño verdadero de las fincas afectas à ellos. Se habla en abstracto de un legado à *dia cierto*, pero los testadores, que ponen tales modificaciones à sus mandas, se proponen con ellas en concreto algun fin. Sirva de exemplo un legado que la ley Romana califica de legado de esta especie, à saber: quando un testador dispone de una porcion de su hacienda à favor de un menor, para que se le entregue cumplidos los 25 años. En este caso está bien declarada su intencion de suspender la entrega de la manda, y el manejo de ella por el tiempo de la menor edad. Qué conseqüencias se pueden sacar de esta disposicion, y de las intenciones con que se hizo, que no sean favorables todas al legatario? El concreto, ò digamoslo así, las circunstancias de las mandas de esta especie, son las que segun la ley Romana deben decidir la qüestion sobre à quien pertenecen entre tanto los frutos de la finca legada. La ley de Partida no contiene sino una sola decision general, fundada en un solo principio que abraza los dos legados, à saber: que su transmision al heredero del legatario, en fuerza del dominio adquiri-

do por éste desde la muerte del testador, tiene lugar en el legado puro, y en el legado à dia cierto, y no en el condicional. El no haber entrado aun el legatario quando muere en la posesion de la cosa mandada, lo hace extensivo la ley à los dos legados. La voz *posesion*, que se aplica en la ley à los dos, supone tambien en ambos el dominio adquirido como título de la transmision del legado à sus herederos. Si tuviese cabimiento el discurso repugnante del Señor Gutierrez, quedaba sin declararse en la ley la causa, ò razon de transferirse el legado à *dia cierto* al heredero del legatario; y era un absurdo comprender en los efectos al uno y al otro legado, y no comprenderlos en la causa. Bien conocia el Señor Gutierrez el daño que le hacia para su intento la voz *posesion*, que supone dominio, y aqui es donde se cometió la supercheria de aplicarla al heredero del testador, transformandola en el verbo *aposesionarse* (mejor hubiera dicho *posesionarse*) quando la ley no la aplica sino à los dos legatarios. Á recursos tan miserables obligan los empeños mal tomados de traer à torno las leyes para que digan chillando, lo que no dicen, ni quieren decir.

Vamos à otra equivocacion notable del Autor. Instruyendo al Contador del modo, y forma con que debe ordenar y girar la cuenta de particion, quando hay hijos de dos matrimonios, en la sucesion al padre comun, dice el Autor: " Aunque los hijos »del primer matrimonio pretendan gananciales, suponiendo ha»berlos habido en él, no llevarán ningunos, sino es que prue»ben plena y concluyentemente quáles y quántos son, y que »existian al tiempo que murió su madre..... Y sin embargo de »que hagan constar que durante dicho matrimonio se compró y »adquirio alguna heredad, viña ù otra cosa, no es suficiente »esta prueba para que se les abone la mitad de su valor, aunque »existan, y su padre las llevase al segundo, ni para que se es»timen por bienes multiplicados en vida de su madre; porque »pudieron haberse comprado con el dinero dotal de ésta, ò del »capital de aquel, ò haber enagenado algunos suyos de otra espe»cie à dicho fin, como sucede muchas veces; por lo que se con»cepruarán fondo de la sociedad primera, y no gananciales de »ella." (*Feb. orig. P. II. lib. I. cap. IV. §. I. num.* 40. 41. *y* 42.) Hace despues diferentes prevenciones al Contador, y concluye por fin dandole la regla general: " No acreditandose suficiente-

„mente en qué matrimonio de los del padre comun se adquirie-„ron los gananciales, ni los que éste lucró mientras estuvo viu-„do, se dividirán igualmente entre los hijos de ambos, si no me-„joró à alguno."

Esta regla se impugna en una Nota. *Nada hace al proposito*, se dice, *que se acredite, ò no lo expuesto, quando los hijos de dos matrimonios tratan de suceder al padre comun; pues respecto de éste es lo mismo que si todos fueran hijos de una misma madre, y así Febrero padeció una muy notable equivocacion.* Nada hace al proposito? Hace tanto, que la regla segun la pone el Autor es absolutamente cierta, y nunca puede engañar al Contador; y así, acreditandose en qué matrimonio de los dos del padre comun se adquirieron los gananciales, habrá que adjudicarlos todos à los hijos del primer matrimonio, segun los principios establecidos por el Autor en este mismo capítulo, y mas particularmente en el capitulo III. à que se remite, remision que se ha omitido en la *reforma*. Por exemplo; si por muerte del padre comun, hechas las debidas deducciones, resultan 25@000 reales de gananciales propios suyos, y no acreditan los hijos del primer matrimonio que hubiese algunos en él, los partirá igualmente el Contador entre unos y otros sino hubo mejora. Pero si hacen ver en representacion de su madre, que no solo hubo en el primero 25@000 reales de gananciales, sino que fueron 50@000, no percibirán un maravedí por este título los hijos del segundo, porque los 25@000 reales son deuda del padre à favor de los del primero en representacion de su madre. Esto dice el Autor, y esta es la verdad, bien hubiese llevado el padre al segundo matrimonio los 50@000 reales íntegros, bien ménos, v. gr. los 25@000, bien no hubiese llevado nada, por haberlos perdido. Así es muy grande la diferencia que hay de acreditar, ò no, en qué matrimonio de los del padre comun se hubieron los gananciales, y *no es lo mismo respecto del padre*, como se dice en la Nota, *que si todos los hijos fueran de una misma madre.* El Señor Gutierrez fué quien padeció una muy notable equivocacion. Creyó que el Autor decia, que no acreditandose en qué matrimonio de los del padre comun se habian adquirido los gananciales, se debian partir estos en dos mitades, una correspondiente al primer matrimonio para los hijos de él, otra correspondiente al segundo para

los de éste. Cómo podia soñar el Autor en tal pensamiento, si combate con todas sus fuerzas esta opinion en el periodo siguiente? No pue le llegar à mas el trastorno de los exes ópticos, que ver negro lo que es blanco. Hasta la ortografia del original se mudó en este lugar, haciendo punto y coma, donde el Autor puso punto; lo qual no es indiferente en el caso.

Estas equivocaciones del sentido obvio y natural del texto del Autor, y de las leyes mismas, se observan mas de una vez. Hablando el Autor del legado genérico, se le comenta y refuta, como si hablase del especifico, (*Tom. IV. pag.* 259. *Nota I.*) y para que el que leyere, trague bien la equivocacion, se quitó en el *Reformado* un trozo del *original*, que la podia evitar. En otra parte tratando el Autor del legado del usufruto de una heredad, se le glosa como si tratase del usufruto de los instrumentos, mulas y aparejos aratorios; y sobre este extraviado concepto, haciendo una grande exclamacion, se censura de paso al Señor Gregorio Lopez y al Autor (*Tom. III. pag.* 352. *Nota I.*) La redundancia de la voz *usufructuario* en el *original*, que en substancia es un descuido en la correccion de la imprenta, pero que inculca mas el inequivocable sentido del texto, le descaminó de él para dar una inteligencia tan violenta y desaguisada, de que se habria desengañado el *glosador* leyendo la ley Romana que cita el Autor, y quedó ahogada y suprimida en la *reforma*. No lexos de aquí, reprendiendole tambien en otra Nota como error grosero un puro descuido de correccion, facil de advertir, incurre en otro mayor, llamando legado *casual* al legado *causal*; y éste no es error de prensa, pues el *Reformador* nos tiene firmada en el II. ò III. Tomo una póliza de seguro, de que en su *obra* no los hay.

Pero pondremos término à esta demostracion, que seria interminable si hubiesemos de exâminar por menor las inexâctas, superfluas, falsas è injustas Notas que el Señor Gutierrez ha esparcido en toda su *obra*, para probar los errores en que incurrió el Autor. Hemos visto que los errores son los suyos, y que sin el conocimiento necesario, no digo de la crítica legal, pero aun de los principios generales de este arte, se ha propuesto vulnerar tan injustamente las bien meditadas doctrinas de Febrero. Pasaremos à tratar de otra materia de bastante interés.

§. VI.

Se da una idea analitica por via de ensayo, de la operacion reformatoria, que reduxo à cinco tomos los siete de la obra original, y de las quejas en que hizo prorumpir al Autor.

Verdaderamente que la operacion de reformar, que las mas veces, en todos tiempos, y particularmente en los felicísimos que conocemos, es lo mismo que destruir, se halla completamente desempeñada por el Señor Gutierrez. Primeramente se omitieron en el *Febrero reformado* inumerables doctrinas del *original*, como se ha demostrado, aunque para hacerlo segun era debido, seria necesario alargar mucho este prólogo. Sin embargo daremos aun alguna idea de estas omisiones, remitiendo al lector à los dos Indices del *Reformado* y del *original*, para que comparando uno y otro, se satisfaga por sí mismo de las mutilaciones que ha padecido la obra. La primera omision, que encontramos en la hoja segunda del tomo I., es la doctrina de la rogacion de los testigos del testamento. Explicando el Autor, citando à Matienzo si no me engaño, como se debe entender esta solemnidad, que la reforma supone sin razon derogada, se suprime totalmente su explicacion, muy digna de ser sabida; porque este requisito constituye la seriedad del acto de mas importancia, llamando la atencion de los testigos à la disposicion seria en que está el que testa, de declarar su ultima voluntad, para evitar que otras qualesquiera manifestaciones, facilidades, satisfacciones ò desahogos, que se pueden hacer con motivos diferentes, à presencia de otros hombres, no se equivoquen con un acto el mas expuesto à los ataques y maquinaciones del interés, si no se le hubiese fortalecido con el aparato de las formas prescriptas por la ley. Derogada esta solemnidad y sutileza, si así quiere llamarse, falta ya poco para tener el testamento por cosa de burla. El Señor Gutierrez creyó sin duda, que la rogacion era hablar à los testigos por memorial y con todo respeto, segun se explica en una Nota, donde con mucha equivocacion la supone derogada. Pero ya nos dixo en otra Nota, que desde luego suprimiria aquellas doctrinas que versasen acerca de acontecimientos poco comunes, sin observar que estas son tanto mas apreciables y necesarias, quanto estudiandose ménos, es ma-

yor el atasco quando suceden estos casos, no habiendo libro à la mano. En efecto, aunque los sucesos sean raros, considerado cada uno por sí solo, y respecto de una sola persona, ò de un pueblo, no lo son respecto de la masa de una nacion grande, que se extiende dilatadamente en los dos emisferios, ni considerados colectivamente, pues así son ya freqüentes. Quizá por esto, de las veinte y quatro partes de las doctrinas del Autor sobre la quarta Falcidia y Trebelianica, y sobre la esclavitud, omitió las diez y nueve. Véase sobre la rogacion la Nota II. del cap. I. pag. 205, donde hemos dado la idea verdadera de esta necesaria solemnidad.

Tampoco se perdonó al sagrado de las clausulas de las escrituras. En la fundacion de un mayorazgo se suprimieron quatro, privando à estos formularios del gran mérito de modelos que les dió el Autor, para que los Escribanos, fundadores, ò los curiosos lectores, unos tengan que proponer, otros que discernir, y otros que aprender. La clausula de *constituto*, la mas importante, si las hay, usada como todas con oportunidad; la que acelera la execucion de los contratos; la que puede precaver grandes dudas; una de las de mayor transcendencia en el derecho; la que digamoslo así, abrevia la mano de obra para el cumplimiento de las convenciones, tampoco se pudo escapar del cuchillo Reformador en todas las escrituras donde estaba. Si los Escribanos no la entienden, si las partes no la comprenden, qué es la razon que se da para haberla desterrado? destierrense por la propia razon todas ò la mayor parte de las clausulas de los instrumentos públicos. Los Escribanos deben saberlas, deben tambien instruir à las partes de su fuerza y efectos, y deben aplicar y explicar aquellas que ayudan à dar mas firmeza y mas cierta y segura execucion à sus verdaderas intenciones. Si muchas veces se ponen por rutina, de lo que se deben abstener, otras muchas pueden ser oportunas, y aun necesarias, y para tales casos es el modelo. Las clausulas y formularios no están escritos para que los Escribanos usen, ò abusen de ellos, poniendolos sin discrecion, sin necesidad, y quizá con perjuicio de los interesados. Á este intento se encamina la teórica, y práctica à que se les sujeta, y à este mismo propósito escribió el Autor su bien trabajada *Librería*. Si por el abuso que hacen de las clausulas los Escribanos ignorantes, por no entenderlas ellos ni las partes, no

se hubiesen de proponer en los modélos, y se hubiesen de abolir todas en los instrumentos públicos, debian desterrarse tambien los libros de las ciencias practicas, sin excluir los de la religion, y los de la moral; porque muchos no los entienden y abusan de ellos. La clausula guarentigia fué asimismo una de las amortizadas y condenadas al eterno olvido, como inutil en España, donde los instrumentos públicos traen execucion aparejada. Concedase de barato que la fuerza executiva legal, y la fuerza executiva convencional tengan la misma eficacia entre nosotros, y surtan los propios efectos: concedase tambien de valde, que la ley que habla en el caso comprenda toda especie de acciones y obligaciones; y si el instrumento publico se hubiese de executar fuera de España? Esta cierto el Escribano, están ciertas las partes de que en todas las naciones, y en todos los paises, en todos los estados, en todas las republicas grandes y chicas de Europa, hay una ley municipal como la nuestra, contraria al derecho comun, odiosa, que antes de oir à la parte autoriza à sorprenderla con el estrepito executivo, à poner una grave nota en su crédito, à llenar su casa y familia de afliccion, tristeza y dolores? Á dónde se irá entonces à buscar el modélo de tal clausula, si se tuviese por necesaria, ò por conveniente y oportuna?

Otras veces se ponen las resoluciones, y se omiten las razones y fundamentos de ellas, que sin la demonstracion de su justicia, parecen misterios ò respuestas de oraculo. Sin la razon de la doctrina no hay conocimiento cientifico de ella; ni se echan de ver su importancia, su extension y su fuerza. El espíritu privado de la luz, y de la energía del convencimiento, marcha sin guia para discernir y conducirse en la aplicacion à casos idénticos ò semejantes.

Otras, si el Autor da dos, tres, ò mas razones, reserva alguna, ò algunas, y omite las demas, y no pocas tiene tan buena eleccion que se salva la peor, y se dexa la mejor. Sirva de exemplo el caracter de oficio público que tiene la tutela, alegado justamente por el Autor, como razon de haber las leyes dispensado de ella à las mugeres. Esta razon se omite, quando está fundada en el alto, sagrado y respetable decoro de este sexô, en que tanto interesa el otro. En materias puramente opinables, en las sujetas à discusiones judiciales, ò à la suerte que les ha de dar la decision de un hombre, es todavia menos indiferente esta

omision. No todas las razones hacen igual impresion en todos los hombres, à cuyo espíritu se ofrecen mil analogías. El Autor, rico en doctrinas, argumentos y demonstraciones, propone con este gran surtido mas ò ménos motivos de prendar, interesar ò convencer el entendimiento, poniendole en estado de escoger y fallar. Hay número en el *original*, que comprendiendo tres resoluciones equipadas de sus fundamentos, se truncan todos en el *Reformador*, quedando las resoluciones mondas, reducido el número à la quarta parte de sus dimensiones, que es toda el alma de la *reforma*, hacer rebaxa.

Otras veces refiriendo el Autor las diversas opiniones sobre alguna qüestion, da un salto la *reforma* à la decision del Autor, sin insinuar tan siquiera que à cerca de ella hay otros que piensan de otra manera. Así parece que se lee un dogma en una materia opinable, acaso con perjuicio del que tenga interés en lo contrario, y siempre en agravio de la erudicion en las materías legales. Algunas, aunque dice, que hay otra opinion ù opiniones, omite la que no es del Autor, sin embargo de que éste la expresa con todos sus fundamentos, y con tal exâctitud y legalidad, como si estuviese demonstrando su propio sentir, tal es su amor à la verdad, tal su indiferencia, y aun tal su desconfianza en su propio dictamen. Por exemplo, se omiten los fundamentos de la opinion mucho mas probable que la del Autor, de que para saber si cabe ò no à la hija la doté en su legítima, ò si es inoficiosa, pueda elegirse, ò el tiempo de su constitucion, ò el de la muerte del padre; entre ellos el muy singular y muy curioso de la *peticion de las Cortes del año* 1534 que el Autor trae à la letra, y está terminante en pro de este sentir, como tambien lo está la ley 29 de Toro no derogada. (*Feb. orig. P. II. lib. II. cap. II. §. II. num. 86. Tom. IV. pag. 89. num. 73.*) En efecto, solo se privó à los padres de la facultad que tenian de mejorar las hijas por via de dote. La eleccion de uno de los dos tiempos no emana de aquella facultad, no es gracia del padre, ni es mejora; es un derecho de tercero, esto es, del marido, derecho independiente de ella, declarado en dicha ley 29. conservado intacto en la ley posterior prohibitoria de las mejoras por causa de dote, publicada en dichas Cortes. Al marido se le ha de cumplir lo que con arreglo à las leyes se le ofreció, para llevar las cargas del matrimonio: lo contrario es constituir dotes de un valor

eventual, è incierto, empeorar la condicion de las mugeres para su establecimiento, y estudiar y sutilizar con demasía contra ellas. Esto no es farrago. Quando las materias, vuelvo à decir, giran en la esfera de la probabilidad, la que sobre el mérito y valor intrinseco de los apoyos en que estriva, tiene tambien sus relaciones extrinsecas, y crece ò mengua, sube o baxa, segun la diversidad y naturaleza de los ingenios, se priva al lector con tales omisiones de la facultad de juzgar por sí, y à los interesados de las razones, y aun del uso de su derecho.

Omitió casi toda, ò mas bien toda la nomenclatura, division y clasificacion de las acciones, parte la mas esencial, la mas sagrada de la jurisprudencia; donde reducidos à sistema se concentran en un pequeño punto todas las doctrinas de las diferentes materias; desde donde con una ojeada se registran de una vez espacios inmensos; en fin, donde el arte mismo de libelar en que tanto interesa el órden de los juicios, y la buena, facil y menos costosa administracion de justicia, está ceñido à una esfera cortísima. Se han pasado siglos antes de formarse y eregirse en ciencias los conocimientos humanos, y ordenarse nomenclaturas, definiciones y divisiones oportunas; y despues de levantada esta inestimable estructura de las ideas de los ingenios señalados de las edades pasadas, para modelo, enseñanza y provecho de las venideras, solo falta que vengan otra vez en el siglo diez y nueve exércitos de Godos, Hunos y Vandalos à echarla por tierra, y tornar los hombres à su ignorancia antigua y barbarie primera. La denominacion Romana de acciones *de buena fe*, *stricti juris*, *y arbitrarias*, es la mas propia para libelar pronta y acertadamente, está sacada de la naturaleza de las cosas, que no ha mudado, y fué la base de un antiguo sistéma judiciario, dirigido à enfrenar la arbitrariedad de los Jueces, digno de ser renovado en las naciones, y olvidado en Roma, quando ya Roma se habia olvidado de sí misma. Piense en hora buena cada qual como quiera de tales denominaciones y especificaciones; nunca es disculpable su omision quando se publican producciones agenas.

Seria nunca acabar si entrasemos en las advertencias, prevenciones, sentencias y palabras esenciales que rebajó. Todo el espíritu de la *reforma* se vio apurado en trasladar al castellano la frase technica latina, *præsumptio juris et de jure*; pues la sentencia, la version, la frase technica latina, todo se omitió.

Otras omite los textos mismos de las leyes patrias, que literalmente alegó el Autor en qüestiones y ocasiones críticas, para prueba terminante de su doctrina, para su genuina inteligencia y mejor explicacion, y para mayor satisfaccion y ahorro de tiempo del que lee. Que los busque en los Códigos legales, si los tiene, el que los quiera ver, dixo el Señor Gutierrez; este no es oficio mio.

No hablemos de los textos de leyes Romanas, que tambien traxo hartas veces el Autor con mucha oportunidad en puntos de justicia universal; todos se suprimieron, porque desde un principio los declaró la guerra el Señor Gutierrez. Lo mismo executó con los AA. estrangeros que por sola esta circunstancia no le parecieron dignos de apoyar las doctrinas del Autor, obscureciendo así el mérito de muchos de ellos en el comento è ilustracion de las leyes Romanas, las quales fueron el cimiento principal de nuestra legislacion, como de la de las demas naciones de Europa, y lo serán en gran parte, de qualquiera otra que se forme, sea la que quiera la constitucion ò forma de gobierno. Acaso el idioma de la justicia es algun lenguage puramente nacional?

En quanto à exôrdios, transiciones y epilogos casi todos se suprimieron. Algunas veces, si despues de haber establecido el Autor la regla general, y deducido las conseqüencias, pasa à explicar las excepciones; llega à tanto la mezquindad, que por ahorrar palabras, se suprime aquella triste voz precisa para decir, que es excepcion; y entrando luego en materia, no se sabe si son excepciones, ò contradiciones.

Tampoco pudieron escaparse de la calamidad general, los resumenes brevísimos y exâctísimos que hizo el Autor de diferentes materias muy importantes y difusas, reuniendolas baxo de un punto de vista para tomar brevemente una noticia general, quando no sea necesaria mayor instruccion, ni recorrer para ella los diversos lugares donde las trata. Por exemplo, exterminó una recapitulacion que hizo el Autor de las prohibiciones que los Escribanos deben tener presentes en el uso de sus oficios, dispersas en diferentes partes de la obra, segun las materias à que pertenece cada una.

No solo esto, de las cinco partes de remisiones que hizo de diferentes capítulos de sus libros, donde se trata principalmente algun punto ò materia, se cercenan por la misma regla de par-

simonia las tres, privando al lector de esta facilidad que le proporciona su instruccion mas breve y completa. Enemigo siempre el Señor Gutierrez de las conveniencias del que leyere, hizo casi otro tanto con muchas de las referencias à los AA. que las disputan con extension. Suprimió tambien el *indice general*, copiosísimo y exâctisimo del Autor, y en su lugar dixo substituiria otros *indices particulares de cada capitulo mas claros y circunstanciados* que los que tenia la obra. Pero no hay tales indices particulares en el *Febrero reformado*: se da este nombre à los *sumarios* de los capitulos. Los *sumarios* no son indices, y estos *sumarios* son los mismos mismisimos del *original* al pie de la letra, sin otra diferencia que la de haberlos echado à perder, transponiendo algunas palabras, ò reuniendo en un solo número lo que el Autor puso con mas claridad en dos, tres, ò mas. Así es, que tanto por esto, como por la supresion de doctrinas, son mas los números de los sumarios del *Febrero sin reformar*, que los del *Febrero reformado y anotado*, donde sin los indices generales de la primera y segunda parte, y sin muchas de las remisiones que hizo el Autor, seria casi imposible hallar especie alguna.

Tales son las supresiones hechas por el Señor Gutierrez, y los inconvenientes y perjuicios de ellas quedan suficientemente demostrados. Qué diria Don Josef Febrero si viese su obra tan dilacerada y desconocida, y que à tal estado habian venido los trabajos de tantos años? Parece que en estas circunstancias diria, ò podria decir al Señor Gutierrez: " Destruyó V. el grande plan de utilidad general que me propuse en la publicacion de mi Librería; quise que fuese útil, no à una clase de gentes, sino à quantos fuese posible segun mis fuerzas, y para todos los casos y circunstancias que pudiesen suceder; no hay parte alguna en ella de las que V. suprimió, en que no creyese yo ser provechoso à alguno ù algunos, una y muchas veces. No me desvelé yo para que V. ni otro echase por tierra de un solo golpe el edificio en cuya planta y construccion empleé muchos años, ni para que se defraudase al publico, en cuyo provecho hice mi trabajo, de los loables fines à que lo destiné. Á una obra aprobada, celebrada y recomendada por él, se le privó del mérito de *original*; no le movió à V. à respetar esta apreciable, esencial, y aun inviolable qualidad la consideracion de Autor, que militaba à mi favor por su integridad.

Son inútiles, son impertinentes mis doctrinas, mis razones, mis cláusulas, mis textos, mis citas, solo porque V. lo dice, porque V. lo piensa, y porque para V. su propio juicio es el juicio universal de vivos y muertos. Yo juzgo de otra manera, y me tengo por otro tanto como V. sea lo que quiera. Qué le importaba à V. que todo subsistiese donde y como yo lo puse, haciendo cada cosa el papel malo ò bueno que yo la di, una vez que à nadie incomodaba? Quién le ha dado à V. la mision de reformar y enderezar las obras de otros? Quién hizo à V. vengador de tuertos literarios? Ni quien me puede estorvar que ordene mis producciones como mejor me parezca, sin necesidad de obtener el paso de su fantasía de V. con tal que respete, como he respetado, las leyes publicas? Todavia despues de cerca de veinte siglos están intactas las producciones del primer orador, con las mismas manchas con que salieron de sus manos, que son la admiracion y modelo de la posteridad Ninguna mano temeraria ha tenido la osadía de sanearlas à costa de la integridad del sagrado de los originales. Aun se conservan los monumentos de los conocimientos humanos, que nos dexaron los antiguos maestros, con los mismos errores con que los afearon. Los padres de nuestra historia mantienen todavia enteras sus producciones con los mismos borrones con que las mancharon. Se les contradice, se les ilustra, pero se respeta la integridad de sus obras. Esta es una consideracion literaria que se guarda aun en estado de guerra. Publique V. mañana un *Homero reformado*, *un Tulio reformado*, *las Partidas reformadas*, *un Mariana reformado*, *y hasta una Biblia reformada*, *y los Evangelios reformados*, y corrompanse todos los originales. Seguramente digo por mí, que si hubiese podido prever, que vendria un desquartizador de mi *Librería*, no habria escrito ni una linea. Norabuena que V. forme de ella y de mí, los juicios que le vinieron à las mientes; tengaseme por hombre sin gusto, ni elegancia, sin gramática, ni lógica, ni sentido comun: entienda V. que mis libros están atestados de errores, superfluidades, vejeces, y absurdos disonantes de la crítica, filosofia y cultura; de las pulimentadas, templadas y bien organizadas orejas de V.: crease tambien que se deben escribir y publicar papeles, censuras è impugnaciones contra mí, pregonando mis solemnes desvarros, para que el público se guarde de mis delirios, y me lea con cautela: haga V. de mí la horrenda pintura, que

le dicte su bondad; fixese en todas las esquinas, proclamese en todos los diarios y gacetas, y pongase en boca de los ciegos: en fin, para que el remedio esté inmediato al mal, el antidoto junto al veneno, haga V. no una, sino mil ediciones de mi *Librería*, estampe V. en ella sus notas è ilustraciones, que sean monumento sempiterno de su sabiduría, y sonrojen y averguenzen mi profunda ignorancia. Norabuena, haga V. lo que quiera, puede V. hacerlo; pero vuelvo à decir, respetese la integridad de mi *Librería*, no se me la cercene, enmiende, altere ni vicie, poniendome sentencias, y palabras que ni dixe, ni pensé. No se haga conmigo lo que V. no quisiera que hicieran con V.: respetese la independencia de mis juicios, que no están obligados à reconocer la soberanía de los suyos: respetese tambien la sagrada propiedad que tengo, como todo el que escribe, no solo en mis pensamientos y opiniones, y aun en mis caprichos y extravagancias, sino en los signos con que los expreso; esto es, las voces, las clausulas, las frases, el estilo, el lenguage, el plan, propósito y asunto de mis libros, y la forma orgánica que dí à todas sus partes. Todo es mio en mi obra, que segun y de la manera que la formé, es un compuesto, uno è indivisible, que representa todo lo que quise pensar, pude decir, y nadie debe tocar. Qualquiera variacion, subrogacion ò desmembramiento en la sentencia, ò en los signos, à pretexto de mejora, es una violacion; no es mi pensamiento, no es mi designio, ni mi idea íntegra, la que no se dice, segun yo la dixe y pensé. Puedo enamorarme de mis propios juicios, creer que son los mejores del mundo; darme à entender que los términos de que me valgo son los mas apropiados y oportunos; puedo embelesarme en mi propia criatura, è imaginarme que no hay otra en el mundo que se la pueda comparar. Un libro es una prenda del cariño del que le dió el sér, y un monumento lisongero con que espera inmortalizar su memoria. Enmendarme, quitarme las palabras de mis labios como mal dichas, y ponerme otras en su lugar como mejores, es ofenderme y herirme en lo vivo de mi amor propio, es sonrojarme y es una gran descortesía. Castrar, como se ha hecho, la quarta ò quinta parte de mi *Librería*, es taparme la boca y ahogarme la voz, para que yo no hable, y nadie me oiga. Hablar al público es un derecho público, respetando el órden público: yo no reconozco mas juez que este mismo público, que escucha y da carta de seguro à

todos, para que le hablen lo que quieran, en el estilo y lenguage que se les antoje; premia y castiga, ridiculiza y aprecia, abate ò ensalza; en fin, hace justicia. Lexos de tener por pecado escribir cosas inútiles è impertinentes, ha calculado su interés sobre el permiso y tolerancia de mil escritos frívolos para lograr uno bueno; ni tiene por perdido el tiempo que se emplea en leer un Autor, que dice entre mucho superfluo algo plausible.

V. tuvo por tan irrefragable su juicio, que sin mas oráculo que su alto magisterio, creyó inutil è impertinente, ò digno de correccion, todo lo que yo juzgué útil, perteneciente y bien dicho; creyó que mi derecho imprescriptible de la palabra, y el no ménos inviolable de otros para oirla, debia ceder y callar à presencia de la infalibilidad de V., y que de quanto yo decia, y no conformaba con sus ideas, no debia quedar rastro ni memoria, ni oirse ecos algunos sino los que obtuviesen el *fiat* de V. Así alzandose con todos los poderes, el executivo, el judicial y legislativo, haciendo V. la ley, poniendo V. la acusacion, dando la sentencia, y executandola V. mismo, hizo à un tiempo de legislador, de acusador, de juez, y de executor de justicia de mi obra. V. se imaginó ser un embiado, con el don de no errar, un destruidor de errores è impertinencias, un azote de malos escritores, con autoridad de entrar con espada en mano, à sangre y fuego como en pais enemigo, donde quiera que se oigan sonidos que destemplen sus finisimas y atenuadisimas fibras y tendones. Pruebe V. su mision con algun milagro literario, y le creeremos; escribanse contra mi obra integra y original las censuras, notas ò contradiciones que le cumplan; hagame V. la guerra en la forma acostumbrada en los paises civilizados, y no se triunfe de mí à lo Indio salvage, arrancando y llevando por trofeo la cabellera de su enemigo.

El Febrero que V. infama para que nadie lo compre, es el mismo à cuyo nombre y sombra se acoge V. con el titulo de *Febrero reformado*, para que tengan salida sus caprichos, haciendome guerra à mí mismo conmigo mismo, y executando, lo que hasta ahora no ha hecho ningun mercader, poner carteles desacreditando los géneros de la tienda del vecino. Si, como V. dice, escribí yo inútil è impertinentemente, nadie me puede estorbar que maniobre como quiera en mi propia hacienda; el vituperio será para mí, y à ninguno se le mutilan los miembros, y ménos la lengua,

como se ha hecho conmigo, à título de *reforma*, por decir impertinencias. Si no parecen bien compongase otra *Librería de Escribanos* con estilo Tuliano; no haya en ella sino miga y substancia; salga sin las orlas de citas, y sin los esmaltes de latines; sea V. creído sobre su sola palabra, desahogue allí sus fuegos, y no se eche sobre mí como Alarico sobre Roma, suprimiendo como impertinente hasta el humilde prólogo de mi *Librería*, donde daba cuenta y razon de mí mismo, y de la economía de mi obra, è imploraba la benevolencia del público, poniendose en lugar de él un libelo, y una marca de ignominia en la fachada de mi propia casa. Con estos títulos dice V. *mi Febrero acá*, *mi Febrero acullá*, *mi Febrero donde quiera*, contraponiendolo à otro *Febrero* no tan bueno como el de V. Pues qué, puedo yo ser de nadie, sino de mí mismo, y de Dios que me crió? Quántos *Febreros* ha habido en el mundo? Ha habido mas que uno, y este soy yo, que sea Autor de la *Librería de Escribanos*? Quántas personas quiere V. poner en mi única naturaleza? No siendo yo mas que uno, y quizá ni aun medio, se me ha hecho dos. Lo que mas me maravilla es, que habiendose podido hacer tambien este milagro con una *Lógica complutense reformada*, *un Barbosa reformado*, *un Froylan reformado*, *un Otero de* Pascuis, *reformado*, ù algun otro de los inumerables, tanto ò mas dignos que yo de la honra y plaga de una *reforma*, se me fué à escoger à mí entre tantos, sin duda por considerarme V. el mas digno de ella. V. sabrá la razon de esta discrepancia; entre tanto que nos lo dice, me ratifico por último en lo dicho, expuesto y alegado, y hecho en mi *Librería*: no me hacen fuerza los discursos de V.; esas que se dicen enfadosas repeticiones, de que se me hace cargo en el nuevo prólogo, nada son ménos que eso; son los diversos aspectos ò relaciones que una cosa tiene con otras, que es indispensable presentar de nuevo una ò mas veces; ò son inculcaciones oportunas y necesarias en quien enseña al que no sabe, singularmente à Escribanos principiantes, à alumnos de esta profesion, desnudos unos y otros de los elementos del derecho; ò Escribanos de aldea, sin otros recursos que mis lecciones; y plegue à Dios que así nos entiendan aun los adultos y provectos. Perjudicó pues V. à la exâctitud y à la claridad en la proscripcion de las pretensas repeticiones.

No fué por la vanidad de ostentar erudicion, como se me im-

puta, traer yo citas de leyes Romanas, canónicas, y de AA. de jurisprudencia, sino por autorizar mis doctrinas, por facilitar à lectores inumerables, que se ven con freqüencia en el caso de consultar y acudir à todos los lugares legales, y de profundizar las materias, los medios de satisfacer su deseo; por corresponder así al título de *Librería* que dí à mi obra, y ser muy propias de los libros consagrados à la enseñanza, y à un manejo quotidiano. Así lo han hecho los AA. antiguos, modernos y modernísimos, de los que V. llama de juicio exácto y fina crítica; y es harta malignidad achacarme vanaglorla en lo que se hace por costumbre. Aun yo lo hice mejor, pues quedando limpio y corriente el texto, puse las citas fuera de él, donde no hacen daño, ni incomodan à nadie; el que no las quiera que las dexe: solo incomodarán à V. que se ha declarado enemigo de las conveniencias y comodidades que proporcioné en mi *Librería*, y que no consultó su plan de extincion y amortizacion de mis citas, sino con sus proyectos de economia no muy política, recetando V. en su prólogo à los lectores deseosos de saber à fondo las qüestiones, que vayan à averiguarlo à otra parte; pues no parece regular hallarlo averiguado y sabido en el margen inferior de las mismas paginas de mi obra. Es tambien cosa extraña que se condene este uso de las citas por quien mas ha necesitado de ellas, y que por no haberse aprovechado de esta ventaja, ha tropezado mas de una vez. Qué ideas se tendrán de los lugares y fuentes del derecho que nos gobierna, quando sin la discrecion con que debe conducirse la crítica acerca de una coleccion tan memorable como la de las leyes Romanas, ya se la llama edificio monstruoso, ya se disuade su manejo como inductivo del error, ya se insultan sus máximas, ya se condenan al olvido inumerables alegaciones de ellas?:::" Hasta aquí Febrero.

§. VII.

Se declara el lugar que debe tener en la Jurisprudencia el estudio de las leyes Romanas, tratadas con vilipendio en la reforma, y se concluye manifestando lo ridiculo è infundado de los cargos que se han hecho al Autor en quanto à locuciones y frases technicas, estilo y lenguage.

Hemos visto quales serian los sentimientos de Don Josef Febrero, si pudiese hoy hablar à Don Josef Gutierrez, y continuando la misma idea diremos alguna cosa acerca del desprecio que se ha hecho del estudio de las leyes Romanas. Parece que el Señor Gutierrez ignora del todo el papel que hacen y deben hacer estas leyes en el estudio del derecho patrio, segun la poca consideracion y respeto que ha tenido con ellas; lo qual en lectores incautos, ò desidiosos, puede ser fatal à su instruccion sólida, y al conocimiento perfecto de las nuestras. Nada fomenta mas la ignorancia, y nada hay que mas consuele al iguorante, que la inutilidad, que él se imagina de lo que otros saben y estudian, y él ignora. Ó no ha de haber citas en los libros de jurisprudencia, salvo las de leyes patrias, ò las leyes Romanas han de ir las primeras, aun antes, en casi todas las qüestiones, que las de todos nuestros intérpretes. Estos, lo mismo que los intérpretes ultramontanos, no son mas por lo comun que comentadores de ellas. Si explican alguna ley nacional, dan principio alegando la ley Romana, concordante ù análoga; sino hay ley patria, sus resoluciones se fundan tambien en la ley Romana, ò expresa, ò semejante, ò que tenga afinidad, bien ò mal traida. No estará mas bien establecida la resolucion con la autoridad del maestro, que con la del discípulo? Á qué dar preferencia al Señor Covarrubias, à Gomez y à otros, quando su decision es una ley Romana, ò un texto canónico, ò una opinion de Bartolo, ò Jacobo de Vellosillo, ù otro antiguo comentador? Para qué andar por rodeos? Basta que en su aplicacion, en su interpretacion, ò quando no hay texto expreso, luzca su juicio y talento, y adquieran un lugar respetable.

Es en vano buscar en nuestros intérpretes la historia política de nuestras instituciones verdaderamente nacionales en ninguna

de las épocas de nuestra legislacion; todo está romanizado en ellos. La legislacion civil de nuestros Códigos casi es tambien puramente Romana, si exceptuamos en nuestro derecho antiguo los tiempos feudales y de la caballería, y algunas pocas leyes, ó de origen incierto, ó que á fuerza de una bien fina y estudiada crítica, se les pueda encontrar en alguna de las naciones que invadieron nuestro pais, ó que son una combinacion de diversos elementos, producida en la série de los siglos, imposible de analizar, y reducir á sus verdaderos principios. La legislacion Romana es la base de las legislaciones Europeas. Por el órgano de Bartolo, Valdo y Juan Andres, dominaron mucho tiempo en nuestro foro las leyes Romanas, y Letrados ingertos y empapados en ellas, asesores de nuestros legisladores, concibieron y propusieron las actuales que nos rigen. Su historia, su fondo, su espíritu ni su magestad pueden saberse, penetrarse ni conocerse sin el estudio de la filosofía y principios de la legislacion Romana. Esta les sirve de cimiento desde los tiempos mas remotos, renovado con entusiasmo y con el mayor vigor en la edad media; en este pielago casi se han ahogado todas nuestras leyes y costumbres indígenas. Si salimos fuera de nuestro territorio, hallamos que en la mayor y mas principal parte de la Europa culta tuvieron sus leyes el mismo destino, y aun en algunos estados han sido y son todavia los Códigos Romanos su ley municipal. No se nos enseña, ni nunca se enseñó en parte alguna, ni quizá se enseñará otra jurisprudencia universal, que la que se estudia y aprende en las leyes Romanas. Nada importa que estas leyes no tengan ni hayan tenido fuerza alguna civil, ni otra consideracion que la sabiduría y rectitud que las recomendó, si la opinion las ha dado un influxo poderoso, hasta en el mismo poder legislativo, y mucho mas en los agentes y administradores inmediatos de la justicia. Ya he traido algun exemplo, ó exemplos de los embarazos poco decorosos en que se ha visto el Reformador en la inteligencia de nuestras leyes, por no haber seguido su série histórica hasta su origen en las Romanas.

Sin estas razones de hecho, que demuestran la combinacion de unas y otras, bastantes por sí solas para dar un lugar interesante y honorífico á las leyes Romanas en la discusion de nuestro derecho, hay otras, que las constituyen de la primera importancia. Las reglas de equidad y de justicia universal, que pres-

cinden de tiempos y de naciones, que son una emanacion de la misma ley eterna anterior à todos los siglos, y que segun dice un celebre Magistrado se acomodan à todos los estados de los hombres, forman la mayor, y mas apreciable porcion de este gran depósito, que ha llegado hasta nuestros dias, de los conocimientos en la moral civil de los antiguos filosófos y legisladores, refundido en las sentencias de los Jurisconsultos de Roma. Estos cultivando, consultando y escuchando los preceptos de la recta razon, sobre los de las demas naciones de la antiguedad, llegaron à organizar los preceptos de la justicia, y de la equidad, en ciencia formal, con principios, reglas, clases, difiniciones, divisiones, *nomenclaturas*, reduciendolos à un sistema ordenado, consiguiente y natural. Los pactos, los contratos, las obligaciones, el derecho de propiedad con todos sus atributos, efectos y conseqüencias, la posesion, los despojos y otros muchos puntos de justicia civil, tienen allí sus reglas, que dimanan de la ley natural y recta razon, ò pertenecen al derecho de las gentes, à este derecho no escrito, à esta *ley universal*, *consignada en la historia*, como dice un Jurisconsulto Ingles, *en las costumbres y en los escritos de los sabios de todas las naciones*, *generalmente respetados*. Los paises cultos reconocen en esta parte de las leyes Romanas el imperio de la razon, y no se desdeñan de acudir à sus máxîmas en las grandes y solemnes contestaciones que se mueven entre ellas.

No es tampoco de pequeño interés la riqueza de doctrinas encerrada en este depósito, tocantes à las instituciones singulares de esta nacion, y à las máxîmas y principios peculiares de su legislacion puramente civil, adoptadas unas y otras en mucha parte por nuestras leyes presentes. No puede asimismo ser indiferente para nuestra administracion de justicia, la copia de sentencias, qüestiones y respuestas de los sabios Romanos sobre hipotesis identicas. Es tiempo perdido cansar el discurso en lo que ya está discurrido por otros. Los preceptos de la razon y sus conseqüencias, lo que dicta el buen sentido, no han menester la sancion especial de las leyes positivas, para ser respetados y seguidos donde quiera que se hallen.

No nos detendremos en la influencia no pequeña que se ha dado à estas mismas leyes en nuestro sistéma público, en nuestro órden judiciario, y en nuestra justicia criminal, ni en el discernimiento que haya habido en la eleccion de máxîmas, no to-

das de igual mérito, ni las mismas, en los Jurisconsultos cuyas sentencias se recopilaron, tanto en el Digesto, como en las constituciones imperativas del Código. Prescindimos tambien de los institutos ventajosos, politicos y económicos, que ò se han despreciado, ò mirado sin razon con indiferencia. No omitiremos sin embargo, que debiendo la politica, ò lo que es lo mismo, el arte de hacer felices à los pueblos, adquirir sus progresos, como todos los conocimientos humanos, de la accion reunida de todos los tiempos, y de todos los paises, abriendose campo à este gran fin en la historia y en la legislacion de todas las naciones, y de todos los siglos, tomando de cada una las leyes loables, y las instituciones plausibles, con que mejorar la suerte de aquellas naciones à que sean adaptables, no es la historia del primer pueblo del mundo, ni el gran monumento de sus leyes, la que ofrece ménos interés al discreto observador.

Ultimamente, las inteligencias equivocadas que dieron à muchas de estas leyes, en los tiempos de la ignorancia de las bellas letras, los intérpretes de la escuela de Bartolo, el primero que las aplicó al foro, y de quien fueron discípulos nuestros antiguos letrados, inteligencias, que transcendieron à nuestra legislacion y à nuestra práctica, son otro motivo de interesarnos en el estudio reflexîonado y radical de ellas. Son innumerables los extravios de que ha hecho cargo à los AA. practicos el célebre *Cujat* por estas descaminadas interpretaciones de las leyes Romanas; y aun el mismo *Cujat* fué alguna vez víctima de la rutina. Por exemplo, la práctica general, dentro y fuera de nuestro pais, de exâminar en secreto los testigos, viene originariamente de haber entendido mal una ley del Código. Los testigos declaraban de ordinario presentes las partes.

No quisieramos decir, que la frialdad con que por lo comun se mira este importante estudio, procede, ò de que de ordinario se quiere aprender pronto y à poca costa la jurisprudencia, y de que muchos no anelan à la adquisicion sólida y noble de esta ciencia, sino à la de una farandula sórdida y baxa, que habilite en poco tiempo à ganar un jornal, ò del interés de poner en vilipendio lo que se ignora. Á esto se agrega tambien, que vivimos en un siglo, en que siendo su fuerte los espíritus universales y viageros por todas las ciencias, es una conseqüencia necesaria profundizar poco, y adelantar nada en ellas. No recomendar el

estudio de unas leyes que la policía general de instruccion pública pone en las manos de los que abrazan una profesion, que se ha vinculado el gran título de oraculo, el plausible de patrono, el respetable de magistrado, es fomentar la ignorancia en los que por estos magníficos dictados han hecho depender de sí la suerte de los pueblos, de las personas, de las familias, y la de todo el estado. Tras la ignorancia viene el despotismo judicial, y el fallar por instinto, sin la luz, ó sin el freno de las razones de justicia que no se han estudiado. Un Juez ignorante y un Juez perverso corren parejas, dice un insigne magistrado.

La apología del Autor nos ha traido á la de uno de los primeros lugares legales, que tanto papel hace en su *Librería*; y en hecho de verdad no tenemos libro, que contraiga mejor á nuestra práctica las leyes Romanas, ni que haya combinado mas bien su enseñanza con la de nuestro derecho patrio. Esta sola circunstancia, verdaderamente original, y de gran precio, debió ser un motivo para haber conservado en la *reforma* los continuos reclamos que se hacen por el Autor á las leyes doctrinales de unos Codigos tenidos generalmente, no sin razon, por las fuentes del derecho; y que ofreciendo muchos objetos de utilidad, entre no pocos de erudicion no superflua, pide trabajo, tiempo y discrecion la separacion de unos y otros.

En resolucion, haber atacado la integridad de la *Librería de Escribanos*, es haber comprometido muchos y graves intereses, que no pueden resarcirse con los aumentos y riquezas de las Notas que ha puesto el Señor Gutierrez, donde las leyes, las reglas del derecho, los intérpretes, la sana razon, y hasta la justicia misma, claman por su apología.

Basta de leyes Romanas. Diremos ahora, siguiendo nuestro propósito, que el estilo del Autor es facil, claro, sencillo, natural, y de ordinario conciso y lleno de doctrina; el de sus autos, diligencias judiciales y formulario es el forense practico y corriente. El método guarda regularmente el órden mismo de las ideas; establece los principios, saca las conseqüencias, difine, divide y razona lo que dice; en fin es qual corresponde para ser entendido de todos, principalmente de los principiantes, á quienes se dirige. No se compadece con la buena fé, haber entresacado de los siete tomos, uno ú otro periodo, defectuoso ú inútil, al parecer del *Reformador*, y alegarlo en su prólogo como muestra

de un vicio intrinseco y general. Esto es lo mismo que acusar toda la Eneida por el defecto de algun verso, y que poner mala voz en el maestro y padre de la eloqüencia, por sus descuidos en alguna ù algunas piezas. El ingenio no está siempre de un humor: basta que alguna vez, ò al tiempo de escribir ù al de corregir, no lo tuviese bueno el Autor para que alguna cláusula ò numero no correspondiese ò no igualase à lo demás. Vease el Diccionario de la Academia de la Lengua, y se hallará *adacir*, *obliquar*, *condidor ò conditor*, y otras muchas voces y frases que para afrenta del Autor se traen en dos notas del prólogo del *Febrero anotado*. *Desatarse* la substitucion exemplar, *desatarse* el testamento, que tambien se alegan en su oprobio, es el lenguage legal y literal de las leyes de Partida. Á qué títulos mas augustos podia acogerse el Autor para ponerse à cubierto de censuras tan ridículas?

El Autor en castellanizar tambien alguna muy rara voz latina, en casos de necesidad ò de mayor comodidad, como las tres ò quatro que se traen por modélos de rudeza, no hizo otra cosa que seguir la moda. No son mas castellanas las voces *continentales*, *sentimentales*, *coloniales*, *noticias oficiales*, *directorial*, *longevidad*, *longevo*, *originalidad*, *complementarios*, *suplementarios*, *reglamentarios*, *inmediatibilidad*, y otras infinitas que vemos en escritos públicos y diplomáticos, y oimos en boca de los que se precian de cultos. Adjetivar asimismo los substantivos, substantivar los adjetivos, naturalizar las voces griegas y latinas, se hace ya por gentileza, y aun por sistéma en todos los idiomas. Así el cultísimo *Reformador* no entendió aquí de achaque de finura en el lenguage, y pensó sonrojar al Autor con una de las mayores galas de los perímetres literarios. *Preterir*, *preterido*, *preterícion*, es el idioma mismo de nuestras leyes.

No sabemos que el Autor estuviese obligado à hacer un mundo nuevo, volviendo en castellano las voces técnicas de la jurisprudencia. El Autor tuvo por tan sagradas las voces y frases técnicas, como las ideas elementares que representan: juzgó que introducir arbitrariamente otros signos, no conocidos ni admitidos para significarlas, era substituir la confusion à la claridad, y violar el instrumento de comunicacion entre los hombres de ley, establecidos por ellos para entenderse unos à otros, y usurpar la autoridad à quien la tiene legítima para fixar el sentido

de las palabras, mayormente en una obra práctica, donde todo debe ser práctico, acostumbrado y corriente. Tan mal le salió al Reformador su nuevo proyecto, que embarazado en su execucion, se zafó de unas suprimiendolas enteramente, otras permanecieron intactas como *ipso jure*, *pro indiviso*; y en las que se ensayó la operacion reformatoria, se executó con tal fortuna, que por no siguinear nada, tuvo que traducirlas del castellano en que las puso, al latin en que estaban, sin contar con su inelegancia, disonancia y desgarvo. Qué entenderá un Escribano, ni nadie, por la gerigonza de la *accion de negocios hechos*, *juramento en pleito*, *restitucion por entero*? Se le dice una y cien veces, que este galimatias significa lo mismo que *baralipton*. Esto es substituir sonidos de grajo, que nada dicen, à voces armonicas y muy significativas. El idioma tecnico de las ciencias y artes nadie le entiende regularmente sino los profesores de ellas, esté en latin, ò castellano. Por *donacion propter nuptias*, nomenclatura autorizada por nuestras leyes, traduxo *capitales*; voz que da ideas falsas, pues sobre ser muy genérica, teniendo como tiene otros usos, aun aplicada à sociedad conyugal, es muy inexâcta, ya porque no da nocion del acto del donante en que consiste su esencia, ya porque hay capitales en esta sociedad, que no son donacion *propter nuptias*.

Es tambien pedantesco y falso, decir que nuestros escritores modernos, à imitacion de los extrangeros, procuran adaptar su propio idioma à todas las ciencias y artes. Tan lexos esta de ser asi, que el gran *Linneo*, dando reglas para la formacion de las voces en la botánica, estableció el principio opuesto. *Nomina generica, quæ ex græca, vel latina lingua radicem non habent, rejicienda sunt*; y los Chimicos modernos han atestado de *oxigenos*, *hidrogenos*, *azootes*, *muriates*, *sulfates*, &c. su nueva y reciente nomenclatura, transformando en entes incognitos cosas vulgares y conocidas. Mientras los idiomas vivos no lleguen à la plenitud, elevacion, laconismo, energía y magestad de los idiomas muertos que admiramos: mientras reconozcamos por maestros en el arte de la palabra à los que le formaron, usaron y perfeccionaron, à quienes todavia no se ha podido igualar, se honrarán con ellos las generaciones presentes y venideras, à pesar de las declamaciones siempre inutiles, quando la opinion se les opone. De aqui procede renovarse ahora las nomenclaturas que se hallan en aque-

llos idiomas, quando queremos expresar con importancia las cosas, como *pritaneo*, *tablas metrologicas &c.* Obliga muchas veces la necesidad à hechar mano de locuciones latinas, ò sacadas del latin, ò del griego, que llenan la idea que se quiere expresar y lisongear con la concision y gravedad.

. . . . . *Ego cur adquirere pauca,*
si possum, invideor, cum lingua Catonis, et Enni
sermonem patrium ditaverit, et nova rerum
Nomina protulerit? licuit, semperque licebit
signatum præsente nota producere nomen.
Horat. de Arte Poet.

Los idiomas son la mejor medida de graduacion del estado y progresos del espiritu de los diferentes pueblos; y si comparamos las lenguas actuales con las de los dos primeros y mas celebres del mundo, hallaremos que ha hecho en cerca de dos mil años marchas retrogadas. Es muy pequeño el fruto de algunos esfuerzos en las ciencias naturales, con que podemos consolarnos de este atraso.

Contravendonos à la materia, los idiomas de las naciones que han inventado, cultivado y perfeccionado las ciencias y las artes, como los Romanos la Jurisprudencia, están en posesion y tienen derecho de dar nomenclaturas à las que las aprenden de ellas. El culto y magestuoso lenguage diplomatico entre las grandes Potencias no se desdeña en las importantes contiendas de que depende el destino de los pueblos de fixar las pretensiones de los gavinetes con dos voces technicas latinas *Uti possidetis*, palabras del edicto del Pretor, y *statu quo*. El cuerpo federativo germanico denomina las resoluciones definitivas de sus dietas, *Conclusum*. Tambien estará mal la reforma con la célebre ley Inglesa *Habeas corpus*, antemural de su libertad individual; con el *Pacta conventa* de los Polacos, y con infinitas fórmulas latinas, que están en uso en todos los paises, y se leen en los escritores de mejor gusto. Articular el *alibi* se dice en el foro Frances, por articular la coartada. En nuestras leyes se encuentran *in stirpes*, *in capita*, *ab intestato*, *ex testamento*, donacion *propter nuptias* y otras; el uso comun tiene recibidas oportunamente inumerables locuciones latinas en lo serio, en lo jocoso y en lo ridículo; has-

ta el preliminar ò entrada del refectorio claustral se llama *de profundis*, y el Diccionario de la Lengua ha hecho castellano el *superavit*. Referir de estos exemplos seria proceder en infinito: solo digo, que por medio de un lenguage tecnico general en las artes y ciencias, no contraido à idioma alguno nacional de ningun pais, se entienden todas las naciones, y quizá conviene que así sea para los progresos en que todas interesan.

Hasta aqui la demostracion de los errores y defectos que contiene la reformada Librería de Escribanos; pero es de advertir, que solo hemos notado aquellos que nos han parecido mas à proposito para nuestro intento, porque si hubiesemos de refutar y demostrar todos los que tiene, serian necesarios algunos volúmenes. Basta lo dicho para venir en conocimiento de que el Señor Gutierrez tomó sobre sí un cargo que no conocio, porque en efecto las obras literarias se compendian, se extractan, ò se aniccionan, ilustran ò refutan, pero no se reforman. Réstanos ahora decir lo conveniente acerca de esta edicion. Ya puede inferirse que el fin principal que nos hemos propuesto, ha sido vengar la buena, y bien merecida memoria de Don Josef Febrero, insultada y ajada por el Señor Gutierrez, y así como éste ha mutilado à su antojo la obra en materias muy importantes, y en otras ha invertido el órden, y alterado el espíritu de las leyes y de las doctrinas, nosotros por el contrario hemos procurado conservar en todo lo posible la integridad del original. Sin embargo à las veces ha sido preciso variar algunos periodos en obsequio de la claridad. Hemos rectificado las citas de leyes y doctrinas, restituyendolas bien sus palabras, ò su genuina inteligencia. Tambien hemos substituido algunas difiniciones, con otras tomadas de las leyes mismas, que sin duda son mas propias y exâctas. Hubieramos querido conservar el órden de los capitulos y párrafos, pero esto no ha estado en nuestra mano, especialmente en el capitulo I. que trata de los testamentos. Al fin de cada capitulo hemos puesto las notas que nos han parecido necesarias para ilustrar varios puntos, y demostrar los errores del Reformador, con cuyo motivo se deciden muchas qüestiones de derecho muy delicadas è importantes. Se han colocado por apéndice las Cédulas y órdenes Reales que dicen relacion con las materias: de esta suerte los lectores tienen toda la instruccion que pueden apetecer. Otros apéndices hay sumamente interesantes: tales son el primero y segundo del capi-

tulo IX., el uno relativo al arrendamiento de yerbas y pastos, materia de grande importancia, y que se versa continuamente en los Tribunales; y el otro el contrato de fletamento, materia tambien que al interés que envuelve en sí misma, es poco conocida y estudiada por nuestros Letrados. Al capítulo X. hemos añadido otro apéndice muy curioso del seguro, que mas propiamente podremos llamar un tratado; y se divide en diez y siete párrafos, donde muy por menor se explican todas las circunstancias de este contrato tan general en las Plazas de Comercio, y en especial las marítimas. Hemos explicado al final del capítulo XII. todo lo concerniente à las sociedades y compañías de comercio, dando así mayor extension y claridad à la doctrina del Autor. Finalmente, el apéndice sobre las Letras de Cambio, que sigue al capítulo XVIII. contiene todas las reglas necesarias para la debida inteligencia del giro, con muchos modélos ò exemplos del modo de girar una Letra. Para estos apéndices, no solo hemos tenido à la vista las ordenanzas de Bilbao que hoy hacen vez de ley en el comercio, sino tambien varios escritos extrangeros relativos à la materia à donde nos ha sido preciso recurrir en los casos de duda. Nada pues hemos escusado, ni trabajo ni gasto, para que esta ediccion saliese tan completa como deseabamos, y por lo mismo esperamos que sea bien recibida del público, à quien consagramos nuestros desvelos. Procuraremos que con la brevedad posible salgan à luz los quatro juicios que componen la segunda parte de esta obra; y si el éxito correspondiese à nuestras esperanzas, publicaremos el juicio criminal que se está trabajando con tesón; cuyo conocimiento es hoy de mucha necesidad para la instruccion de Letrados y Escribanos, por la variedad que se advierte en la práctica.

PRÓLOGO DEL AUTOR.

Sirven regularmente los proemios que los Bibliografos ponen en el frontispicio de sus libros, para disculpar los errores conocidos despues de su impresion, y para dar razon de la obra, del tiempo que impendieron en ella, de los cortos materiales que tuvieron para su perfecta construccion, y de las dificultades que superaron. Todo se dirige, en fin, à conciliar y adquirir la benevolencia de los lectores, para que el recien nacido libro halle disculpa en unos, agrado en otros, y en ninguno oposicion. En este supuesto, viendome constituido en el empleo público y honorífico de Escribano Notario Real, ò de los Reynos, que el Señor Rey Don Fernando VI. (que está en gloria) se diguó dispensarme en el año de mil setecientos cincuenta y siete: No habiendo tenido para mi instruccion hasta entonces mas libros que el que escribió Don Pedro Melgarejo, cuya fórmula no me comunicaba las luces necesarias para disolver las diarias dudas que se me presentaban, por lo que se me acrecentaban los vivos deseos de salir del inmenso piélago de confusiones en que naufragaba mi ignorancia, à fin de desempeñar mi obligacion: acordandome de que el docto Graciano en el prefacio de sus Disceptaciones forenses num. 70. dice: *Accedat quod veterum nos monet authoritas, ut aliquo genere exercitationis animus sit excitandus, cum plurima mortalibus commoda per exercitationem, damna vero infinita per segnitiem eveniant. Consuetudo enim, & exercitatio intelligendi prudentiam acuit, eloquendi celeritatem indicat, memoriam firmat, & alit, naturæ vitium tollit, ingenii vires excitat, scientiam auget, meliores, & doctiores efficit, & unaquæque res per exercitium recipit incrementum.* Y considerando que el medio único de conseguirlo, era leer con reflexîon y cuidado las leyes del Reyno, y Expositores que con tanto acierto las interpretaron, dandolas el genuino y verdadero sentido, è inteligencia, determiné aplicarme à su estudio, y extraer la medula que por lo concerniente à testamentos y contratos doy al público en esta primera parte de la *Librería de Escribanos, è Instruccion Juridica teórico práctica de Principiantes.*

No fué à la verdad mi primer ánimo dar à luz esta obra, sino hacerla para mi instruccion por dos causas: la primera, por-

que como tengo talentos muy limitados, y poca práctica, no he saludado la Jurisprudencia, ni concurren en mí aquellas tres dotes que en sublime grado notó Quintiliano en Ciceron *lib.* 10. *institut. orator. cap.* 17. ibi: *Nam quis docere diligentius, movere vehementius? Cui tanta unquam jucunditas affluit?* me contemplé exhausto de fuerzas para empresa propia, y digna de pluma mas bien cortada que la mia, y de ingenio mas eminente, y que por lo mismo no solo me seria inasequible, sino que todos me increparian justamente de temerario. Y la segunda, porque aun quando tuviera las suficientes, como no hay cosa nueva que escribir (1), y tantos Autores benémeritos de alabanza por su trabajo, y buen deseo del acierto, que son Monterroso, Ribera, Palomares, Villarroel, Arguello, Torneo, Melgarejo (à quienes criticó con fundamento Ripia en su práctica de testamentos, y modos de suceder) y otros escribieron en idioma vulgar de las materias de que trato, me parecia ocioso, y reprehensible repetirlas, y muy penoso coordinar las especies que comprehenden.

Pero mis amigos inteligentes sin hacerse cargo de mi ineptitud, ni de la gran diferencia que hay de escribir para mí, ò para otros, especialmente en la estacion actual, que tanto abunda de criticos, me desvanecieron esta repulsa con tres razones, entre otras: la primera, que los AA. citados, conociendo tal vez que los Escribanos son poco estudiosos, y que por lo mismo siendo sus obras sucintas, las estimarian mas, y tendrian mejor salida, no habian hecho otra cosa que formularios diminutos de escrituras para principiantes, sin expresar la virtud, y efectos de los contratos, cláusulas que en ellos pusieron, y leyes que renunciaron, à fin de que supiesen lo que permiten, ò prohiben, y pudiesen explicarlo à los contrayentes y testadores, ni otras dificultades que ocurren, por lo que se veian perplexos y confusos los Escribanos que no son latinos, y aun los que lo son, sin poder desatarlas, ni responder mas que: *Así lo dice Melgarejo: así lo he visto practicar à Fulano mi maestro*: en vez de decir: *así lo manda tal ley*, de que se evidenciaba que hacian lo que el papagayo y mona, que hablan, y hacen lo que ven, y les enseñan, sin saber lo que es, por cuya razon eran reputados

(1) Nihil novum sub sole. Eccles. cap. 1. Nihil dictum quod non dictum sit prius. Terent.

y tratados como ignorantes, y como tales despreciados con justa razon, y se admiraban no les causase pudor el dar esta respuesta à vista de lo que dixo el Emperador Justiniano en la Auténtica *Jam quiddem de trienn. & semis. tit. 5. colat 3.* por las siguientes palabras: *Erubescimus dum sine lege loquimur.* Pues no les podia servir de satisfaccion lo que responden otros por éstas: *Quærere legem ubi est ratio naturalis, est infirmitas intellectus*; por no alcanzar todos con su razon natural lo que necesitan saber, ni la que tuvieron los legisladores para establecer algunas leyes.

La segunda, que habiendo leyes Reales fundadas en razon, y dichos de Santos Padres, y Sabios (1), que como sujetos à ellas debemos observar, y no las estrañas, por no tener en estos dominios fuerza de tales (2), parece habian estado escondidas para los Autores referidos, y no las habian visto, ò que se habian empeñado en no mencionarlas en las escrituras, sino à las civiles, que por estar en latin, no entendian los romancistas, como si éstas tuvieran mas vigor que aquellas, ó subsistiera aun sobre nosotros el Imperio Romano; y à veces en renunciar leyes que no hay, ò no versan en el asunto, ò son irrenunciables por estár establecidas à favor de algun Estado, ò prohibida su renunciacion, y otras veces en poner ésta en confuso, sin citarlas especificamente, ni expresar en el ingreso de la obra, ni en las escrituras lo que mandan, ò prohiben para su inteligencia: que por lo mismo habian padecido muchas equivocaciones, y los posteriores copiado en diverso estilo de sus predecesores, sin aumentar, ni hacer otra cosa, y que por no haber profundizado todos los cimientos de sus obras, se habian quedado sus discipulos en ayunas de lo mas esencial que debian saber, causando por su impericia vencible, que el derecho (3) reputa por culpa, graves perjuicios à los contrayentes, y herederos de los Testadores.

Y la tercera, que no solo por mi empleo, sino por mi extraordinario trabajo debia ser util à la República, como dice aquella célebre sentencia: *Non nobis nati sumus, nam partem vindicat patria, partem amici*, y de lo contrario contado por miem-

(1) Ley 6. tit. 1. Partid. 1. (2) Leyes 12. 15. y 16. tit. 1. Partid. 1. y Auto 1. tit. 1. lib. 2. Recopil. (3) Leyes 175. ff. de Reg. jur. y 5. tit. 34. Partid. 7.

bro seco de ella, à cuyo fin me traxeron à la memoria lo que dicen el *Eccles.* 20. *vers.* 32. ibi: *Sapientia absconsa, & thesaurus invisus, quæ utilitas in utrisque?* Santiago Apostol 4. *vers.* 17. *Scienti bonum facere, & non facienti, peccatum est illi*; y el mismo Graciano en los *num.* 69. y 70. *de su Prefacio* ibi: *Cum etiam qui in aliqua disciplina laborarunt, astringantur ex professionis debito, quæ mente conceperunt instar seminis in lucem proferre: quem admodum enim triste est decedere sine hærede, ita quoque miserrimum judicatur habenti à Deo optimo maximo gratiam intellectus posteris suis, id est studiosis nihil scriptum relinquere, quo possint velut hæredes intellectus aliqualiter consolari.* Y al *num.* 77. *Laborare igitur unusquisque debet, ut usui sit sibi, & aliis* :: y añadieron otras razones poderosas, exâgerandome para obligarme à su condescendencia, que habia grande necesidad de esta obra: que por ser tan clara, y copiosa, lograrian grandes ventajas, y alivio los Escribanos, y otros que no lo son, así en no tener que gastar en tantos libros, como en hallar epilogado metodicamente en uno mucho mas que lo que otros escribieron: que por consiguiente resultaría beneficio público de su edicion, y que así la coordinase, pues quien habia hecho lo mas debia hacer lo menos.

Alentado de sus eficaces persuasiones, (bien que sin dejar de penetrar que mas eran parto de su amistad, que estimulo de la útilidad y necesidad, que hiperbolicamente me aparentaban), acordandome de aquel verso de Juvenal: *Audaces fortuna jubat, timidosque repelit*; no haciendo caso de los mortales golpes de la censura, (pues es muy infeliz la fortuna, que carece de emulos, como se expresa en los Proverbios), y teniendo presente que todos los libros se componen de bueno, mediocre, y malo (1): que si en la variedad de ellos pudiese haber alguno, que estuviese sazonado como el maná al gusto del paladar de todos los lectores, no hay duda que su Autor tendria suma dicha, por haber tocado el mejor punto del precepto en la materia de que trata (2); y que como el escribirlos no tendrá fin hasta que lo tenga el mundo (3), jamás puede tener principio el conseguirlo, sin que el Omnipotente haga este milagro en los escritores, como en el

(1) Mart. lib. 1. (2) Oratio in Arte Poet. (3) Eccles. cap. ult.

maná hizo aquel prodigio, me rendí à complacerles, sacrificando en su holocausto, y del público esta pequeña produccion de mis tareas, y tomando nuevo trabajo, porque me fué indispensable preguntar à los doctos muchas dificultades que me ocurrian, quien trataba de ellas, y estudiarlas para que mi doctrina fuese mas acendrada, y vestida, y los principiantes no aprendiesen errores, y (siguiendo la sentencia del Jurisconsulto Ulpiano en la *ley* 1. *al princip. ff. de Reb. cred. y glos. in* §. *Igitur* 4. *Instit. in proœm. verb. Easdem*), componer, y concretar por capitulos, y paragrafos lo que para mi gobierno tenia epilogado en especies sueltas, segun las habia recogido: motivo porque tardé mas de seis años en su conclusion para la primera edicion que hice.

Para su mejor inteligencia huyendo, y escusando la obscuridad que aborreció el Filosofo (1), haciendome cargo de que ésta nace muchas veces de la brevedad, segun nuestro Seneca (2), y no olvidandome de la discreta advertencia del Doctisimo Quintiliano *libro* 4. *instit. orat. cap.* 2. ibi: *Satius aliquid est narrationi superesse, quam deesse, nam super vacua cum tædio dicuntur, necessaria cum periculo substrahuntur*; tuve por conveniente principiar por la difinicion de cada materia, (no obstante que en el derecho civil (3) es peligrosa) persuadiendome que como explica la esencia de la cosa por su genero, y diferencia (4), serviria de mayor claridad à los principiantes. Despues pasé à la division, la qual manifiesta la quantidad, y separacion de las partes que componen el todo actual, ò potencial, como que es el principio de la claridad, y por ella mas facilmente se viene en conocimiento, è inteligencia de qualquier negocio (5), y luego à expresar quienes pueden, ò no celebrar los contratos, lo que en cada uno permiten, ò prohiben las leyes, qué cláusulas debe contener, y qué pactos están prohibidos, tocando, bien que por incidencia, y de paso otras muchas particularidades, y prevenciones así en órden à escrituras, como à particiones, dignas de saberse, y dudas que suelen ocurrir por falta de ley Real, ò de bastante extension en varios casos, en que discordan los Autores. Y por úl-

(1) Arist. 1. 1. comm. opin. lib 1. tit. 5. num. 48. (2) Senec. Epist. 114. (3) Regla 203. ff. de Reg. jur. (4) Arist. 2. Poster. cap. 10. 5) Card. de Luc. de Cred. & debit. disc. 31. num. 12. Senec. Epist. 89. Casiod. lib. 4. Variar. Epist. 11. Roxas in Epith. Succes. cap. 1. num. 1.

timo, sin dexar de conocer la redundancia de palabras superfluas que contienen muchos instrumentos; y sin desviarme de la práctica comun, por no causar notable novedad à los actuales Profesores, para que muchos no pongan el obice de diminutos y mal hechos à algunos, considerando que lo que abunda no daña, y que las palabras por duplicadas no vician las escrituras, como dice el derecho, estendí en estilo moderno las regulares correspondientes à cada capitulo, arregladas à las leyes del Reyno, y ciertas notas sobre ellas, y el papel sellado que deben llevar, y asímismo algunas cláusulas separadas, por evitar prolixîdad en la ordenacion de mas instrumentos, y en el último tomo un indice general alphabetico para alivio del lector; cuyo metodo theorico y práctico aprendí en la filosofia, usaron los AA. Sumaristas, y Magistrales, y me enseñaron las mismas leyes. Y por evitar, y cortar de raiz los inconvenientes propuestos por mis amigos, puse en las escrituras renunciacion de las leyes Reales, sin hacer caso de las civiles; por lo que el que quiera ser algo mas que buen escriturario, y saber como ha de testar, y contraer, procure retener en la memoria, y observar no solo el contexto del capitulo VII. en que explico las concernientes à Eclesiasticos, hijosdalgo, labradores, menores, mugeres, y otros, sino el de quanto comprehenden los diez y nueve de esta obra, y para ello nieguese enteramente como yo, ò à lo menos hurte muchos ratos al ocio, y dediquese à su estudio con reflexion, y cuidado, para que tal vez por este defecto no entienda al rebés su doctrina; y de esta suerte no le sucederá lo que dixo San Bernardo, y es: *Que por no aplicarnos, ò no tener cuidado de estudiar, ò por verguenza de preguntar muchas cosas, que debemos saber, las ignoramos*; pues sin pelear legitimamente, no se consigue la victoria; y aun aplicandose como debe, no hará poco en desempeñar su obligacion, si le sucede lo que à mí, que sin embargo de tanto como he leido y leo con atencion reflexîva, y cuidadosa, estoy cada dia mas torpe, dudo mas, y sé menos; bien que esto dependerá de la flaqueza de mi memoria, crasitud de mi entendimiento, y limitacion de mi talento, mas no de la falta de aplicacion.

Con este motivo, con el de ser tantas las especies que contienen los diez y nueve capítulos de esta obra, y carecer de energía

y eloqüencia para explicarlas sucinta, y compendiosamente, aunque en lo laconico del enseñar consiste el acierto del maestro sabio (dixo Euripides); y Horacio lo juzgó necesario, principalmente quando se escribe para la enseñanza pública, segun consta en su Arte Poetica: :

Quidquid præcipies, esto brevis, ut cito dicta
Percipiant animi dociles, teneantque fideles.

y sabiamente lo aconsejan Pithagoras, San Bernardo, y otros, no pude decir mucho en pocas palabras para que con mayor gusto se leyese, y con mas prontitud se aprendiese, y conservase en la memoria, (pues no hay duda que quanto mas breve es la materia, tanto mas facilmente se aprende, y conserva, y con mayor atencion se lee, como expresó *Orígenes* à *Judit* por estas palabras: *Brevis, & prudens sermo, & atentius, & libentius auditur, & memoriæ mandatur*; y la experiencia lo acredita) por lo que me ví privado de seguir enteramente aquel consejo; pero procuré ceñirme en el modo posible, y à este efecto imitando lo que escribe *San Geronimo en la Epist. 2. à Nepociano*, y dice el *Concilio Tridentino*, bien que à mas elevado asunto, en la *Ses. 5. cap. 2. de Reformat.* y encargan *Ciceron in Orat. 1. Lactancio Ferminian. in Proœm. divinar. instit. y Cornelio Tacito teste Plinio juniori in Epist. 20. lib. 1. de las suyas*; y considerando que escribo para principiantes ignorantes, y no para maestros consumados, reduxe cada materia à números y párrafos en método doctrinal, y estilo llano como facultativo, pues el dialogo me pareció odioso, no solo para los doctos, sino para aquellos à quienes amaneció plenamente la luz oriental del raciocinio, aunque no lo sean, el elevado, y perifraseado muy lato, obscuro, y confuso para principiantes, y por lo mismo mas adequado à historia, ù oracion panegirica, que à ciencia, y facultad, y él dialectico propio para la Cátedra, y Universidades; y así no contiene esta obra aquel tan claro, eloqüente, brillante, enérgico, y elevado, que al parecer deseaba Seneca en un buen escritor, como se colige de de su *Epist. 100.* en que dice:: *Nihil invenies sordidum, electa verba sunt, non coaptata, neque hujus sæculi more contra naturam suam posita, & inversa: splendida tamen quamvis sumantur è medio*; pero sí muchisimo mas sin comparacion que las de los referidos AA., (pues lo contrario seria engañar al público à pre-

texto de obra nueva con nuevo título) por lo que ya no las necesita el principiante, ni puede alegar ignorancia.

Aconsejaba Isocrates à los sabios y eruditos, que compusiesen un libro que fuese para todos, diciendo que así como las abejas toman lo mas útil de cada una de las flores que registran, para fabricar la dulzura de su miel; así tambien los hombres deseosos de adquirir y trasladar al papel la verdadera erudicion, deben registrar con atencion cuidadosa hasta lo mas recondito de cada facultad, y elegir lo mas selecto, para dar à la luz publica un escrito que merezca la universal aprobacion. En imitacion de tan loable consejo procuré extraer de las leyes y AA. y trasladar à esta obra lo mas especial y seguro, à fin de complacer à todos; pero como no soy sabio ni erudito, ni estoy caracterizado, no podré lograrlo, y así experimentaré el desprecio de unos, y la alabanza de otros, como lo expresó cierto Poeta en los siguientes versos: :

Diversis diversa juvant: quod spreverit unus,
Alter amat: cunctis nemo placere potest.

Por cuya razon tampoco podré gloriarme, como se gloriaba Ovidio, de que su nombre era conocido en todo el mundo, segun lo manifestó en una de sus Epístolas por éste: :

Jam canitur toto nomen in orbe meum.

Siento que esta obra no incluya especies deliciosas, pues lo dulce mezclado con lo útil anima mas à leerlo, y quita toda repugnancia, como expresó Horacio en estos versos: :

Omne tullit punctum, qui miscuit utile dulci;
Lectorem delectando, pariterque monendo.

Pero me queda el consuelo, de que no obstante será dulce y delectable al lector que sea Escribano, si se hace cargo que en ella podrá aprender mucho de lo que ignora, y desempeñar con mas acierto su obligacion, y al que no lo sea, de que le servirá de pauta para testar, contraer y otras cosas; y confio de su prudencia, que aunque no me hallo graduado ni caracterizado, y es sacada de disposiciones Reales, Civiles y Canónicas, y de sus Expositores (como debió serlo, pues no soy legislador para imponer leyes, sino vasallo para entender y observar las impuestas) lexos de despreciarla, la dará mayor estimacion, considerando que el

grado no infunde ciencia (1), ni la carencia de él priva de tenerla: Que no está vinculado à la grandeza el saber, ni à la pequeñez el ignorar: Que como dice San Gerónimo (2), no se debe atender à la opinion del Autor, sino à la razon de su doctrina: Que muchas veces el voto y parecer de uno solo, y de menor crédito suele prevalecer al de los mas, y mayor (3): Que se vale Dios de medios è instrumentos débiles para hacer mas portentosos sus prodigios, è inspira y revela à los párbulos lo que ocultó à los sabios y prudentes (4): Que con los apoyos con que va exornada, está mas afianzada mi doctrina: Que apenas hay quien no se valga de los agenos en la presente estacion para el ornamento de la suya: Y que no es poco trabajo epilogar, unir y concordar con método y claridad las proposiciones, y casos escritos y dispersos en tantos libros y leyes, à mas de otras que en ellos no se hallan, y añadí; pues Ceuxis, pintor famoso, para perfeccionar la hermosura de Elena, que ciertos Griegos deseaban colocar en un templo, hizo que le traxesen cinco doncellas las mas hermosas que se hallasen, è imitando de cada una sus mas especiales facciones, sacó un retrato peregrino.

Tienen comprendido con error visible muchos ignorantes, que el saber las leyes toca privativamente à los Jueces y Letrados, siendo así que están en castellano, se dirige su precepto à todos, y ninguno puede eximirse de observarlas, è incurrir de lo contrario en sus penas, sino el pupilo, pastor, labrador, soldado y muger, en varios casos que prescribe el derecho (5); bien que no para libertarse estos de las penas establecidas por ellas contra los malhechores, pues no les sufraga alegar su ignorancia, porque no solo por derecho positivo, sino por el natural y divino está prohibido indistintamente à todos hacer mal (6). Y para que con esta vulgaridad, hija de la estolidez, no dexe el Escribano de estudiar lo que está obligado à saber, digo que una cosa es la ley, y otra la razon en que estriva: y que hay leyes particulares, que son las que hablan solamente con cierto número y clase de personas, à quienes, y no à otras incumbe su pericia y observancia, y hay

(1) Leyes Falsa, §. 1. ff. de Condit. & demonstrat. y Senatores, ff. de Senatorib. (2) D. Hieron. super Daniel. (3) Leyes 10. tit. 14. Part. 1. y 1. §. Sed neque Cod. de Veter. jur. enucleand. (4) Matth. c. 11. Luc. c. 10. (5) Leyes 15. 16. 20. y 21. tit. 1. Part. 1. y 31. tit. 14. Partid. 5. (6) Ley 2. tit. 1. lib. 2. Rec.

leyes generales que hablan indistintamente con todas: y de éstas unas conciernen á testamentos y contratos, y otras á los juicios que de ellos se suscitan por la discordia de los interesados. De las que tratan de testamentos y contratos, algunas imponen pena al Escribano, si los autoriza: otras solo los invalidan por defecto de capacidad natural, ó legal de los contrayentes, ó de solemnidad, ó por ser contra su naturaleza ó substancia algunos pactos que ponen en ellos; y de todas debe conservar lo dispositivo: de las primeras para no incurrir en la pena con que le conminan, si las contraviene, y de las segundas para prevenir á los contrayentes las resultas que tendrá el instrumento, si lo otorgan, y evitarles los perjuicios que se les pueden irrogar, pues es indubitable que muchos no los otorgarian, si las supieran, y no habria tantos litigios que arruinan los pueblos y caudales mas floridos, ó á lo ménos los dispondrian con tal claridad, que no dexase interpretacion siniestra y problemática su contexto. Es verdad que no imponiendo la ley pena al Escribano, ni prohibiendole autorizar el instrumento, en ninguna incurrirá, ni se le debe hacer cargo, aunque se anule, por contener algun pacto contra su naturaleza ó substancia, ó hablar solamente la prohibicion legal con el otorgante, ó por otro motivo, y que cumplirá en el fuero externo con dar fé de que los contrayentes lo otorgaron así; pero tambien lo es, que en el interno no quedará indemne y seguro, á ménos que precediendo la prevencion expuesta, quieran sin embargo otorgarlo; y si ignora las leyes, no sé cómo ha de hacersela, ni ordenar el instrumento conforme á derecho, antes bien creo que sucederá lo que al ciego, si otro le guia.

Debe saber igualmente, aunque no con tanta puntualidad, las tocantes á los juicios, así para estender los autos y diligencias: prevenir alguna vez al Juez lo que se le pase por alto mediante el estado del pleito, y lo producido en él (pues el mas sabio lo yerra si se descuida) y conocer la justicia de los litigantes, como para los trámites y substanciacion del juicio, y exámen de testigos, especialmente en las Aldeas, en que por lo regular son legos los Jueces, y el Escribano es el que dirige su curso; pero el descifrar si la ley habia, ó no en aquel caso; si se debe admitir, ó no la demanda, por ser contra derecho, ó sobre cosa juzgada, en que concurren las tres identidades de persona (aunque sea *repre-*

sentative) juicio y cantidad, ò alhaja, ò no venir puesta en tiempo y forma, ò por parte, ò contra parte legítima. Si la excepcion es dilatoria ò perentoria; si por no intervenir la de cosa juzgada, litis pendencia, ò continencia de causa, deben, ò no acumularse unos autos à otros; si corresponde tal auto, ò sentencia, y la razon legal para decidir el negocio (que los Legistas llaman el *Quid juris*, y es el espíritu de las leyes) no es de su inspeccion, sino de la del Juez, el qual si yerra su determinacion, con la revocacion del superior se evitará el daño que podia causar; bien que à la verdad concibo que no se llama con propiedad saber las leyes, el tener en la memoria sus palabras, sino saber su fuerza y potestad, como dice el derecho (1), y que por eso debe el Escribano aprender y entender no solo la ley, sino la razon de ella.

Y por si deseas saber, lector amigo, qual es el oficio de Escribano, sin detenerme en impugnar, ni satisfacer à quanto hablaron voluntariamente contra él algunos Antagonistas, que tal vez no llegaron à penetrar los motivos, utilidad y necesidad de su creacion y subsistencia en las Monarquías (mediante la falacia y beleidad humana) ni atendieron à su objeto, que es la verdad y justicia, ni à su operacion, que es liberal, te haré de paso un legal diseño, que destruye su concepto, y servirá de apología contra sus rasgos infundados, y meramente caprichosos. La *ley 3. tit. 8. lib. 1. del Fuero Real* llama público y honrado al oficio de Escribano. La 2. *tit.* 19. *Partid.* 3. dice que el que lo ha de exercer, debe ser christiano, libre, y no esclavo, de buena fama, vecino del lugar en que lo ha de usar, estár instruido en el arte de Escribanía, y guardar secreto. La 3. siguiente dice, que el poner Escribanos es uno de los ramos del señorío del Reyno, y que solo al Rey y Emperador como cabeza de éste, ò à quien su poder tenga, toca crearlos, pues no es conveniente que otro tenga facultad de poner lugar de tan gran guarda y lealtad: que son como testigos públicos en los pleitos y posturas que los hombres hacen entre sí; y que sus escritos deben ser creidos por todo el Reyno. La 14. del mismo título y Partida manda que el que deshonrare, ò hiriere algun Escribano, pague dos tanto de lo que pagaria sino lo fuese, y otras contienen mas particularidades, que omito por no

(1) Leyes Scire 17. ff. de Legib. y 13. tit. 1. Partid. 1.

ser difuso ; de todas las quales (que no están derogadas , ni corregidas) se evidencia que el oficio de Escribano es noble y honorífico : que como afirma el Ilustrísimo y doctísimo Señor Don Diego Covarrubias , Gobernador que fué del Real Consejo (1) , no puede probarse en derecho que sea vil , ni infame , y por consiguiente que los que lo exercen , no deben ser afrentados sino por traicion contra el Rey , ò su Reyno , porque entonces el perpetrador , aunque sea noble , incurre en infamia : ò por falsedad notoria , y no presunta , pero en este caso se le ha de recoger primero el título , privarle de su uso , y declarar antes de la imposicion de la pena que ya no es Escribano. Y à vista de dichas leyes , y autoridad tan respetosa y recomendable , de que para ser admitidos los Escribanos à exâmen , deben justificar con citacion del Procurador Síndico ante las Justicias de su domicilio limpieza de sangre , legitimidad , fidelidad, habilidad, buena vida y costumbres, segun lo mandan las leyes y Autos acordados Recopilados (2): de que autorizan lo que los Jueces mandan, sin lo qual no tiene valor , por lo que firman con ellos : de que por Real Cédula de 2 de Septiembre de 1784 se les distingue como à los Jueces , de los profesores de las demas artes y oficios en quanto no se les dispensa la ilegitimidad como à estos : y de que para poder autorizar los Secretarios del Despacho universal los testamentos y contratos de Personas Reales , se les expide Notaría de Reynos , sin la que no pueden practicarlo por falta de autoridad sin embargo de la alta distincion de sus empleos ; me asombra la ligereza y temeridad con que algunos émulos y malévolos preocupados indicaron en sus escritos lo contrario à lo que expresa , y terminantemente disponen las leyes ; pues si esto fuera como dicen , sacariamos por conseqüencia necesaria , que el noble se hacia vil è infame por ser Escribano : Que uno de los medios de incurrir en vileza é infamia , era hacer constar limpieza de toda mala raza , y de oficios viles , legitimidad de nacimiento , pureza de costumbres , habilidad y fidelidad , que es quanto bueno hay que buscar y apetecer en qualquier sugeto : Que el *fiat* ò merced que el Rey hace del oficio y autoridad à los Escribanos , era para perder su

(1) Señor Covarr. pract. Quæst. cap. 19. num. 7. (2) Leyes 1. 2. y 3. Aut. 1. y 13. tit. 25. lib. 4. Recop.

nobleza, y de dignos constituirse indignos, y las prerogativas, franquezas, libertades, è inmunidades que manda se les guarden, tan lexos estarian de serlo, que en vez de honrarlos, cederian en vilipendio y desdoro de sus personas: Que siendo como es su Magestad la fuente y origen de toda honra civil, no solo los infamaba, sino que con apariencia de honrarlos y hacerles merced, les exigia dinero por ésta, y los engañaba, lo qual es ageno è impropio de la persona y dignidad Real, y el proferirlo, ó imaginarlo es enorme injuria, digna del mas severo castigo: Y que la fé pública, y las joyas humanas mas preciosas, vida, honra y hacienda se depositaban en hombres ruines, quando las leyes piden que estén exornados de tan buenas qualidades, naturales y personales, y deben estarlo mas que otro alguno de la República, como que son el conducto por donde pasan la verdad y justicia.

Esta es la estimacion y autoridad que nuestras leyes fundamentales dan al oficio; pero la lastima es, que el mal proceder de algunos de sus profesores, que como dixo Solon, se corrompen por el vil interés, y venden la vida, honra y hacienda de muchos que Dios, el Rey y el pueblo depositaron en ellos, por lo que se les llama *Fieles públicos de la República* (bien que en todos estados, clases y profesiones hay buenos y malos) ha constituido à los demas en el concepto mas exêcrable, y no hay cosa mas odiosa; y à la verdad se remediaria tanto daño como algunos lampones causan en el Reyno, si no hubiese mas que los precisos: ni se admitiese al que no tuviese otra cosa de que vivir que los emolumentos del oficio: ni al que no fuese de familia distinguida, como sucede en varias Provincias de Europa, y aun de nuestra Peninsula: ni tampoco al que no hubiese estudiado perfectamente latinidad, y practicado diez años las leyes del Reyno en Académias que se estableciesen, precediendo luego un riguroso exámen; porque los mas como no vuelven à ver los libros despues que obtienen el titulo, y aunque los vean, no los entienden por estar en latin, y algunos ni aun estando en castellano, porque carecen de luces y principios (pues los romancistas ó formularistas traen poca substancia en las materias de que trato) cometen infinidad de absurdos, de que por su punible ignorancia se fomentan costosos y dilatados pleitos, lo qual me es muy doloroso, y los Tribunales, y especialmente el Consejo, que habian de estár

empleados en negocios de mayor magnitud, y utilidad de la Monarquía, se ven precisados á ocupar el tiempo en oir enredos, producidos las mas veces por la impericia de los Escribanos, como la experiencia lo acredita.

No me detengo en manifestarte el origen de nuestras leyes, su variedad, ni otras cosas mas propias de erudicion jurídica que de tu oficio; si quieres saberlas, lee la Carta que Don Gregorio Mayans y Siscar escribió al Doctor Don Josef Berni, y éste puso por principio en su Instituta Civil y Real, y otros AA., y saciarás tu deseo; pero te advierto que esta obra es la mas clara, completa y copiosa que sobre las materias que incluye, se conoce en nuestro idioma castellano: que en esta edicion la he corregido y mejorado: que con ella ahorras mucho dinero en compra de libros, y grandísimo trabajo en registrarlos: que comprende mas especies, advertencias y particularidades que las de los AA. referidos al principio, y aun de otros: que las que contiene son verídicas, puntuales y las mas seguras; y que habiendola consultado con Legistas del Colegio de esta Corte (en lo que seguí el consejo del Espiritu Santo, por no verme precipitado (1), como dice San Agustin), la aprobaron sin pasion, ni misericordia, (porque segun el Angelico Maestro (2) debe estár desnudo el Consejo de estas qualidades), y tuvieron por muy útil y necesaria; por lo que si te agradare, te ofrezco la segunda parte que trate de los juicios, algo mejorada, pues al modo que en otros es naturaleza la inaccion, y el ocio, lo es en mí la continua ocupacion en el estudio. Pero sino, yá sea porque te aumento el trabajo de estudiar por lo mucho que tienes que aprender en ella, ò por otra causa, no me empeñaré en desazonarte mas: y en este caso si eres *docto*, observando el contexto de los cap. XII. y XIX. de los proverbios, y el VII. versic. 6. del Eclesiastés, me sujeto humilde, y voluntariamente á tu correccion con las palabras de la *Epist.* 355. *de San Bernardo*, que dice: *& cultrum cum charta mitto, ut quod dignum judicaveritis, meo gladio succidatis*, á fin de que cortes, y rajes á tu discrecion, y sentiré no haberte conocido para haber corregido sus defectos antes de su edicion.

(1) Proverb. 3. Aug. lib. 14. cap. 13. de Civit. Dei. (2) Sanct. Thom. 2. 2. q. 30. art. 3.

Si eres *émulo* tan lleno de preocupacion, y vanidad como exhausto de ciencia, y lisongeandote de que esta vinculada en tí la erudicion, quieres con el usurpado, é impropio renombre de *Erudito* criticar lo que no entiendes, como lo hacen muchos de este siglo, llamado por ellos *de la Brillantéz*, *ò ilustrado*, te respondo con las de *San Geronimo lib.* 2. *Apol. contra Ruf.* cuyo contexto es: *Audiant me libere proclamantem: Nemo cogitur legere, quod non vult: Ego petentibus scripsi, non fastidiosis, gratis, non invidis*; y en inteligencia de que escribirás con mas acierto para enseñarme, te aseguro ingenuamente que me será de suma estimacion, y aprecio tu doctrina. Y si eres *maldiciente*, *zoilo*, *momo*, *ò aristarcho*, te digo lo que el Reverendisimo nunca bien alabado P. M. Fr. Benito Feyjoó, mi paisano, estampó en el Prologo del sexto Tomo de su Teatro Crítico, y asímismo te dexo por cosa perdida, pues es gran perdicion, y malignidad querer hacerse ingenioso en libro ageno, no habiendo tenido aptitud, y suficiencia para serlo en el propio, segun lo indicó *Mart. lib.* 1. ibi: *Improbe facit qui in alieno libro ingeniosus est.*

Cum tua non edas carpis mea carmina Leli.
Carpere, vel noli nostra, vel ede tua.

Mas seas lo que fueres, te suplíco encarecidamente, que como grato conozcas, y estimes mi esmerado zelo por la utilidad pública, y haciendome justicia, me declares, y tengas por buen patricio: que consideres el trabajo improbo que tuve, y que fué desgracia de mi ignorancia, no culpa de mi exâcta diligencia el no hallar tu aceptacion: que para elevar esta obra, faltaron en mi comprehension varios materiales, que por falta de caudal no me fué posible adquirir: que hice lo que pude, y quando la emprendí no creí hacer tanto: y que en empresa de esta magnitud, (cuya perfeccion es, sino imposible, à lo menos sumamente árdua, y dificil para quien carece de los principios elementales de la Jurisprudencia) cumplí con agregar, y concretar clara, ordinal, y metódicamente una multitud de especies, y añadir otras que no tocaron los AA., para que repartidas, y aplicadas por tu mano, como mas diestra, y práctica, pueda elevarse con regla, proporcion, y simetria el edificio que no pensé, ni acerté à construir: y como prudente disimules los defectos de mi rudo Syntaxis, y demás que contenga, pues el carecer de ellos, en-

tender lo que vemos, y tocamos, y saberlo todo, no cabe en fuerzas humanas, segun el mismo Dios para abatir, y confundir nuestra soberbia, è iluminar nuestra ceguedad, nos dá à entender en el libro de la Sabiduría (1): dixo discretamente el Emperador Justiniano: y lo esculpió Pitagoras en una piedra que estaba puesta en la puerta de su Academia; que yo pido al Cielo te comunique la luz competente, para que desprendido de tus pasiones, desempeñes tu obligacion. VALE.

(1) Difficile æstimamus, quæ in terra sunt, & quæ in prospectu sunt, invenimus cum labore. Sap. 9. vers. 16.

§. I.

Del Testamento, sus divisiones y diferencias: quién puede hacerlo, y cómo: lo que debe contener para su validacion, y otras cosas.

1 Testamento *es un testimonio en que se encierra, è se pone ordenadamente la voluntad de aquel que lo face, estableciendo en él su heredero, ó departiendo lo suyo en aquella manera, que él tiene por bien que finque lo suyo despues de su muerte* (1).

2 El hacer Testamento, y disponer cada uno de sus bienes para despues de su muerte, es de derecho público (2), su forma y solemnidad es de derecho civil segun la sentencia comun (3). Ninguna cosa pide mas cuidado, mas sabiduría y claridad que la disposicion de un Testamento. El hombre miéntras vive puede corregir sus yerros; pero quando dexa de exîstir ya no puede evitar las contiendas, y los funestos efectos que causan la ignorancia y la obscuridad de su Testamento. Para evitar estas fatales conseqüencias debe otorgarle estando sano: debe consultarlo con personas doctas y timoratas: debe sobre todo implorar los auxîlios divinos, y de esta suerte descargará su conciencia y conseguirá el acierto haciendo á sus herederos el bien que les desea (4).

3 Esta palabra *Testamento* se compone de los nombres latinos *testatio* y *mens* (5), que tanto quieren decir como testimonio de la voluntad del hombre: es de dos maneras: *solemne* y *privilegiado*. El solemne es el que consta de todos los requisitos y solemnidades prescriptas por derecho para su estabilidad, como el que todos los hombres (generalmente hablando) hacen. El privilegiado ó no solemne es el que aunque carezca

(1) Leyes 1. tit. 1. Partid. 6. y 1. ff. Qui testam. facere pos. Institut. in princip. de Testam. ordinand. (2) Ley Testamenti 3. ff. Qui testam. facere pos. (3) Carpio de Executorib. lib. 2. cap. 6. n. 3. al 5. (4) Proem. del tit. 1. part. 6. (5) Ley 1. tit. 1. Partid. 6.

de ellas, tiene validacion y firmeza por especial privilegio (1), v. gr. el que los Soldados ordenan en campaña; pero es preciso que ambos contengan institucion de heredero, porque si careció de él, se estimarán solamente por últimas voluntades (*a*).

4 El solemne es de dos maneras *nuncupativo* y *escrito* (2). El *nuncupativo* ó *abierto*, llamado asi porque se otorga clara y distintamente á presencia de personas que oyen su contexto, puede otorgarse de dos maneras: la una ante Escribano publico y testigos; y la otra ante estos solamente en cédula, ó memoria, ó de palabra, aunque haya Escribanos en el pueblo, pues no es precisa su asistencia (3). Estos testigos deben estár adornados de todas las qualidades que el derecho requiere, á saber: que sean varones mayores de catorce años, libres de esclavitud, de buena vida y fama, rogados para presenciar el Testamento (*b*) por el Testador, el Escribano, ú otro en su nombre, y escritos ó nombrados en él (4). En quanto á los que son necesarios hoy en su otorgamiento ó publicacion, intervenga ó no Escribano, trata la ley 1. tit. 4. lib. 5. Recop. cuya primera parte dice: *Si alguno ordenáre su Testamento, ú otra postrimera voluntad con Escribano público, deben ser presentes á lo ver otorgar tres testigos á lo menos, vecinos del lugar donde el Testamento se hiciere; y si lo hiciere sin Escribano público, que sean ahí á lo menos cinco testigos vecinos, segun dicho es, si fuere lugar donde los pudiere haber, y si no pudieren ser habidos cinco testigos ni Escribano en el dicho lugar, á lo menos sean presentes tres testigos vecinos del tal lugar; pero si el Testamento fuere hecho ante siete testigos, aunque no sean vecinos, ni pase ante Escribano, teniendo las otras calidades que el derecho requiere, valga el tal Testamento, aunque los testigos no sean*

(1) §. Ante hæredis 34. Institut. de Legat. §. In primis 1. Institut. de Fideicomiss hæreditat. Leyes Proxime 3. ff. de His, quæ in testamento delent. Quod per manus 10. ff. de Jure codicil. & Jubemus 29. Cod. de Testament. (2) Leyes 1. y 2. titul. 1. Partid. 6. 103. tit. 18. Partid. 3. y Hac consultissima 21. Cod. de Testam. y §. Sed hæc 14. Instit. de Testam ordinand. Parlador. different. 15. (3) Ley 1. tit. 4. lib. 5. Recop. y ley 102. tit. 18. Partid. 3. Matienz. en dicha ley 1. glos. 3. n. 2 glos. 6. n. 2. glos. 7. n. 1. (4) Leyes 1. y 9. tit. 1. Partid. 6. Gom. en la 3. de Toro, n. 23 y sig. Flores de Mena, lib. 1. Variar. quæst. 1. n. 26. Matienz. en dicha ley 1. tit. 4. glos. 8. n. 1. al 8. (*a*) Nota primera. (*b*) Nota 2.

vecinos del lugar donde se hiciere el Testamento (a). El interesado en la validacion del Testamento, debe probar la vecindad como hecho, si se la niegan, porque quando la ley requiere alguna qualidad en los testigos, no se presume, sino la prueba el que se vale de ellos (1): ademas que esta solemnidad no solo es probatoria, sino substancial, y como tal no se puede suplir con otras pruebas (2).

5 No pudiendo ser habidos siete testigos no vecinos al tiempo del otorgamiento de un Testamento, se duda si serán bastantes cinco, concurriendo el Escribano, y respondo que sí, porque el Escribano supone por dos, que con los cinco son los siete que pide la ley. De lo qual infiero, que si el Testamento hecho ante siete testigos no vecinos, y sin Escribano, es válido: tambien debe serlo el otorgado ante cinco, y el Escribano: y asi se practica. Infiero asimismo, que aunque la ley 1. tit. 25. lib. 4. Recop. prohibe à los Escribanos Reales autorizar contratos y Testamentos en donde los hay numerarios, pena de nulidad, y otras, excepto en la Corte y Chancillerías; puede haber no obstante algun motivo especial para que se otorguen ante ellos, y entonces serán válidos. Por exemplo, una muger casada se ve ostigada y oprimida de su marido para que le instituya heredero contra su voluntad, y con el fin de obrar con libertad, y evitar malos tratamientos y desavenencias, otorga su Testamento ante un Escribano Real, sin embargo de haberlo Numerario, y de cinco testigos no vecinos. Este Testamento será válido, porque se verifica ser otorgado ante siete, respecto suponer por dos el Escribano: y si à éste no se graduáre de tal por la prohibicion legal, se publicará y practicarán las diligencias que se practican con el que se hace por cédula, ò de palabra ante testigos sin Escribano, de que trataré mas adelante. Para evitar en este y otros casos semejantes todo motivo de disputa, y que se declare nulo el Testamento, hará el Escribano Real que concurran siete testigos que sepan firmar, y que lo firmen, con lo qual no se puede alegar nulidad, ni que murió intestada la Testadora, sin embargo de no ser ve-

(1) Mascard. de Probat part. 3. conclus. 1249. Matienz. en la ley 1. glos. 5. num. 13. tit. 4. lib. 5. Recop. Burg. de Paz, en la ley 3. de Toro, part. 1 concl. 3 n. 52 c. y Aceved. en dicha ley 1. (2) Flores de Mena, lib. 1. Variar. quæst. 1. n. 67. y 68. y otros que cita. (a) Nota 3.

cinos, pues si concurriendo siete sin esta qualidad, vale el Testamento aunque no intervenga Escribano, con superior razon debe valer concurriendo los mismos siete con él, ya se le gradue, ò no de tal. Tendra esto muy presente el Escribano para evitar à los Testadores el desconsuelo de no poder disponer à su arbitrio de sus bienes, y de que los hereden personas que les son desafectas, y à quienes de modo alguno instituirian por sus herederos. La ley apetece la vecindad en los testigos de los Testamentos por dos razones: la una porque como mas dignos, por razon del conocimiento del Testador, merecen mas fé, pues con ellos se puede probar mejor su otorgamiento; y la otra, porque la qualidad de vecindad suple la falta del mayor número que el derecho antiguo exîgía en su publicacion ù otorgamiento, y asi se subroga aquella en el lugar de éste; acerca de lo qual vease à *Matienzo* en la glos. 5. de la ley inserta, y à los que cita.

6 Se llama vecino el natural de estos Reynos, que tiene casa en el Pueblo propia ò alquilada, y la habita con su familia: que está en ánimo de permanecer en él por algun tiempo, aunque no sean diez años, ni posea hacienda raiz: que sufre las cargas que los demas moradores de él, y es tenido y reputado por tal, pues no basta que sea originario; por lo que todos los que se hallan empleados en esta Corte con oficio ù otro destino, habitando con su familia, ya sean casados ò solteros, y tienen ánimo de permanecer en ella, porque les precisa su ocupacion, se deben tener y reputar por vecinos, sin embargo de que se diga que ésta es patria comun, y que todos son transeuntes, porque transeunte es el que va de una parte á otra, v. gr. el Soldado, el Arriero ò Traginante, y por lo mismo en ninguna de aquellas por donde pasa fija su domicilio, ni tiene ánimo de subsistir: y no el que lo tiene, y está arraigado con su familia, hogar y casa propia, ò agena alquilada en su cabeza y destino, ya sea arte, oficio ò empleo. Pero si está en posada, ò es pretendiente, no se le debe reputar por vecino, sin embargo de que tenga aqui su familia, porque su ánimo no es permanecer, si no irse quanto antes logre lo que pretende: y lo mismo procede para con los hijos de familia que viven baxo la potestad de sus padres, y con los criados domésticos solteros que están y comen en casa, y á expensas de sus

amos (1); mas no, si están casados y habitan fuera de la casa de éstos con la racion que les dan; y así se advierte al Escribano que no autorice en esta Corte, ni en otros Pueblos semejantes Testamentos ante tres testigos solos, à menos que le conste de su vecindario, pues como aquí apenas suelen conocerse los que viven en una casa, puede viciarse por defecto de esta qualidad, y si da fé de que son vecinos, y se verifica despues lo contrario, será castigado (*a*).

7 Para llamarse vecino el estrangero, ha de obtener privilegio de naturaleza, ó convertirse en estos Reynos à nuestra santa Fé, y establecer su domicilio en ellos. Tambien lo será, si pide y le dan vecindad en algun Pueblo, ó se casa con muger natural, y habita domiciliado en él, (previniendo que si ésta no es natural, se hace por el mismo hecho del domicilio de su marido); ó se arraiga, comprando y adquiriendo bienes raices; ó viene à morar y exercer oficios mecánicos; ó tiene tienda en que vende por menor; ó en el Concejo obtiene oficios públicos honoríficos, ó cargos de qualquier género, que solo pueden tener los naturales; ó goza de los pastos y comodidades que son propios de los vecinos; ó habita casa poblada diez años en estos Reynos; y en otros casos en que conforme à derecho Comun, Reales órdenes, y leyes de ellos adquiere naturaleza el estrangero, y está obligado à las mismas cargas que los naturales, porque participa de sus utilidades (2).

8 El Testamento *escrito* ó *cerrado* es aquel en que el Testador manifiesta su voluntad no de palabra, sino por escrito, y debe otorgarse indispensablemente ante Escribano, y siete testigos de las calidades referidas: si no interviene Escribano por no haberlo en el Pueblo, se anulará, sin embargo de que se añada un testigo mas, como en el Testamento del ciego, porque la ley Real quiere que intervenga precisamente; bien que algunos dicen lo contrario, mas no debe seguirse, sobre lo qual vease à *Matienzo en la ley 2. tit. 4. lib. 5. Recop. glos. 4.* Y aunque no es necesario que los testigos sean vecinos del lugar en que se otorga, por no mandarlo la ley (3), debe sin

(2) Matienz. en la ley 1. tit. 4. lib. 5. Recop. glos 5. num. 2. al 10. Flores de Mena, de Var. quæst. 1. n. 6. al 11. lib 1. y otros que cita. (2) Auto 22. tit. 4. lib. 6. Recop. (3) Ley 2. tit. 4. lib. 5. Recop. Matienz. en ella glos. 2. y 3. (*a*) Nota 4.

embargo expresarse de donde lo son, para que quando llegue el caso de su apertura, se pueda ir à recibirles sus deposiciones.

9 Puede escribirlo el Testador en papel sellado ò blanco, y firmarlo, si sabe y puede, y si no, qualquiera persona de su satisfaccion lo puede estender de su mandato, pues por no saber leer ni escribir, no le privan las leyes de testar *in scriptis* como al ciego, y despues de escrito y cerrado con lacre, oblea, ù otra cosa que lo asegure, ha de entregarlo al Escribano para que estienda el otorgamiento en su cubierta, y à su presencia lo signe y firme con todos los testigos, y estando todos juntos, decir à éstos: *Este es mi Testamento, ruegoos que escribais en él vuestros nombres.* Cuya solemnidad es conforme à la *ley* 2. *tit.* 1. *Partid.* 6. que manda igualmente que lo sellen con sus sellos, bien que esto no se practica; y la de los testigos que deben intervenir en su otorgamiento, consta de la tercera de Toro, que es la 2. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop.* y dice: *Ordenamos y mandamos que la solemnidad de la ley del ordenamiento del Señor Rey D. Alonso de suso contenida, que dispone quantos testigos son menester en el Testamento, se entienda, y platique en el Testamento abierto, que en latin es dicho* nuncupativo, *ahora sea entre los hijos, ò descendientes legítimos, ahora entre herederos estraños; pero en el Testamento cerrado, que en latin se llama* in scriptis, *mandamos que intervengan à lo menos siete testigos con un Escribano, los quales hayan de firmar encima de la Escritura del dicho Testamento, ellos y el Testador, si supieren, y pudieren firmar; y si no supieren, y el Testador no pudiere firmar, que los unos por los otros firmen, de manera que sean ocho firmas, y mas el signo del Escribano:::*

10 Esta legal forma, y solemnidad como de derecho mas nuevo que el de las Partidas, es la que se observa: de suerte que si el Testador no sabe, ò no puede escribir, à lo menos llevandole, ò gobernandole alguno la mano tremula, (pues en este ultimo caso puede hacerlo à presencia del Escribano, y testigos (1) sin que por esto se vicie, ni anule, y asi se practica) debe firmar por él uno de los testigos: si alguno, ò algu-

(1) Matienz. en la ley 2. tit. 4. lib. 5. Recop. glos. 2. y 6. num. 4. Señor Gregor. Lop. en la ley 1. tit. 1. Partid. 6. glos. 11.

nos de estos no saben, firmará por ellos otro, y si el Testador, y seis de los siete testigos tampoco saben, ò no pueden firmar, basta que firme por todos el que sepa: primero por el otorgante, ò Testador, luego por sí como testigo, y despues por los demás, expresando el nombre, y apellido de cada uno, v. gr. *Testigo á ruego del otorgante: Pedro Rodriguez.=fuí testigo: Pedro Rodriguez.= Testigo á ruego de Juan Fernandez: Pedro Rodriguez. = Testigo á ruego de Diego Rubio: Pedro Rodriguez*, = &c. El Escribano ha de prevenir en el otorgamiento que este testigo firmará por sí, por el Testador, y por los testigos restantes à causa de no saber, ó no poder, y luego lo subscribirá, signará, y firmará, como lo manda la ley, de modo que sean ocho firmas, y ademas la suya, y su signo, pues no son suficientes una por el Testador, otra por sí, y otra por los demas testigos (1). Autorizado que sea el otorgamiento, lo entregará al Testador, para que lo guarde si quiere, pues debe parar en su poder, ò en el de la persona que elija, y no en el del Escribano, como tal, hasta que se abra, y publique, por no ser hasta entonces instrumento público, para que se eviten las sospechas, que aparenta *Colon en su Instruccion juridica lib. 3. cap. 4.* contra el mismo Escribano, y testigo firmante, y es lo que se observa: de esta suerte no se priva el Testador de testar *in scriptis*, no sabiendo firmar à lo menos tres testigos, como quiere dicho Autor; cesa el fin de su opinion, y se desvanecen las tempestuosas nubes de fraude con que pretende arruinar su legalidad, sin hacerse cargo de que el Escribano, y el testigo no pueden heredar, y que no teniendo interés, seria demasiada necedad gravar sus conciencias.

11 Pero si el Testador no sabe firmar, ò aunque sepa, si no sabe à lo menos uno de los testigos, no puede testar *in scriptis*, pues no basta que el Escribano firme por sí, por el otorgante, y por los testigos, ni debe, sin embargo de que algunos con error, y sin legal fundamento lo afirman, porque la ley de Toro inserta no le concede tal potestad, ni *la ley 2. tit. 1. Partid. 6.* que dice: *E ruegovos que escribais en él vuestros nomes, é que lo selleis con vuestros sellos; é el otro si debe escribir su*

(1) Gom. en la ley 3. de Toro, num 23. al 31. Matienz. en dicha ley 2. glos. 2. num. 3. y 4. y glos. 7 num. 4.

nome, ò facerlo escribir en fin de los otros testigos ante ellos, diciendo asi: yo otorgo que este es el Testamento, que yo fulano fice, è mandé escribir. Ni tampoco la 103. *tit.* 18. *Partid.* 3. que trae la forma de ordenar los Testamentos, y contiene lo siguiente:: *E si por aventura el que lo ficiere, non quisiere que los testigos supiesen lo que es fecho en él, puedelo mandar facer al Escribano en poridad: è despues que fuere fecho, deben los testigos sobredichos escribir en el sus nombres, è sellarlo de sus sellos, asi como dicen las leyes de nuestro libro en el titulo de los Testamentos*; de suerte que por nuestro derecho Real son un requisito formal, y preciso las firmas referidas, y es necesario su reconocimiento antes de la apertura del Testamento, pudiendo ser habidos los testigos. Si à lo menos uno de ellos no sabe escribir, no debe el Escribano otorgar el Testamento aunque el Testador sepa, pues aunque es cierto que si lo hace no incurre en pena alguna por no haber ley que se la imponga, tambien lo es que se le tendrá por ignorante, y el Testamento será nulo (1).

12 Tres circunstancias deben concurrir precisa, indispensable y copulativamente en el otorgamiento ante Escribano, ò publicacion del Testamento, ù otra última disposicion, para que no se invalide. La primera, que todos los testigos no solo oigan hablar, sino que à un propio tiempo, aunque sea en el de peste, vean al Testador, por lo que el ciego, y el sordo no pueden serlo à causa de carecer de vista y oido, como adelante diré. La segunda, que entiendan perfectamente hasta la parte mas mínima del contexto del abierto, y del otorgamiento del cerrado, para que siendo interrogados, puedan deponer contextes y uniformes, y firmen éste en los términos explicados en el num. 10. Y la tercera, que mientras se lee y otorga, ò publica, estén todos presentes sin faltar ni uno; cuya presencia, y demas circunstancias se requieren por forma, y solemnidad substancial y probatoria, en tanto grado, que no basta que algunos de ellos oigan parte de él, y los demas lo restante, ni que el Testador manifieste separadamente à cada uno en distintos dias, ù horas su voluntad, antes bien todos juntos en un

(1) Gom. en la ley 3. de Toro, n. 31. Matienz. en la 2. cit. glos. 2. num. 3. versic. Tertio ege nostra ::: y glos. 6. num. 3. y 4.

mismo acto, lugar y tiempo sin intermision la han de oir íntegramente de su boca, pues de lo contrario serán singulares y no contextes, y como tales no harán prueba, ni habrá Testamento (1). Todas estas solemnidades son de tal naturaleza necesarias, que si el Escribano omite alguna, basta para que se vicie y anule el Testamento (2), por ser de forma y substancia del acto (3). Tambien es indispensable que el Testador hasta concluir el otorgamiento no se mezcle en cosa diversa, ni pase à otro acto que no sea naturalmente necesario: si lo hiciese, no valdrá, à menos que intervenga especial privilegio (4); ni tampoco deben separarse los testigos, porque como acto individuo no admite intermision, ni separacion, y si se separan, no podrán saber, oir, ni deponer de todo su contexto (5) (*a*). Siendo otorgados los Testamentos con estas circunstancias, y con el número de testigos correspondiente à sus respectivas clases, no pueden ser rescindidos, aunque para ello intervenga rescripto del Príncipe (6).

13 Para todos los Testamentos abiertos y cerrados de marido y muger, ò de otras personas que testen separadamente, ò juntas de conformidad, (ya sean los herederos legítimos ò estraños), ha de intervenir en su otorgamiento la respectiva solemnidad y calidad de testigos expresada, sin que por ser dos ò mas los otorgantes, se necesiten mas testigos, pues bastan los referidos (7), y asi se practica.

14 El ciego no puede hacer sino Testamento nuncupativo (8), y en el otorgamiento de él deben intervenir con pre-

(1) Leyes Casus 8. Si non speciali 9. Hac consultissima 21. y Cum antiquitas 28. Cod. de Testament. y leyes Qui testamento 20. y Hæredes palam 21. ff. Qui testamenta facere pos. y ley 1. tit. 4. lib. 5. Recop. que dice *deben se presentes à lo ver otorgar* ::: Matienz. en esta, glos. 4. num. 1. al 4. Gomez en la 3. de Toro n. 33. 47. y 48. Castillo en ella, verb. intervenga ::: (2) Ley Si unus, Cod. de Testament. (3) Ley Cum hi, §. Si prætor addictus, ff. de Transact. Gom. en la 3 de Toro, n. 32. y Dichas leyes Hæredes palam, ff. y Si non speciali, Cod. y ley 3. tit. 1. Partid. 6. (5) Ley Cum antiquitas cit. & ibi. Bald. Cod de Testam. Castill. en la 3. de Toro, verb. Intervenga ::: (6) Ley 10. Cod. de Testam. Matienz. en la 2. cit. glos. 2. hasta la 7. y en ella, y en la 1. Acevedo, y en la 3. de Toro, Gom. y Burg. de Paz. (7) Burg. de Paz, en dicha ley 3. de Toro num. 1230 y sig. Castill. ibi verb. Siete testigos vers. Dicitur hoc in testu. Matienz. en la ley 2. tit. 4. lib. 5. Recop. glos. 6. num. fin. (8) Leyes Hac consultissima 8. Cod. Qui Testamenta facere pos. y 14. tit. 1. Partid. 6. Matienz. en dicha ley 12. glos. 8. n. 2. y 3. (*a*) Nota 3.

cision cinco testigos, y no menos, como lo dice expresamente la *ley* 2. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop. T mandamos que en el Testamento del ciego intervengan cinco testigos à lo menos*: la qual corrige en quanto à su numero la 14. *tit.* 1. *Partid.* 6. que manda sean siete, y un Escribano público (*a*), para que no sea engañado, ni se le suplante una escritura por otra, lo qual no puede suceder al que tiene vista, aunque no sepa leer, pero no es preciso que sean vecinos, porque ninguna ley lo previene, y asi aunque carezcan de esta qualidad, si tienen las demas, valdrá el Testamento otorgandose por Escribano. Debe firmarlo à ruego del ciego uno de los testigos, como en todos los instrumentos lo previene la ley (1), pues solo siendo el Testamento cerrado, es indispensable que firmen todos los testigos, ò unos por otros, mas no en disposicion testamentaria nuncupativa; bien que aunque la firmen todos, no se anulará, porque lo que abunda, no daña, y la ley no lo prohibe.

15 Si no concurre, ni puede ser habido Escribano, deben estár presentes à su otorgamiento ocho testigos, segun lo manda la referida *ley* 14. *al fin*::: *E si Escribano público non se pudiere haber, deben haber otro que lo escriba, è que sean con él ocho testigos en lugar del Escribano*; y concuerda con ella la 8. *Cod. Qui testam. facere pos.* las quales no están derogadas, ni corregidas por derecho mas nuevo; y en este caso se ha de hacer publicacion, y practicar las mismas diligencias que para los Testamentos hechos verbalmente, ò en Cédula (2). Y aunque la ley inserta previene que el Escribano, y todos los testigos lo sellen y firmen, ò unos por otros, no se observa esta disposicion: lo que se hace es, firmar uno de los testigos por el ciego, y el Escribano por si, como en el del que no lo es, nombrandose los demas al fin de él, como en otro qualquier instrumento. Esta solemnidad se estima suficiente, porque las subscripciones, ó firmas de los testigos están subrogadas hoy en lugar del sello de que habla el derecho antiguo, segun afirma *Matienzo en la ley* 2. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop. glos.* 5. *num.* 2. y no se usa poner sello, sino las firmas.

(1) Matienz. en dicha ley 2. glos. 8. n. 3. y fin. (2) Gom. en la ley 3. de Toro n. 51. y 52. Matienz. en dicha ley, y glos. 8. num. 5. Parlador. differ. 14. num. 16. (*a*) Nota 6.

16 De ningun Testamento, Codicilo, ni de otra disposicion testamentaria pueden ser testigos los condenados por libelos infamatorios ò cantiga que hayan dado à otros con intencion de infamarlos, ò por ladrones, homicidas, traydores al Rey, ò Republica, ù otro delito semejante: los Apostatas de nuestra Santa Religion, aunque despues se conviertan: los menores de catorce años: las mugeres: los locos mientras lo están: los pródigos privados por tales de la administracion de sus bienes: los mudos, y totalmente sordos: el hermafrodita (que es el que participa de la naturaleza de ambos sexôs, mas ò menos segun los esfuerzos de la naturaleza misma, pero si fuese dominante la de varon podrá serlo: ni los siervos; pero si alguno reputado comunmente por libre presencia el Testamento como testigo, y se verifica luego que es esclavo, no se anulará por esto (1). Tampoco pueden ser testigos el heredero en el que es instituido; ni sus padres, descendientes, hermanos, ni parientes dentro del quarto grado por afinidad, y consanguinidad contado segun derecho civil, ni en los pleitos que se suscitasen por el mismo heredero con los parientes del Testador, ò con otros en razon del Testamento en que fue establecido (2): ni los que no entienden el idioma del Testador, aunque el Escribano se lo explique, pues serán testigos de éste, y no de aquel, y asi se les contempla como ausentes, sobre lo qual se puede ver à *Castillo* en la ley 3. de Toro, verb. *Intervenga*; ni tampoco el ciego, porque no puede ver al Testador, y es preciso que los testigos lo vean, como dexo explicado.

17 A los Legatarios permite el derecho (3) ser testigos en los Testamentos y últimas voluntades, en que se les dexan legados; pero pudiendo asistir otros no los admita el Escribano, porque el Legatario se considera heredero en algun modo. Los Clérigos ordenados *in sacris* tambien pueden serlo, porque no les está prohibido, y por lo mismo se entiende permitido. Los Regulares profesos aunque no tienen voluntad, ni son vecinos

(1) Leyes 17. tit. 16 Partid. 3. y 9. y 10. tit. 1. Partid. 6. Ferraris Biblioth. verb. Hermafroditus per tot. (2) Leyes 9 y 11. tit. 1. Part. 6. y Qui testamenta, ff. de Testam. Flores de Mena, lib. 1. Variar. quæst. 1. num. 24. (3) Leyes Qui testamento 20. ff. y Dictantibus 22. Cod Qui testamenta facere pos. Matienz. en la ley 1. tit. 4. lib. 5. Recop. glos. 8. num. 9. al 11.

de pueblo alguno, ni tampoco se les contempla vivos, por haber renunciado el mundo, y estár fuera de su sociedad, por lo que no deben intervenir en negocios de los que estan en él, pues para esto tienen la misma consideracion que el siervo: no obstante, si presencian el otorgamiento de qualquiera última disposicion, no se anulará, porque no son siervos, ni las leyes les prohiben ser testigos en ella, ni en otro acto civil; y lo que no está prohibido se entiende permitido: sin embargo, el Escribano haga que se busquen otros para evitar controversias voluntarias y necias, y si no pudieren ser habidos, no dexe por eso de autorizar el Testamento, expresando no haberse hallado. Tambien son testigos idóneos para el Testamento el fideicomisario, y el executor Testamentario particular, con tal que se haga escritura pública: sino se hace, y se intenta probar el Testamento por testigos, podrán serlo asimismo en caso que nada se trate de la herencia entre ellos, y el heredero, y sean rogados para presenciarlo, y no de otra suerte (1). Pero si los Testamentarios son nombrados para distribuir los bienes del difunto, haciendo veces de herederos, no podrán ser testigos en el Testamento en que se los nombre, por razon de que el heredero está privado de serlo.

18 Hemos hablado en los números anteriores del modo y forma de hacer los Testamentos nuncupativo y escrito, y de las circunstancias y solemnidades que se requieren para ellos; resta tratar ahora de las cosas en que convienen y se diferencian. Convienen en que para que sean válidos, y se estimen como tales, se requiere precisamente que el Testador nombre heredero, porque si carecen de él, se estimarán solamente por últimas voluntades, aunque sean privilegiados; pues el privilegio no es para relevarlos de la nominacion de heredero, sino para suplir la solemnidad; bien que si contienen la legal, valdrá lo que en ellos esté dispuesto, segun tengo demostrado (*a*). Se diferencian en que para el nuncupativo se requiere únicamente que el Testador manifieste su voluntad delante de los testigos prevenidos por derecho (2); de suerte, que en un mis-

(1) Ley Dictantibus, Cod. de Testam. & ibi Jason Curc. y Corneo. Flores de Mena, Var. lib. 1. quæst 1 num 25. (2) Auth. Hoc inter, § 2. Cod. de Testam ley in testamentis 26. Cod. eod. tit. y §. Sed hæc, citado. (*a*) Véase la nota primera.

mo acto sin intermision la oigan todos de su boca, y lo vean; pero para el escrito son precisas las circunstancias siguientes: la primera, que à mas de la institucion de heredero lo escriba el Testador, ù otro de su órden: la segunda, que à su otorgamiento concurran à lo menos siete testigos, y Escribano: la tercera, que todos los testigos no solo oigan, sino que vean al Testador: la quarta, que sean llamados y rogados para presenciar y testificar: la quinta, que el Testador manifieste à su presencia el quaderno cerrado, diciendo: *que aquel es su Testamento*; y lo entregue al Escribano para que lo autorice en su cubierta: la sexta, que firme si sabe y puede en la cubierta del quaderno, y sino, un testigo por él à su ruego: la septima, que no solo firme el Testador, sino todos los testigos, ò unos por otros à su presencia, y del Escribano, de modo que sean ocho firmas sin la de éste, y que éste lo signe tambien; pero hoy no es necesario que aquellos lo sellen, como por derecho comun, y de las Partidas se previene: la octava, que su otorgamiento se empiece, y concluya en un mismo lugar y tiempo sin intermision de acto estraño, ò ageno de él, à menos que por natural necesidad sea indispensable alguna pequeña interrupcion (*a*) (1); y la nona, en que para reducir à instrumento público el Testamento nuncupativo hecho de palabra, ò en cédula ante testigos, deben comparecer éstos à presencia del Juez, y deponer de la voluntad del Testador; pero para el escrito no, porque la ignoran, y asi solo podrán testificar de su otorgamiento.

19 Se dixo en el número 3, que el Testamento privilegiado ó no solemne tenia validacion y firmeza por especial privilegio, v. gr. el que los Soldados ordenaban en campaña, y con el fin de ilustrar este punto, y ocurrir á las dudas que pudieran suscitarse, debo advertir que los Militares estando en su casa, deben ordenar su Testamento del mismo modo que los demas hombres; pero si están en campaña, pueden hacerlo ante dos testigos, que es la solemnidad prescripta por derecho

(1) Leyes 1. y 2. tit. 1. Part. d. 6. 2. tit. 4. lib. 5 Recop. Si non speciali 9. Hac consultissima 21. Cum antiquitas 28 Cod. de Testam. Hæres 21. §. In testamentis ::: Ad testium 22. §. 4. y Singulos testes 30. ff. Qui testam. facere pos. §. §. Sed cum 3. y Possunt 5. Institut. de Testam. ordinand. (*a*) Nota 7.

comun: si se hallan en peligro de muerte, por salir heridos de alguna funcion bélica, ò ir à entrar en ella, como quisieren y pudieren por escrito, ò de palabra, escribiendolo con su sangre en su escudo, armas, arena, ò en donde les parezca, y de qualquiera suerte es válido, pudiendo probarse con dos testigos presenciales, y no de otra forma; pues en fuerza de la crítica situacion en que están, y peligro à que por defensa del Rey y de la Patria se exponen, se les dispensa la falta de la solemnidad regular, y se estima la referida por suficiente; todo lo qual es conforme à derecho (1). Por las Reales Ordenanzas del Exército, impresas en el año de 1768. tom. 3. tratado 8. tit. 11. *de Testamentos*, se declara: por el artículo 1. que todo individuo que gozare fuero Militar, le gozará tambien en punto de Testamentos en qualquiera parte que teste dentro ò fuera de campaña. Por los artículos 2. y 3. que en el conflicto de un combate, ò sobre el inmediato caso de empezarle, ò en naufragio, ù otro inminente riesgo militar en que se halle, pueda testar como quisiere, ò pudiere por escrito sin testigos, y que sea válida la declaracion de su voluntad, como conste ser suya la letra; ò de palabra ante dos testigos que conformes depongan haberles manifestado su última voluntad, aunque no sean rogados. Y por el 4. que será válida la disposicion del Militar escrita de su letra en qualquiera parte que la haya executado, ya sea en guarnicion, quartél ò marcha: y que siempre que pudiere testar en parage donde haya Escribano, lo haga con él segun costumbre. Pero por haber ocurrido algunas dudas sobre la inteligencia de este artículo, se expidió Real Cédula declaratoria de él en 24 de Octubre de 1778, y lo dispositivo de ella dice: *He tenido à bien declarar por punto general à consulta de mi Supremo Consejo de Guerra de 3 de Julio de este año, que todos los individuos del fuero de Guerra pueden en fuerza de sus Privilegios otorgar por sí su Testamento en papel simple, firmado de su mano, ù de otro qualquiera modo en que conste su voluntad, ò hacerlo ante Escribano con las fórmulas y cláusulas de estilo; y que en la parte dispositiva pueden usar á su arbitrio del Privilegio, y facultades que les dá la misma ley militar, la civil, ò la municipal*; de modo que hoy no solo los Militares,

(1) Leyes 4. tit. 1. Part. 6. y Nequidem 17. Cod. de Testam. militis.

sino todos los que gozan del fuero de Guerra por sus destinos ò empleos, pueden testar en la forma que prescribe esta Cédula. Si hacen por sí su Testamento, no son necesarios los dos testigos que antes se requerian por derecho, respecto no mandarse que lo presencien, ni hablarse de solemnidad alguna, bien que por este silencio concibo no se deroga la establecida. En efecto, esta es una de aquellas disposiciones que no deben entenderse derogadas sin que preceda una declaracion terminante. Pero si lo otorgan ante Escribano, deben concurrir los testigos que la ley prescribe, respecto usar de ella, y no del fuero de Guerra. En quanto à sus hijos que por sus personas no gozan de él, parece no debe ampliarse la disposicion de esta Cédula, por ser personal el fuero (*a*).

20 Qualquiera persona de ambos sexôs que por derecho natural, y positivo no tiene prohibicion de testar, puede hacer todos los Testamentos que le parezca hasta su muerte, como se prueba de la *ley* 25. *tit.* 1. *Partida* 6. que dice: *La voluntad del ome es de tal natura que se muda en muchas maneras: è por ende ningun ome puede facer Testamento tan firme, que lo non pueda despues mudar quando quisiere fasta el dia que muera; solamente que sea en su memoria quando lo camiare, è que faga otro acabadamente.* Tambien puede dar facultad y comision à otro, ò à mas, para que en su nombre lo ordenen, y concluyan el que principió, revocar por el último los anteriores, y mandar que algunas cláusulas de él no se publiquen hasta el dia que señale; pero este precepto no destruye la substancia, y naturaleza de cada uno, pues ya sea nuncupativo ò escrito, estando arreglado à derecho, valdrá como queda dicho.

21 Por derecho natural está privado de testar el infante, (que es el menor de 7 años) porque carece del uso de razon; y por derecho positivo el pupilo, que es el varon menor de 14, y la hembra de 12 (*b*) (1): y para que lo puedan hacer, es preciso que los tengan cumplidos, mas no que excedan de ellos (2); y asi falleciendo impúberes, no se debe decir que murieron intestados, como advierte el *Señor Gregorio Lopez* en

(1) Ley 13. tit. 1. Partid. 6. (2) Leyes A qua ætate 5 ff. y Si frater 4. Cod. qui testam. facere pos. y §. Preterea 1. Instit. Quibus non est permissum facere testam. (*a*) Nota 8. (*b*) Nota 9.

la *ley* 1. *tit.* 13. *Partid.* 6. porque hablando con propiedad, solo fallece de esta suerte el que teniendo potestad para hacer Testamento, no lo hizo; y en caso de haberlo hecho, se vició y anuló por alguna de las causas que expresaré mas adelante, y no el que por derecho natural y positivo es incapaz de testar, pues se le considera para este efecto como si no existiese.

22 Pero cumplidos, pueden testar sin licencia de sus ascendientes de la tercera parte de sus bienes adventicios, castrenses y quasicastrenses que la ley 6. de Toro les permite, aunque estén baxo de la patria potestad, como lo resuelve expresamente una Recopilada (1), que en esta parte corrige otra de Partida, y tres del derecho comun (2), con quienes concuerda; pues para lo que necesitan su licencia, es para dexar todos sus bienes à otro, la que pueden concederles en escritura separada, ò en el mismo Testamento; y si no los tienen, piden à su padre les asigne peculio y quantía para testar, de la qual disponen, si se la señala, y si no, hacen declaracion, expresando ser hijos de familia, y no tener de que testar. Esto se entiende, aunque el hijo de familia natural de estos Reynos de Castilla fallezca en otro, pues de los bienes que posee en ellos, puede testar como si aquí falleciera, porque la ley ò estatuto que concierne à la persona, la comprende, y por consiguiente se estiende à los consistentes en el territorio propio de su origen ò naturaleza (3). Pero de los que existen en otro Reyno ò lugar en que no rigen las leyes de su naturaleza, no podrá testar, porque estas no pueden estender sus efectos, à mas que à lo que se estiende la potestad de su Legislador (*a*). Lo mismo procede con el hijo de familia extrangero que muere en estos dominios, pues no podrá testar de los bienes existentes aquí, ò en los de su naturaleza, porque la ley no puede comprender la persona de el que no es subdito suyo (*b*) (4). Sin embargo, no por esto podrá decirse que en parte muere testado, y en parte intestado, porque esto se entiende quando puede disponer de todos

(1) Ley 5. de Toro, que es la 4. tit. 4. lib. 5. Recop. Gomez en ella num. 1. (2) Leyes 13. tit 1. Partid. 6 Qui in potestate 6. ff. y 11. y 12. Cod. Qui testam. facere pos. (3) Paris, Consil. 2. vol. 3. Gozadin, Consil. 49. Azeved. en la ley 4. tit. 4. lib. 5. Recop. n. 15. (4) Arg. text. in leg. 1. ff. de Tutorib. & curator. dat. ley Etiam, ff. de Tutel. y ley fin. Cod. de Testam. (*a*) Nota 10. (*b*) Nota 11.

sus bienes, y no en otros términos (1). Y sin embargo de que siendo menores están privados de ser Tutores (2); no obstante, si tienen hijos pupilos legítimos, ò naturales nacidos y póstumos pueden, ya sea padre ò madre, ò el abuelo por su defecto ò muerte, y no en otro caso, nombrarles Tutor y Curador en su Testamento para todo, y no para una cosa sola, simplemente, à tiempo cierto, ò con condicion, segun su voluntad, y por su propio nombre, y no de otra forma; bien entendido, que el nombrado por la madre, no puede usar del encargo sin aprobacion ò discernimiento del Juez, el qual debe confirmar el nombramiento, à menos que recaiga sobre personas à quienes esté prohibido el de ser Tutores, ò que la madre instituya solo à sus hijos por Legatarios, que en estos casos no está obligado à confirmarlo, y en el primero no puede; y aunque el padre lo nombre à sus hijos naturales, queda al arbitrio del Juez confirmar, ò no la eleccion, y el nombrado no puede usar del encargo sin su aprobacion: lo mismo procede, si el Testador instituye herederos pupilos extraños, por carecer de forzosos, pues tambien les puede nombrar Tutor; pero este no debe usar de la tutela sin confirmacion, ò discernimiento del Juez, cuyo discernimiento no es necesario, ni lo manda la ley quando son legítimos, y el Tutor es nombrado por su padre; por lo que podrá usar de su encargo sin dicho requisito (3); de lo qual trataré mas latamente en el lib. 1. cap. 1. de mi segunda parte adicionada. Previniendo, que à los Grandes toca al Rey, y en su Real nombre al Consejo proveerlos de Curador *ad litem* (4), y es lo que se practica. En quanto à si el Testador puede nombrar y diputar personas que extrajudicialmente hagan inventario y particion de sus bienes entre sus hijos, y prohibir al Juez que intervenga en ello, y si el Escribano podrá, ò no autorizar estas disposiciones, vease lo que explicaré en dicha mi segunda parte.

23 Están privados igualmente de testar el loco, y el desmemoriado mientras lo son; pero vale el Testamento que hacen

(1) Ley fin. Cod. de Inofficios. Testam. Gom. en la ley 5. de Toro, num. fin (2) Ley 1. tit. 17. Partid. 6. (3) Leyes 3. 6. 7. y 8. tit 16. Partid. 6. §. Cum autem Inst. de Tutel. y §. Si quis filiis Inst. Qui Testamento tutor. dari pos. Lara de Vita hom. cap. 6 num 22. y cap 24. n. 1. al 20. Palac. Rub. en la ley 5. de Toro, num. 18. Gutierrez de Tutel. part 1 cap. 3. 4. 10. y 11. (4) Ley 14. tit. 5. lib. 2. Rec.

antes de la locura, ó demencia, y el que formaliza el loco durante sus lucidos intervalos, perfeccionandolo en ellos, pues si antes de concluirlo le vuelve el frenesí, no valdrá (1). Para anular el Testamento del loco que tiene lucidos intervalos, es menester probar concluyentemente con el Escribano, y testigos instrumentales que al tiempo de su otorgamiento lo estaba, y no los tenia. El pródigo á quien se prohibe judicialmente administrar sus bienes, no puede testar, pero valdrá el Testamento que ordene antes de la judicial prohibicion. Tampoco pueden el mudo y sordo de naturaleza: mas si lo son por enfermedad ò accidente, y saben escribir, podrán hacerlo; y tambien el sordo total si es habil para ello, lo escribe por sí mismo, y luego lo lee, ò publica à presencia del Escribano, y competente número de testigos, ò de éstos, no habiendo Escribano (2).

24 Los condenados á muerte civil, ò natural solo pueden testar, y dar poder à alguno para que en su nombre teste de lo que les permite la sentencia; (3) y lo mismo procede para con el traydor declarado (4). A los que se dan en rehenes, à los condenados por libelos infamatorios y declarados por hereges, y siervos, no se permite testar, previniendo, que aunque éstos hagan Testamento en el concepto de libres, si despues se verifica que son esclavos, no valdrá (5); pero los hereges que por sentencia no están declarados por tales, podrán testar, respecto de que este acto es de derecho público, y la *ley* 16. *tit.* 1. *Partid.* 6. impone unicamente la prohibicion à los declarados, como se prueba de su contexto: *è aun decimos que los hereges despues que son condenados por sentencia de heregía, no pueden facer Testamento, nin aquellos que son juzgados por traydores*, y asi no habrá inconveniente en autorizar el Testamento de los hereges tolerados, con quienes comerciamos; pero lo mejor es que otorguen donacion *causa mortis*, con la que se evitan dudas

(1) Leyes 13. tit. 1. Partid. 6. In eo 2. Furios. 9. Discr. 10. Cod. y In adversa 17. ff. Qui testam. facere pos. y §. Præterea 1. Inst. Quibus non est permis. facere test. (2) Ley 13. tit. 1. Partid. 6. (3) Leyes 15. tit. 1. Partid. 6. 4. de Toro, que es la 3. tit. 4. lib. 5. Recop. Ejus qui 8. ff. Qui testam. facere pos y Si quis 6. ff. de Injusto, rapto, irrit. testam. (4) Ley 16. al fin tit. 1. Partid. 6. (5) Leyes Ejus qui 8. Obsides 11. Is, cui 18. § 1. ff. Qui testam. facere pos. Manicheos 4. Ariani 5. Cod. de Hereticis. y 16. tit. 1. Part. 6. y §. Ejus qui 5. Instit. Quibus non est permissum facere testam.

y disputas, pues aunque no estén declarados por sentencia, son hereges conocidos, que viene á ser lo mismo para el caso (*a*).

25 Los Usureros manifiestos están asimismo privados de testar, sino restituyen las usuras, ò dán fianza de restituirlas; à menos que sea à favor de causas pias, y no hallen quien los fie, pues como tales son infames, y no debe darseles sepultura eclesiástica (1).

26 Los Canonigos Reglares, y demás Religiosos profesos no pueden testar, porque para este efecto, y el de contraer, se les tiene por muertos: ni los hermitaños que viven bajo de regla aprobada (2): ni tampoco, segun derecho Canónico, los que hieren, persiguen, y ofenden como enemigos à algun Cardenal de la Santa Iglesia Romana (3); bien que por el nuestro no hay esta prohibicion. Los Religiosos del Orden Militar de San Juan de Jerusalen, (que llaman Caballeros de Malta) ya sean Bayliós, Comendadores y Priores, ò Capellanes de Encomiendas, y existan en el claustro, ò en algun empleo fuera de su Convento, ò en sus casas, no pueden testar estando profesos sin licencia de su Gran Maestre, porque son verdaderos Religiosos, hacen voto de pobreza, y no tienen voluntad propia. La circunstancia de habitar fuera de clausura no los habilita, y en fin se lo prohiben los estatutos de su Orden, que en el tit. 18. n. 1. dicen: *Votum paupertatis id exigit, ut bonorum dispositio liberæ voluntati non subjaceat. Non licet igitur, neque quoquo modo permittitur Baiulivis, Prioribus, Castellano Empostæ, Commendatariis, aut aliis ordinis nostræ fratribus testamentum condere, vel hæredem instituere, seu legata facere.* Hoy están revocadas por la santa Sede las licencias que tenian de testar los Militares profesos, y esta aceptada esta revocacion por los de San Juan (4). Tanta es su incapacidad, que ni aun pueden reservar bienes algunos antes de profesar à efecto de testar de ellos despues,

(1) Leyes 9. tit. 13. Part. 1. 4. tit. 6. Partid. 7. y 5. tit. 6. lib. 8 Recop cap. Quamquam usurarii 2. de Usuris in 6. Gomez en la ley 3. de Toro n. 14. (2) Leyes 9. tit. 13. y fin. tit 21. Part. 1. y 17 tit. 1. Partid. 6 capit. Quia ingredientibus 2. de Testam. cap. Quia ingredientibus 7 causa 19. quest. 3. y Auth. Ingressi. Cod. de Sacrosanct. Eccles. (3) Cap. Felicis. 5. de Pœnis in 6. (4) Pius V. In motu proprio ann. 1568. qui incipit: Sacrosanct Gregor. XV. decis 85. y 109 Bonacin tom. 1. de Obligation. Beneficior. disp. 4. punct. 2. num. 25. Scañ. in propugnacul. Sacræ Religionis Militaris, discept. 9. cap. 5. n. 1. al 6 (*a*) Nota 12.

como lo tiene decidido la Sagrada Congregacion del Concilio (1); por lo que todos los bienes que poseen quando mueren, ya sean, ó no patrimoniales, (que llaman *expolio*) son propios de su Religion, y pertenecen indistinta, y absolutamente al comun tesoro de esta. Pero si los expolios de los Capellanes de las Encomiendas corresponden á los Baylios, Priores, ò Comendadores, y no al Gran Maestre, pueden estos conceder à aquellos licencia para testar, donar, enagenar, y disponer de ellos en vida, y muerte à su arbitrio, segun la constitucion 60. de Gregorio XIII. expedida en 23. de Marzo de 1580. que refiere *Cherub. tom.2. pag.329. in novis*, y dice: *Eisdem Prioribus, Baiulivis, & Commendatariis licentiam, & facultatem concedimus ipsis condonandi, & relaxandi eorum spolia, quæ ad dictos Priores, Baiulivos, & Commendatarios spectant, ita ut de illis disponere possint, tam in vita quam in mortis articulo, condonationemque, ac relaxationem hujusmodi ejusdem roboris, ac momenti esse, ac si ab eadem Sede emanassent*; lo que tendrá presente el Escribano para prevenirlo à estos Caballeros, y no autorizar sus Testamentos sin la licencia referida, pues sin embargo de que ninguna ley se lo prohibe, debe evitar nulidades, y el que le graduen de ignorante; y aun quando la tengan, no deben exceder de las facultades que en ella se les concedan, que es para testar del quinto. En quanto à si la licencia debe, ò no preceder al Testamento para que no se anule, vease à *Scaño in Propugnacul. Sacræ Religionis Militaris Sancti Joannis, discept. 9. cap. 5.* ex n. 13. hasta el fin, que con otros defiende que no es necesario, y que basta que luego la obtengan, con la que se confirma y revalida, vease tambien á *Ferraris Biblioth. verb. Hierosolimitani*, y à los que cita.

27 En quanto à si es ò no válido el Testamento del que despues de haberlo hecho, entra en Religion capaz de adquirir, ò el que hace estando en ella, pero antes de la profesion, y si se revoca ò no por ésta, hay variedad de opiniones, ya diga en él ò no el Testador que tiene ánimo de ser Religioso pro eso, si lo ha otorgado pocos meses antes, y no instituyó por heredero à su Convento en defecto de legítimos, porque

(1) Barbos. in Summ. decis. Apostolic. collect 72. n. 18. Scañ. ibi, n 7. al 10.

se presume hecho en fraude de éste, que quieren sea tenido en lugar de hijo, y que le herede, como se prueba de la *ley* 17. *tit.* 1. *Part.* 6. que dice: *Mas todos los bienes que hoviese, deben ser de aquel Monesterio, ò de aquel lugar do entrase, si non hoviese fixo, ò otros, que descendiesen por la liña derecha que hereden lo suyo.* Para evitar pleitos, le aconsejará el Escribano que dentro de los dos meses próximos à la profesion renuncie sus bienes y futuras sucesiones, segun lo dispone el santo Concilio de Trento. El que quisiere instruirse radicalmente, vea à *Gutier. Canon. quæst. lib.* 2. *cap.* 1. à *Gom.* en la *ley* 3. *de Toro num.* 12. y à los que citan, y lo que explicaré en el cap. 14. pues ha habido en esto mucho alucinamiento de parte de los Autores nimiamente adictos à los Frayles y sus Conventos.

28 Como el disponer cada uno de sus bienes para despues de su muerte, es de derecho público, y la ley no hace mencion de los excomulgados, hay opiniones diametralmente opuestas en quanto à si podrán ò no testar: meditadas unas y otras, digo que los tolerados pueden del mismo modo que los que no están excomulgados, porque el Concilio Constanciense, y la Extravagante de Martino V, que empieza: *Ad vitanda scandala* ::: les concede el privilegio de tratar con los no excomulgados, si estos los invitan, y exercer actos de jurisdiccion; de que se infiere que tambien podrán testar, y hacer todo lo que el católico que no lo está.

29 Los vitandos ò no tolerados no podrán, especialmente si permanecen mas de un año en la excomunion, porque en este caso no solo se les priva de la comunion espiritual, sino de la temporal, y asi nadie puede darles de comer, ni beber, saludarles, resaludarles, rogar como ministro público por ellos, ni sepultarlos en sagrado, segun expone Santo Tomás en la *quæst.* 1. *articulo* 1. y lo dicen estos dos versos:

Si pro delictis anathema quis efficiatur:
Os, orare, vale, communio, mensa negatur.

à excepcion de los cinco casos que contiene este:

Utile, lex, humile, res ignorata, necesse.

y son: el primero, quando el excomulgado necesita alguna cosa para salir de la excomunion. El segundo, la muger que tiene que tratar en lo temporal con su marido. El tercero, los hijos, y criados con sus padres, y amos tambien en lo temporal.

El quarto, quando se ignora la excomunion. Y el quinto, quando se necesita al excomulgado para exercer su facultad, u oficio: en cuyos terminos están incapaces, y nada que hagan les sirve, mientras no se arrepienten, y piden la absolucion.

30 Tambien se les tiene por sospechosos en la Fé, y puede procederse contra ellos, pues indican que nada se les dá de la excomunion, que la Iglesia carece de potestad para segregarles de su Grey, y de consiguiente para castigarlos por contumaces, de que se infiere, que al modo que el herege declarado no puede testar, tampoco podrá el excomulgado vitando, porque aunque no es herege conocido, y declarado, manifiesta mas señales de tal por su contumacia, que de católico; y como la cosa para reputarse por mala, basta que tenga qualquiera substancial defecto, y para que se estime buena, es preciso que nada tenga de mala, por eso el excomulgado no tolerado no debe gozar del privilegio de Católico, mientras lo esté, pues por derecho real y canónico, à mas de privarsele de sepultura eclesiástica, se le imponen otras penas (1). Vease acerca de esto à *Gom.* en la ley 3. *de Toro* n. 15. y à los que cita, los quales defienden que puede testar por no ser uno de los excluidos expresamente por derecho, como el Usurero manifiesto (*a*).

31 Los Clérigos Seculares pueden testar de sus bienes *patrimoniales*, *quasipatrimoniales é industriales* (2); pero no de los propios de la Iglesia, ni de los que por razon de ésta adquieren, segun derecho canónico: bien que en estos Reynos de Castilla testan, por costumbre de los que ganan *intuitu Ecclesiæ* como de los patrimoniales, cuya costumbre está mandada observar por una ley recopilada (3), y en virtud de ella se sucede en todos sin diferencia. Esto se entiende aunque los Clerigos hayan sido Religiosos profesos; por lo que una vez secularizados pueden testar de sus bienes como si nunca hubieran entrado en Religion. Asi se declaró por la Sala primera de Gobierno del Consejo en 19 de Mayo de 1786, con audiencia fiscal, y

(1) Leyes 8. tit. 13. Partid. 1. y 1 tit. 5. lib. 8. Recop. cap. Sacris 12 de Sepulturis. Ferraris Biblioth. verb. Testamentum art 3. n. 21. Gutierquæst. lib. 1 cap. 1. (2) Cap. Quia nos 9. de Testam. cap. Episcopi 19. causa 12. quæst. 1. cap. Placuit 1. y Quicunque 2. eadem causa quæst. 3. (3) Cap. Cum in officiis 7. Ad hæc 8. Quia nos 9. y Relatum 12. de Testam. y ley 13. tit. 8. lib. 5. Recop. (*a*) Nota 13.

se libró Provision en 13 de Junio siguiente con insercion de la ley 13. tit. 8. lib. 5. Recop. que queda citada á instancia de Don Juan Marin, Religioso secularizado del Orden de Mercenarios Calzados y vecino del lugar de Junanejo, jurisdicion de la ciudad de Granada, el qual pretendió que el Consejo declarase las facultades que tenia para disponer de sus bienes, ó se la concediese para acudir á este fin á la Silla Apostólica. Baxo este supuesto, deben sus Conventos devolverles los que por su representacion posean, aunque hayan hecho renuncia de ellos á su favor, porque ésta lleva embebida la condicion tácita de perseverar, y morir en la Religion, y en este concepto se debe entender formalizada, y no absoluta, y simplemente; y porque como dexan de ser súbditos suyos, é individuos de la Religion, y no los mantienen sus Conventos, cesa la causa y título que tenian para poseerlos, se extingue el derecho con que se los habian apropiado, se resuelve la renuncia, y por consiguiente hacen reversion á su dueño legitimo y primitivo, el que para este caso gradúa, y estima del mismo modo que si jamás hubiera sido Religioso; pues no es creible ni aun presumible que quando hizo la renuncia, hubiera sido su ánimo otorgarla en otro concepto, ni quedarse pobre porque se lucrase el Convento que no lo habia de mantener. Fuera de esto seria una donacion inmensa que por derecho está reprobada justamente; y así ninguna razon hallo para que el Convento retenga sus bienes en su perjuicio, ni para que á este fin se le admita en juicio, ni dé lugar á pleitos, y expensas indebidas.

32 Los Arzobispos y Obispos suelen poseer bienes adventicios y profecticios: los adventicios son los que adquieren no por razon de sus Obispados, ni de Beneficio, Renta, ó Dignidad Eclesiástica, sino por otras, v. gr. industria, donacion, herencia de alguno, ó cosa semejante; y de estos y de los patrimoniales pueden disponer á favor de quien quisieren (1). Los profecticios son los que ganan por sus Obispados, Dignidades y Beneficios Eclesiásticos, los quales tienen facultad de distribuir en vida á sus parientes, amigos y criados, y á otros; pero no de disponer de ellos, ni de los propios de la Iglesia por

(1) Leyes 2. y 3. tit. 21. Part. 1.

Testamento, ù otra última voluntad, ni por contrato entre vivos (1) (*a*).

33 Los Peregrinos y Romeros tienen potestad de testar libremente como quisieren, y el que se lo impide, incurre en varias penas (2) (*b*): si muriesen intestados, debe la justicia del lugar en que acaece su muerte, inventariar y depositar sus bienes, gastar lo preciso en su entierro, y hecho, dar cuenta al Rey, ó à quien le represente, para que disponga del residuo entre sus consanguineos, y à falta de ellos en obras pias, pues aunque no los tengan, no recaen en el Fisco (3). Las Justicias por donde rransitaren, deben ampararlos, y no permitir que en sus personas ni bienes se haga la menor extorsion, ni daño; y si instituyen herederos, oirlos y despacharlos con la brevedad posible; de suerte que no experimenten dilacion ni perjuicio (4) (*c*).

34 Si el que tiene prohibicion legal de testar, impetra licencia del Rey para hacer Testamento, y en su virtud lo ordena conforme à derecho, valdrá del mismo modo que el otorgado por el capáz; y si le pide la merced de que esté presente à su otorgamiento, y se la concede, y en efecto lo presencia, será válido, aunque no concurra otro testigo (5). No es necesario que la licencia para testar preceda al Testamento, basta que la obtenga luego, pues con ella se suple qualquiera defecto, porque como el Testamento no tiene fuerza, ni se perfecciona hasta que el Testador fallece, es suficiente que en este tiempo esté hábil el que lo hace (6): la que se obtiene antes de la perfeccion del Testamento, lo confirma, porque se retrotrae al tiempo pasado en que se otorgó (7), y por la naturaleza del Testamento se estiende à todas las cosas que contiene.

35 Quatro cosas se requieren precisamente para que el Tes-

(1) Ley fin. tit. 21. Part. 1. (2) Leyes 30. tit. 1. Part. 6. y 2. tit. 12. lib. 1. Recop. (3) Leyes 31. tit. 1. Part. 6. Señor Greg. Lop. en ella, y 5. tit. 12. lib. 1. Recop. Auth. Omnes Peregrini, Cod. Communia de Succes. Gom. en la ley 8. de Toro, n. 25. y 26. (4) Leyes 32. tit. 1. Partid. 6. y 3. tit. 12. lib. 1. Recop. (5) Ley 5. tit. 1. Partid 6. (6) Ley Si quis filio exheredato, §. Irritum, vers. Qua ratione, ff. de Injusto, rupt. testament. (7) Arg. leg. Talis scriptura 30. in fin. ff. de Legat. 1. verb. Legati. Scafi. in propugnacul. Sacræ Religionis Sancti Joannis, discept. 9. cap. 5. ex n. 13. hasta el fin. (*a*) Nota 14. (*b*) Nota 15. (*c*) Nota 16.

tamento del que no goza del fuero de Guerra, se estime como tal. La primera, que el Testador tenga capacidad legal y natural de testar al tiempo de otorgarlo, y voluntad libre para disponer à su arbitrio de sus bienes (1). Si perdiese esta capacidad, ò se inhabilitase por alguna de las causas que el derecho previene, en este caso no tendrá fuerza lo dispuesto en el Testamento, y será preciso para darsela que el Testador sea rehabilitado, y que explique de nuevo su voluntad (2). La segunda, que nombre heredero que no tenga privacion de serlo, porque si carece de él, no valdrá como Testamento, sino como última voluntad, y se declarará ab intestato en quanto à la institucion; pero serán válidas las mandas, mejoras, y todas las demas cosas que contenga, no siendo opuestas à derecho, y pasarán sus bienes à los que ab intestato deben heredarle, sin embargo de lo que por derecho comun y de las Partidas está dispuesto. Si el instituido por heredero tuviese prohibicion legal de heredar, pasarán al Fisco los bienes del Testador, excepto las mandas, mejoras, &c. (3). La tercera, que conste de la solemnidad prefinida por la ley Real, como forma substancial (4), la qual *es una circunstancia y qualidad extrinseca introducida por derecho positivo, por la que se hace solemne el acto ò contrato* (5); y que el Testador manifieste su voluntad ante el competente número de testigos (6) en los términos que dexo explicado, porque si carece de la solemnidad, se romperá en el todo, y morirá ab intestato, como lo dice expresamente la *ley 2. al fin. tit. 4. lib. 5. Recop.* ibi. *Los quales dichos Testamentos y Codicilos sino tuvieren la dicha solemnidad de testigos, mandamos que no hagan fé, ni prueba en juicio, ni fuera de él.* Y la quarta, que se confirme con la muerte del Testador, y que el heredero acepte la herencia. Si no la acep-

(1) Leyes 2. ff. Qui testam. facere pos. y 13. tit. 1. Part 6. (2) Ley Qui ex liberis 11. §. Testamento, ff. de Bonor. posses. secund tabul (3) Procm. del tit. 3. Part. 6. y leyes 1. tit. 4. y 4 tit. 6. lib. 5. Recop. 10. tit. 7. Partid. 6. 1 ff. de Heredib. Instit. y Si nemo, ff. de Testam. tutel. y §. Ante heredis 34. Instit. de Legat. (4) Matienzo en la ley 1. tit 4. lib. 5. Recop. glos. 4. y 14 (5) Bald. in leg. Etiam Cod. de Execut. rei judic. Gallerat. de Renuntiat. centur. 1. renuntiat. 22. n. 1. al 4. (5) §. Sed hæc 14. Instit. de Testam. ordinand. Auth. Hoc inter §. 2. y ley In testament. 26. Cod. de Testam.

ta, pasará à los que deben heredar ab intestato, excepto si le nombra substituto, pues en tal caso la llevará éste (1). Con estas quatro cosas, aunque nada mas contenga el Testamento, ni en él se exprese la naturaleza y filiacion del Testador, (las que se ponen únicamente para que sus descendientes y consanguineos puedan hacer sus pruebas) será Testamento perfecto; y sin embargo de que despues de su otorgamiento hayan transcurrido 10, 20, 30, 40 y mas años, valdrá y se deberá observar, por ser visto haber permanecido el Testador en aquella voluntad y no haber ley en contrario.

36 Ha de contener tambien invocacion divina, protestacion de la Fé, señalamiento de sepultura, Misas, mandas forzosas, eleccion de Testamentarios, y revocacion de otras disposiciones anteriores; pero aunque carezca de todas estas cosas no dexará de ser Testamento, pues la protestacion de la Fé, no obstante ser acto de Religion, y muy santo, católico y bueno, como sirve solo para acreditar que el Testador es christiano, y darle sepultura eclesiástica, se puede subsanar en caso de duda con informacion de testigos, ò certificacion de su Párroco, al modo que quando muere intestado. Tampoco es de necesidad que señale la sepultura. Si no lo hace, como puede aunque esté baxo la patria potestad (2), se le enterrará en su Parroquia ò donde el heredero y Testamentarios dispusieren. La muger casada puede tambien elegir sepultura, y para ello no necesita licencia de su marido; pues que sin ella dispone de sus bienes por Testamento (3). Las *Misas, y pompa fúnebre* sino las dexa ordenadas, quedan à la disposicion del heredero segun la calidad, y haberes del Testador, y costumbre del pais. Las *mandas forzosas*, como que su qüota esta señalada, no exigen expresion alguna. La *eleccion de Testamentarios*, no es asimismo necesaria una vez que el heredero como verdadero Testamentario, haga lo que estos harian si hubieran sido nombrados: si no lo hicie-

(1) Leyes cum hic status 32. §. Pœnitentiam 3. ff. de Donat. inter virum. & uxor. 4 al fin. ff. de Adimend. legat. 3. Cod de Codicil. Si quis 6. Cod. Qui testam. facere pos. y 1. tit. 4. lib. 5. Recop. Matienzo en ella glos. 14. n. 2. 3. 4. y 5. (2) Cap. 1. de Sepultur. cap. 2. cap. Licet, y cap. fin. eod. tit in 6. (3) Cap. De uxore, de Sepultur. Parlador. differ. 66. §. 1. y 3.

se, le apremiará (*a*) à ello el Obispo, como executor por derecho de últimas voluntades pias (1). Mucho menos se requiere la *revocacion*, si aquel Testamento es el único que el Testador formalizó: si son dos y el Testador no tiene herederos forzosos, y ambos contienen nombramiento de heredero, se dividirá la herencia entre todos los instituidos, à menos que el uno se presuma con mas derecho que el otro, pues en este caso deben disputarlo judicialmente; pero sin embargo de que nada de esto es rigorosamente preciso para la validacion del Testamento, y que en los terminos propuestos puede enmendarse, prevengalo el Escribano al Testador, para que no lo omita; bien que por no prevenirselo, no incurrirá en pena, pues no la hay impuesta.

37 Puede contener à mas de lo expuesto, legados, ò mandas voluntarias, fundaciones de Vinculos, Memorias, Capellanias, Patronatos, agregaciones de bienes à ellos, mejoras, declaraciones, consignaciones, substituciones de herederos, y legatarios, nombramiento de Tutores con relevacion de fianzas, ò sin ella; y el Testador dár Tutor para todo, y no para una cosa sola, simplemente, ò con condicion, y por tiempo cierto à su voluntad, no solo à sus hijos pupilos legitimos, y naturales, nacidos, y póstumos, sino à los estraños que instituye por sus herederos, y dar poder para nombrarles Tutor. Tambien puede dividir sus bienes entre ellos, aplicandoles los que quiera à su arbitrio (2); previniendo que si manda que se conformen con la division, deben pasar por ella, como lo dice la *ley* 10. *Cod. Familiæ erciscundæ ibi ::: Quoties inter omnes hæredes testator successionem suam dividit, ac singulos certis possessionibus cum mancipiis, quæ in eisdem sunt constituta, jubet esse contentos, voluntati ejus salva legis Falcidiæ auctoritate, obtemperandum esse manifestum est*; lo qual se entiende, con tal que con la division no perjudique à los herederos forzosos en el importe de sus legitimas, y qualidad de bienes, y no de otra

(1) Cap. Nos quidem 3. y cap. Si hæredes 6. de testam. y ley Nulli 28. Cod de Episcop. & Cleric. Ferrar. Biblioth. verb Testament. n. 47. al 49. y Concil. Trident. Sess. 22. cap. 8. de reformat. (2) Leyes 9. tit. 15. y 3. 6. 7. y 8. tit. 16. Part. 6. y Parentibus, arbitrium 8. Cod. de Inofic. testament. (*a*) Nota 17.

suerte. Esto no procede para con los extraños, pues deben contentarse con los que le dexe como dueño de su hacienda, y árbitro de su voluntad; y cumplir las honestas y posibles condiciones que les imponga.

38 Puesta la cabeza del Testamento con la invocacion y protestacion referidas, encomendará el Testador su alma à Dios, y señalará sepultura para su cadaver, (cuyo entierro será en la Parroquia en que vivia quando murió (1), ó en donde quiera, sin perjuicio de los derechos de ésta). Las Misas que dexáre por su intencion, y para descargo de su conciencia, se han de celebrar en donde señale, ò dispongan los Testamentarios, à excepcion de la quarta parte para la Parroquia, si fuese costumbre como en esta Corte, y ademas de la limosna, se darán ocho maravedís de cada una por la cera, oblata, y derechos de colecturía, segun la constitucion 2. de este Arzobispado *tit. 6. de Testamentis*, *lib.* 3. excepto de las Misas votivas. Despues expresara el Habito con que ha de ser amortajado su cadaver, y la forma, y disposicion de su entierro, hora, y acompañamiento, ò lo dexará à arbitrio de su heredero, ò Testamentarios, segun le parezca.

39 Para la conservacion de los Santos Lugares de Jerusalén, y tierra Santa, Redencion de Cristianos Cautivos, y demas mandas forzosas, en las que se comprende el casar huerfanas (2), legará treinta y seis maravedís, ò lo que quisiere, con cuya limosna los apartará del derecho que pueden tener à sus bienes, como antiguamente lo pretendian, si nada se les legaba. Si ordena su Testamento en esta Corte, ò en algun lugar de los comprendidos en las ocho leguas de su contorno, debe acordarse de los Reales Hospitales de ella, legandoles à lo menos quarenta y ocho mrs. para la curacion de los pobres enfermos, y el Escribano no autorizará el Testamento de los Seculares sin este requisito, pues de lo contrario se le hará cargo en la visita (bien que el Testamento no se anula por este defecto); pero si el Testador es Eclesiastico, cumple con recordarle que exercite esta caridad, y dar fé de ello, segun Real órden de 11 de Diciembre de 1750. mandada observar por el Consejo en el

(1) Ley 5. tit. 13. Partid. 6. Recop. (2) Ley 5. num. 5. tit. 2. lib. 5.

mismo año, y posteriormente en 17 de Octubre de 1757. lo que tendrá presente para no incurrir en pena.

40 Declarará qué deudas tiene contra sí, y à su favor, mandando que se paguen y cobren; bien entendido que la declaracion que haga en el artículo de la muerte en perjuicio de tercero, no perjudica à éste, ni se debe estár à ella (1), si por otro medio no se acredita; pero el juramento contra sí perjudicará à sus herederos, y deberán estár á él (2). Declarará quántos matrimonios contraxo: qué dote llevaron sus mugeres: qué cantidad las dió, ú ofreció en arras, ò en joyas, y vestidos: si hizo, ó no capital, y su importe, ò se remitirá à los instrumentos formalizados, si no lo tiene presente: de qué edad son, y en qué estado se hallan los hijos que procreó en sus matrimonios: si alguno está emancipado ò casado: lo que dió à los que están fuera de su poder, y lo demás que se le ofrezca declarar y prevenir; pues el Testamento puede contener todas las cosas, y prevenciones que ocurran al Testador, asi para descargo de su conciencia, como para beneficio de otros. Especificará tambien individualmente los legados que haga, su cantidad, especie y personas, de suerte que no se dude del legatario, y de la cosa legada; pues dudandose, serán nulos è ineficaces (3). A este fin tendrá tambien cuidado de no dexarlos á los que por derecho no pueden ser legatarios, porque en este caso no los percibirán, y pasarán los bienes al Fisco (4); bien que acerca de esto hay algunas excepciones, que pueden verse en el Señor Gregorio Lopez sobre la ley 17. tit. 7. Part. 6. glosa 2. y sig.

41 El órden que se ha de observar en la extension del Testamento, es el siguiente. Primero se pondrá la invocacion Divina y protestacion de la Fé: despues encomendará el Testador su alma à Dios, y expresará con qué hábito ha de ser amortajado su cadáver, y la disposicion de su funeral y entierro. En otra cláusula, qué número de Misas se han de celebrar por su alma, en dónde, y su limosna: luego las mandas forzosas y

(1) Ley Si quis in gravi §. Si quis moriens ff. ad Syllanian. Menoch. lib. 1. præsunt. 5. n. 8. Lara de vita hom. cap. fin. n. 8. (2) Authent. De jure jurando à morien e præstito. Vers. Sed si quædam. (3) Ley 9. tit. 9. Part. 6. (4) Ley 13. al fin. tit 7. Part. 6.

pías : en otras cláusulas las graciosas ò profanas : consiguientemente las mejoras , fundaciones , remisiones , declaraciones , y nombramiento de tutores : en otra la eleccion de testamentarios : en otra la institucion de herederos y substitutos ; y en la última la revocacion de otras disposiciones anteriores ; pero se previene que este órden no es preciso para la validacion del Testamento.

42 He instruido al Escribano en los números anteriores de lo que es Testamento y sus diferencias , del modo y forma de otorgarle , y de todo lo que es necesario para su validacion: resta decir ahora por qué causas se podrá declarar nulo en el todo , ò solamente en parte , aunque el Testador no lo revoque. El Testamento se puede anular por diez causas , que se incluyen en las ocho siguientes. La primera , *por defecto del mismo Testador* , v. gr. Si es pupilo , siervo , Monge profeso , pródigo declarado , loco furioso ò mentecato , ò tiene otra prohibicion de las que dexo explicadas , pues concurriendo en él alguno de estos defectos ò impedimentos , no puede testar , ni por consiguiente vale el Testamento que ordene , ni tampoco los legados, ni fideicomisos que contenga , porque el que tiene prohicion de testar , la tiene para disponer de sus bienes de qualquier modo que sea (1). Pero es de advertir que si el hijo llega à la pubertad , puede testar con arreglo à la ley sexta de Toro de la tercera parte de lo que posea , y tenga suyo en perjuicio de sus ascendientes , no obstante que exista en poder de su padre , como si estuviera fuera de él (2) , segun queda expuesto; lo qual no sucedia por derecho Comun , ni por el de las Partidas , pues estando baxo de la patria potestad , le prohibian testar y hacer codicilos (3). La segunda , *por error del mismo Testador* , que es quando el que puede testar , y testó , erró , ò se equivocó en la persona nombrada , v. gr. si instituyó à uno en el concepto de ser su hijo legítimo , adoptivo ò legítimo : ò à otro en el de ser su consanguineo , no siendolo realmente; en cuyos casos y otros semejantes no vale la institucion , por-

(1) Ley Sciendum , ff. de Legat. (2) Ley 5. de Toro , que es la 4. tit. 5. lib. 5. Recop. (3) Ley Qui in potestate , ff. Qui testament. facere pos. ley 3. §. 1. Cod. eod. tit. ley Tam is , § 1. ff. de Donation. caus. mort ley 13. tit. 1. Partid. 6. y §. 1. Institut. Quibus non est permissum facere Testam.

que falta la voluntad y consentimiento del mismo Testador, por haber errado en la causa eficiente y final, que es la institucion de heredero (1); pero los legados y fideicomisos que el Testamento contenga, serán válidos, respecto presumirse no haber padecido error en ellos (2): lo qual no sucederá si yerra el nombre del Legatario, como se dirá en su lugar. La tercera, *por voluntad imperfecta y no consumada del Testador*; para cuya inteligencia es de advertir que el Testamento puede ser imperfecto por razon de su voluntad, por falta de solemnidad de testigos, ò por no haberse hecho publicacion de él. Se dice imperfecto por razon de voluntad, quando el Testador no la explicó, v. gr. quando consta que quiso testar por escrito, à cuyo fin hizo llamar al Escribano, y habiendo principiado à dictarlo por sí, falleció sin concluirlo, ò sin que se publicase ante los testigos (3); y por la de solemnidad, quando lo tiene estendido enteramente, y muere antes que se lea, ò que se concluya su lectura à presencia de todos los testigos, y por consiguiente antes de decir, *que asi lo otorga* (4); ò quando à su publicacion no interviene el número de testigos prescriptos por la ley; en cuyos casos serán nulos el Testamento, los legados, los fideicomisos, y demas disposiciones que contenga (5): lo primero, porque su lectura ò publicacion ante los testigos es de substancia (6), y del todo necesaria en qualquiera instrumento para que se estime válido (7). Lo segundo, porque antes de su publicacion no se acredita la constante y última voluntad del Testador, respecto no poder probarse, ni saberse, à causa de que al tiempo de publicarse puede mudar,

(1) Leyes Si pater 4. Ne apud 10. y Quotiens 13. Cod. de Hæredib. Instituend. ley Nec professio 5. Cod. de Testam. y ley 12. tit. 3. Partid. 6. (2) Ley Eam quam, Cod. de Fideicommis. Gom. en la 24. de Toro, n. 1. vers. Decimo, & finaliter. Matienz. en la 8. tit. 6. lib. 5. Recop. glos. 1. n. 3. (3) Ley Si is qui, ff. y ley Hac consultissima 8. vers. At cum humana, Cod. Qui in testam. facere pos. y ley Fideicommissa 11. §. Quotiens, ff. de Legat 3. (4) Ley Hac consultissima 21. §. Ex imperfecto, Cod de Testam. (5) Ley Si is qui 25. cit. ley Ex ea scriptura 29. ff. Qui testamenta facere pos. y ley Fideicommissa, cit. Gom. en la 3. de Toro, n. 107. Flores de Mena, lib. 1. Var. quæst. 1 num. 38. al 42. (6) Dicha ley Fideicommissa: y leyes 103. tit. 18. Partid. 3. ibi: *debe ser leido, y fecho ante siete testigos*: y 23. tit. 1. Partid. 6. (7) Ley 13. tit. 25. lib. 4. Recop.

uitar, añadir y alterar lo que le parezca, como varias veces sucede (1). Lo tercero, porque aunque esté estendido, puede contener algunas cosas diversas de las que el Testador quiso, ò quiera quando lo otorga. Y lo quarto, porque no hay perfeccion de voluntad, si ésta no se halla explicada del modo que la ley ordena y apetece. La quarta, *por incapacidad del heredero instituido*, v. gr. quando estaba muerto natural ò civilmente, ò por otro motivo se hallaba imposibilitado, inhábil, è incapáz de percibir la herencia. En este caso, aunque por caducar la institucion, se rompia en todo el Testamento segun derecho comun, y no valian los legados, ni fideicomisos (2); lo mismo que en el que carecia de institucion (3), no sucede asi por el nuestro que lo ha corregido en esta parte (4); y asi aunque el Testador no nombre heredero, ò éste por su incapacidad y prohibicion legal no lo sea, valdrán los legados, fideicomisos, tutelas, y todo lo demas que el Testamento contenga, siendo arreglado à derecho, si à su otorgamiento interviene la solemnidad de testigos que legalmente se requiere, y el Testador está capáz para testar, y no de otra suerte, rompiendose y anulandose solamente en quanto à la institucion (*a*). La quinta, *por pretericion*, ò *exheredacion*, que es quando el Testador dexa de nombrar por su heredero à un hijo ò descendiente legítimo suyo, ò le exhereda sin causa legal; en cuyos casos sin embargo de que por derecho Comun antiquísimo (5), tampoco valian los legados, ni fideicomisos, hoy son válidos, è igualmente lo es la mejora de tercio y quinto, y quanto incluya el Testamento, si consta de la solemnidad referida. Solo se irrita en lo concerniente à la institucion (6); y si contiene la cláusula codicilar, surtirá los efectos que explicaré quando trate de ella. Por manera que segun nuestro derecho aunque el Tes-

(1) Gom. lib. n. 18. y 19. (2) Ley 3. & per tot. tit. ff. De His, qui pro non scriptis habent. ley 1. Cod. de Hærodib. instituend. y ley unic. §. Et cum triplici: §. In primo: y § Pro secundo: Cod. de Caduc. tollend. (3) Ley final, § Illud. Cod. de Codicil. ley 1. ff. de Jure codicillor. y ley Cohæredi, §. Cum filiæ, ff. de Vulgar. & pupillar. substitution. (4) Ley 1. tit. 4. lib. 5. Recop. y en ella Matienz glos. 14. n. 81. (5) Ley Filio præterito, ff. de Injust. rupt. testam. y ley Papinianus, §. Si ex causa, ff. de Inofficios. testam. (6) Authent. Ex causa, Cod de Liber. præterit. y ley 24. de Toro, que es la 8. tit. 5. lib. 5. Recop. (*a*) Nota 18.

tador no haya instituido heredero, no se debe decir que murió intestado, por ser visto estár llamados à su herencia por la ley los que abintestato deben heredarle, como se prueba de las palabras de la 1. tit. 4. lib. 5. Recop. que dice: *Y mandamos que el Testamento que en la forma susodicha fuere ordenado, valga en quanto à las mandas, y otras cosas que en él se contienen, aunque el Testador no haya hecho heredero alguno, y entonces herede aquel que segun derecho y costumbre de la tierra habia de heredar en caso que el Testador no hiciera Testamento, y cumplase el Testamento.* Los herederos abintestato están obligados à cumplir lo que dispuso, y ordenó el Testador como si especificamente fueran nombrados (*a*) (1). La sexta, *por falta de adicion, ò admision de la herencia*, que es quando el heredero instituido no quiere aceptarla, ò la repudia expresamente. Para instruccion del Escribano debo suponer, que por derecho Comun, y de las Partidas se requeria que el Testamento fuese perfecto de quatro maneras (2). La primera por perfeccion de la voluntad del Testador declarada completamente por el mismo (3), pues si fallecia antes de explicarla plenamente, era imperfecto, y como tal no valia ni aun à favor de causas pias (4). La segunda consistia en el nombramiento de heredero (5). La tercera en la solemnidad. Y la quarta en el efecto, el qual se verificaba de dos modos, el uno con la muerte del Testador, por la que se confirmaba, y no antes el Testamento (6), y el otro dependia de que el heredero quisiese aceptar, ò dimitir la herencia, pues su admision daba vigor al Testamento, y lo corroboraba y robustecia en todo (7): sino la admitia, se irritaban y anulaban, segun el mismo derecho Comun, no solo la institucion, sino tambien los legados y fideicomisos (8); pero segun el nuestro que está en observancia en estos Reynos de Castilla, aunque el heredero insti-

(1) Matienz. en dicha ley 1. glos. 10 n 47. y glos. 14. n. 7. (2) Bald in leg. 1. ff. Qui testament. facere pos. Guillerm. Benedict. in cap. Raynutius, verb. Testamentum, 1. al fin. (3) Ley 1. ley Si is qui, y ley Ex ea, ff. Qui testamenta facere pos. (4) Guillerm. ibi. num. 71. Bart. in leg. Si is qui: in leg. Pamphilii, §. Propositum; & in leg. Fideicomissa, § Quoties, ff. de Legat. 3. (5) Ley 1. ff. de Vulgar. & pupillar. substit. y § Ante hæredis, Institut. de legat. (6) Ley 1. ff. Qui testamenta facere pos C. p. cum Marthe de celebrat. Missar. Apostol. ad Hæbreos 9. (7) Bald. in leg. 1 ff. Si quis omis. causa testamenti. (8) Ley Si nemo 1. ff. de Testamentar. tutel. ley 1. § 1. ff. de Legat. 3. ley Si nemo, ff. de Regul. jur. y leyes Eam quam 14. y ex testamento 29. Cod. de Fideicomis. (*a*) Nota 19.

tuido no quiera aceptar la herencia, valen los legados, fideicomisos, y todo lo demas que el Testamento contenga, siendo conforme à derecho, y en su otorgamiento hay la solemnidad, y concurre el número de testigos que la ley (1) ordena y prescribe, como dexo expuesto. La septima causa porque se puede anular el Testamento, es *por la arrogacion* ò *legitimacion* del heredero del Testador. Y la octava es *por falta de publicacion del Testamento*, la qual se hace de dos maneras: una despues de la muerte del Testador quando el Testamento se formalizó en escritura, memoria ò cédula privada ante el competente número de testigos, ò verbalmente sin ella ante estos. Y la otra estando vivo, à la que llaman vulgarmente *Otorgamiento*, y ésta segun tres leyes de Partida (2), se reduce à que en el Testamento se expresen (como se previene en otra Recopilada (3) para toda escritura pública) el pueblo, dia, mes y año en que se otorga y publica, y los testigos que presencien su otorgamiento, con el nombre y apellido de cada uno, (pues no es preciso que sean mayores de toda excepcion) ante los quales y el Escribano juntos ha de manifestar el Testador verbal, clara y distintamente su voluntad; de suerte que todos à un mismo tiempo la entiendan, y en caso de duda puedan deponer contextes, siendo sobre ella interrogados. Tan precisa es la solemnidad de testigos, y la publicacion ò manifestacion de la voluntad del Testador à su presencia, que aunque éste por sí solo, y por via de memoria ordene su Testamento, y haga llamar al Escribano para que lo traslade al papel sellado, ò lo dicte ò se estienda à presencia de él, si antes que se lea ò publique à la de los testigos competentes fallece, será nulo por falta de publicacion, y por imperfeccion de voluntad, como dexo sentado en los números anteriores.

§. II.

De los Herederos.

43 El Testamento por derecho antiquísimo de los Romanos, no tenia otro fin que el de hacer saber al Pueblo la persona que

(1) Ley 1. tit. 4. lib. 5. Recop. y en ella Matienz glos. 14. y 15. (2) Leyes 54. 103. y 111. tit. 18. Partid. 3 (3) Ley 13. tit. 25. lib. 4. Recop.

designaba el Testador para sucederle en todos sus bienes. Quando se perdió esta fórmula tan sencilla de testar, y se establecieron otras que los Jurisconsultos creyeron necesarias, especialmente en tiempo de los Emperadores, una de ellas y la mas principal fué la institucion de heredero que debia preceder à los legados y fideicomisos; de tal manera, que si se variaba el órden, era nulo el Testamento (1). Despues se estableció, que una vez que la contuviese ya fuese en el principio, en el medio ò en el fin no se anulase (2): y últimamente, por derecho Real de España se ordenó, que aunque el Testamento carezca del nombramiento de heredero, si consta de la solemnidad legal que se ha explicado, valgan las mandas, las mejoras, y todo lo demas que contenga, siendo conforme à derecho, estimandose en este caso como Codicilo, ò última voluntad (3); pues no seria justo que porque careciese el Testamento de la institucion, ò el heredero no aceptase la herencia, dexasen de entregarse contra la voluntad del difunto à los legatarios sus legados, y de practicarse todo lo demas que habia ordenado (4). Pero el Escribano no incurrirá en pena por autorizarlo sin institucion ò nombramiento de heredero, como algunos piensan, porque no hay ley que se la imponga. Su obligacion no es otra que de advertirselo para evitar à sus herederos ab intestato el perjuicio de gastar en la legitimacion de sus personas, à fin de que se les declare por tales.

44 Se llama, y es heredero el que despues de la muerte *ex testamento*, ò *ab intestato* de alguno, ha de succeder en sus bienes, y apoderarse y disponer de ellos à su arbitrio como dueño propietario (5). Esta voz *heredero* se deriba segun unos, de la latina *Herus*, que significa el Amo ò Señor, y asi los antiguos llamaban herederos à los Señores (6); ò segun otros, del verbo *hæreo*, que significa estár junto, ò pegado a otro, porque el herede-

(1) Ley 1. ff. de Hæredib. instituend. ley Si nemo 9. ff. de Testamentar. tutel. y §. Ante hæredis, Institut. de legat. (2) Ley Præposteri 24. y ley Ambiguitates 25. Cod. de Testament. y Prœmio del tit. 3. Part. 6. (3) Ley 1. tit. 4. lib. 5. Recop. Matienzo en ella, glos. 4. num. 17. y sig (4) Ley 1. Cod. de Sacrosanct. Eccles. ley In conditionibus, ff. de Conditionib. & demonstrationib. Authent. de nupt. §. Disponat, collat. 4 y Authent. de hæredib. & Falcidia, §. Si vero expresim: Matienz. en dicha ley 1. tit. 4. glos. 10 n. 1. y 2. (5) Leyes 1. tit. 3. Partid. 6. Hæres 27. ff. de Acquirend. hæred. y Hæredem 59. ff. de Reg. jur. (6) §. fin. Instit. de Hæred. qualitat. Ferrar. Biblioth. verb. Hæres num. 1.

ro está próximo al que hereda (1), como su pariente, ò muy amigo, pero hasta que acepta la herencia, ò entra en ella, ò hace actos de heredero, no lo es, ni debe llamarse asi, aunque por tal esté instituido. Pueden serlo el Emperador, Rey, Reyna, la Cámara de cada uno de estos, la Ciudad, Villa, Lugar, Comunidad, Concejo, el que es capáz, loco, mudo, sordo, ciego, Clérigo, Mõnge, Lego, y todo hombre ò muger, ya sea libre ò siervo, que por derecho no está privado de heredar (2).

45 Debe el Testador hacer la institucion de heredero en Testamento, y no en Codicilo (3), *fueras ende*, dice la ley, *en una manera, como si aquel que ficiese Codicilo dixese asi; que él rogaba, ò mandaba à los herederos que deben heredar lo suyo por qual manera quier que sea, que despues de su muerte diesen è entregasen todos sus bienes à alguno que fuese señaladamente en el Codicilo. Ca estonce tenudos son de los dar, è entregar à aquel que asi fuese nombrado en él; sacando ende la quarta parte de todos los bienes, que pueden tener los herederos para sí.* En este caso, segun se reconoce, no hay institucion directa, sino solo un fideicomiso. Pero se previene, que si lo instituye simplemente en el Testamento, no debe imponerle despues condicion, ni darle substituto en el Codicilo (4), y que aunque lo haga, no valdrá, excepto en la forma que expresaré mas adelante. Sin embargo, el Escribano no incurrirá en pena por autorizarlo, porque no la hay impuesta, ni le está prohibido.

46 Debe asimismo nombrarlo por su nombre ò apellido, ò con señales tan claras, que no se dude quien es; mas no con palabras que designen algun delito ò defecto de aquellos que deshonran è infaman las personas, porque entonces no valdria tal establecimiento de heredero (5): ni con las que llamamos *señas* hechas con la cabeza, ò con algun otro ademan: ni dexar la institucion à eleccion y arbitrio de otro: ni tampoco darle poder para que la haga (6), porque *el establecimiento de heredero è de las mandas, non debe ser puesto en alvedrio de otro* (7); y asi es necesario que manifieste la suya por si propio, y de lo contrario se tendrá por

(1) Rubiños in Diccionar. verb. Hæres. (2) Ley 2. tit. 3. Partid. 6. (3) Ley 7. tit. 3. Partid. 6. (4) Ley 8. tit. 3. Partid. 6. (5) Leyes 6. 10. y 11. tit. 3. Partid. 6. (6) Ley 11. tit. 3. Partid. 6. Marienz. en la ley 1. tit. 4. lib. 5. Recop. glos. 16. n. 2. (7) Leyes Illa institutio 32. ff. de Hæredib. Instituend. y 11. tit. 3 Partid. 6.

captatoria, y no valdrá el Testamento (*a*) (1). Bien que aunque no profiera su nombre, si el Escribano, ù otra persona nada sospechosa le pregunta: *Si instituye por su heredero*, v. gr. *à Juan de tal*: y rèsponde con la boca, y no por señas, *que sí*, valdrá, con tal que esté en su juicio, y presencie la pregunta y respuesta el competente número de testigos que lo entiendan, pues es lo mismo que si de su *motu proprio* lo hubiera nombrado, sin ser preguntado (2). En quanto à si será, ò no válido el Testamento, quando el Testador es ò no preguntado, y está ò no muy agravado, y solo responde: *Sí*, ò *no*: y quando no puede hablar claramente, vease à *Flores de Mena lib. 1. Var. quæst. 1. ex num. 45. al 51.* que trae siete declaraciones, y à los que cita.

47 Pero no es preciso que lo instituya por su nombre ò apellido en el Testamento, pues basta que diga en él, que quiere sea su heredero el que nombrará en el Codicilo (3): en cuyo caso siendo ambos perfectos en todo lo demas, verificandose en éste la nominacion, y estando el Testador en su juicio, valdrá, y no podrá decirse que murió intestado. Lo propio milita y procede siendo nombrado en memoria testamentaria, en la forma que expresaré en su respectivo lugar, porque la memoria citandose en el Testamento ò en el poder para testar, y no dudandose ser del Testador, se estima y es parte de él; mas no sino se cita, ò no consta ser suya; por lo que si en el Testamento dice: *que su heredero perciba la herencia con las condiciones, gravámen, y en los bienes y forma que expresará en el Codicilo, ò en memoria testamentaria, que quiere se estime por parte de su Testamento*, valdrá el señalamiento de bienes, y el gravámen y condicion que contenga el Codicilo ò memoria, no dudandose ser esta suya, porque en ellos no le grava, sino en el Testamento, y solo declara lo que en este omitió, y dixo declararia, lo qual es muy diverso (4).

48 Si el Testador yerra el nombre del heredero ò del legatario,

(1) Leyes Captatoriæ scripturæ 64. ff. de Legat. 1. Captatorias 11. Cod. de Testam. militis y Captatorias 70. ff. de Hæredib. Instituend. (2) Ley Jubemus 29. Cod. de Testam. y ley 6. tit. 3. Partid. 6. Mantic. de Conjectur. lib. 2. tit. 6. num. 9. Sr. Cast. lib. 4. Controv. cap. 20. n. 14. Gom. en la ley 3. de Toro n. 109. Matienz. en dicha ley 1. tit. 4. lib. 5. Recop. glos. 16. n. 4. al 12. Flor. de Mena lib. 1. Var. quæst. 1. num. 45. y 56. (3) Leyes 7. y 8. tit. 3. Partid. 6. (4) Matienz, en dicha ley 1. y glos. 16. n. 13. (*a*) Nota 20.

y creyendo instituir à uno, nombra à otro, no vale la institucion, ni el legado (1), aunque hay casos en que valdrá (2). Si hace la institucion à dia ò tiempo cierto, v. gr. *Instituyo por mi heredero à Pedro desde tal dia, mes y año en adelante, ò hasta tal dia*, es válida, mas no la adicion ò señalamiento de tiempo, por lo que el heredero entrará en la herencia inmediatamente que muera el Testador; pero si éste es Caballero ò Soldado, que está en el Real servicio, vale el señalamiento (3). Mas si la hace à tiempo que aunque incierto, se ha de verificar, v. gr. *Instituyo à Pedro por mi heredero para el dia que muera*, vale, y entrará en la herencia del mismo modo que si hubiera sido instituido simplemente, y esto se entiende, ya sea ò no Caballero el Testador, pues todos tienen facultad para hacerla en esta forma (4).

49 El que entra en la herencia sin autoridad judicial, habiendo otros coherederos, pierde por el mismo hecho el derecho à ella, y si no lo tiene, debe restituir todos los bienes que tomó, y otros tantos, ò su valor en pena de la intrusion, y la Justicia informada de la verdad, pondrá en pacifica posesion de ellos à los legítimos herederos, procediendo breve y sumariamente, sin estrépito, ni figura de juicio, y executará la pena con exâccion de las costas, daños y perjuicios que se les ocasionaron (5).

50 Una de las materias que mas alteraciones sufrió en la antiguedad, fue la sucesion hereditaria. Los Romanos llevando adelante la dureza, barbarie y ferocidad con que se cimentó su imperio, se contemplaban dueños absolutos de lo que poseian, y en este concepto no se creian obligados à dexarlo à otra persona que à la que les captase mejor su voluntad, ò su capricho, con perjuicio de sus propios hijos los quales no ocupaban en su corazon mejor lugar que el esclavo. Dueños despóticos de su vida ò muerte, y ciegos ò totalmente negados à los sentimientos que inspiran la sangre, la razon, y la naturaleza, les era indiferente que viviesen, ò muriesen, que quedasen opulentos ò miserables: y asi de la libre facultad que se arrogaban de venderlos, ò matarlos, se seguia la de exheredarlos (6). Mas racionales, y humanos los Griegos por el cultivo, y uso de las ciencias, que son las antorchas del entendi-

(1) Ley 12. tit. 3. Partid. 6. (2) Ley 13. tit. 3. Partid. 6. véase al Sr. Greg. Lop. en ella. (3) Leyes 15. tit. 3. Partid. 6. y Certi juris 8. Cod. de Testam. militis. Gom. lib. 1. Var. cap. 1. num. 8. 9. y 10. (4) Ley 15. tit. 3. Partid. 6. (5) Ley 3. tit. 13. lib. 4. Recop. (6) Liv. lib. 1. cap. 34.

miento, y con especialidad por el de la filosofia moral, formaron ideas mas nobles, y establecieron leyes mas templadas. El dominio y derecho de la patria potestad le reduxeron à castigar à sus hijos con prudencia y moderacion, y si por este medio no se conseguia su enmienda, los abdicaban de sus bienes, y expelian desnudos de su casa; pero la patria potestad espiraba por los años, por el matrimonio, y por el exercicio de los oficios de República (1); à cuyo modo de pensar tan regular era consiguiente el instituirlos herederos, y el que tanto *ex testamento* como *ab intestato* fuesen sucesores de sus bienes que era lo menos, los que lo habian sido de su sangre, de su educacion, y costumbres, que era lo mas. Con las ciencias recibieron de los Griegos los Romanos la mansedumbre, la dulzura, y sobriedad de costumbres, de la que se derivó la sucesion de los hijos à sus padres, y la de los parientes entre sí *ex testamento*, y *ab intestato*. Conservaron sin embargo algunas de las antiguas de que no pudieron desprenderse del todo y entre otras la diferencia que reconocian entre hijos, è hijas emancipados, y exîstentes en el dominio paternal, y entre agnados, y cognados, como si todos no tuviesen con su padre el mismo enlace natural, y participasen de su substancia; aun la madre ingenua que no procreaba tres hijos, y la libertina quatro, era excluida de heredarlos, como si de ella dependiera el procrear muchos, pocos ò ninguno, y no tuviera igual parentesco con ellos que su padre. El Emperador Justiniano conociendo esta sinrazon y desigualdad de justicia, derogó la variedad de sucesiones; abolió la diferencia entre agnados, cognados, y demas hasta entonces observadas; y prefijó tres lineas, una de ascendientes, otra de descendientes, y otra de transversales por su órden y grado, que son las que hoy subsisten. Supuesto lo referido, que conduce para tomar alguna tintura de lo acaecido en tiempo que los hombres no conocieron, ò se olvidaron de los derechos de la humanidad; y procediendo à explicar en qué términos segun nuestras leyes (que son las que debemos observar) suceden entre sí los ascendientes y descendientes en virtud de su respectiva disposicion y voluntad, digo que de dos maneras pueden los hombres adquirir los bienes, y ser herederos de los difuntos *ex testamento*, y *ab intestato* (2). Los herederos *ex testamento* son los que el Testador

(1) Dionis. Halicarnas. lib. 2. pag. 96. (2) §. Institut. Per quas personas vox acquir.

nombra por tales, (ya sean ò no sus consanguineos) para que le succedan en todos sus bienes, acciones y derechos, y asi entran en la herencia mediante su expresa y especial voluntad. Los herederos *ab intestato* son los mas cercanos parientes del difunto que no hizo Testamento, y si lo hizo, no fue arregiado à derecho, ò aunque lo fuese se rompió è irritó despues por la supernascencia de algun hijo, ò por otro motivo, ò porque en él no instituyó heredero; los quales solo por legal disposicion le succeden en todos sus bienes y derechos (1), y por eso se llaman tambien *legítimos* como los forzosos: trataré de cada clase con separacion.

51 Dividense los herederos *ex testamento* en *universales* y *particulares*. Los universales son los que succeden no solo en todos los bienes del Testador, sino en sus obligaciones, por lo que se llaman propia y adequadamente herederos. Los particulares son los que succeden solamente en cosa cierta y determinada, v. gr. en tierra, casa, ù otra alhaja raiz, mueble ò semoviente, ò en ciertos y determinados efectos, derechos y acciones: pero estos no son responsables à las obligaciones y cargas del difunto, que son de cuenta del heredero universal, que segun derecho representa en todo al Testador, y es una persona con él.

52 Subdividense los herederos *ex testamento* en *forzosos* y *legítimos*, y *en necesarios* y *voluntarios* (2). Los forzosos son los hijos y descendientes legitimos del Testador. Llámanse *legítimos*, porque nacen segun ley, y disposicion de nuestra Santa Madre la Iglesia, por lo que gozan de todas las honras y bienes de sus padres, y demas ascendientes, y son conocidos y reputados por sus verdaderos hijos (3); y *forzosos*, porque sus ascendientes mas cercanos deben instituirlos precisamente por sus herederos, no habiendo causa legitima para exheredarlos, pues no instituyéndolos, podran romper y anular en quanto à la institucion su Testamento por la preterícion. De ellos hay tres clases: unos nacidos y procreados durante matrimonio verdadero, para cuya celebracion no tuvieron sus padres impedimento canónico. Otros, que aunque han nacido, y sido engendrados constante él, resultó despues entre sus padres algun impedimento que ignoraban ambos,

(1) Princip. Instit. de Hæred. quæ ab intest. Ferraris, Biblioth. verb. Hæres. n. 2. (2) Ley 21. tit. 3. Partid. 6. (3) Prem. y leyes 1. y 2. tit. 13. Partid. 4. 21. tit. 3. Partid. 6. y In suis 21. ff. de Liber. & posthum. §. 2. Instit. de Hæred. qualit.

ò à lo menos uno de ellos. Y otros los que engendran y procrean soltero y soltera libres de impedimento canónico para casarse, aunque sean habidos en sierva, con tal que sus padres se casen despues, porque se legitiman por el subsequente matrimonio, y la sierva queda libre (1).

53 Tambien son legítimos los que nacen de infieles, que despues se convierten à nuestra Santa Religion, aunque estén en el grado prohibido por derecho canónico, porque entre ellos el matrimonio es un mero contrato, y no están sujetos à las leyes Canónicas hasta que se convierten, por no ser miembros de nuestro cuerpo catolico (2). Sus padres deben instituirlos por sus herederos, aunque no estén en su poder al tiempo de la institucion, y les han de succeder no solo *ex testamento*, y *ab intestato*, sino contra testamento, no concurriendo en ellos causa legal para ser exheredados. Sus bienes les pertenecen por derecho natural y positivo, y en ellos tienen quasi dominio, y por fallecimiento de sus ascendientes dominio pleno, en el que continuan por representacion (3). La *ley* 21. *tit.* 3. *Partid.* 6. los llama *propios del Testador*, porque son una persona y una cosa con él.

54 La institucion que los padres han de hacer en sus hijos legítimos, debe ser directa, y no obliqua, ó por fideicomiso. La *directa* es aquella, en virtud de la qual se puede admitir la herencia por derecho civil, o pedir la posesion de los bienes sin ministerio de persona alguna; y la obliqua la que exige el hecho, ò ministerio de otro (4) Con ellos, ni con los demas descendientes legítimos ningun estraño ha de ser establecido por heredero, y si lo fuere, será nula è ineficáz en quanto à él la institucion (5), porque todos los legítimos descendientes deben haber su legítima integra sin condicion, ni gravamen *juræ naturæ* (6), y entre ellos se comprenden los póstumos (7); bien que la institucion de estos es ta-

(1) Leyes 1. tit. 13 Part. 4: 2. y 4 tit. 6. lib. 3. del Fuero Real. Si vicinis 9. Cod. de Nupt. v Filium 6. ff. Qui sunt sui, vel alien. jur. cap. Consuestus 1. Cum inter virum 2. Tanta est 6 Referente 10. Perveniò 11. y 13. tit. 10. lib. 12. Qui filii sint legitimi. (2) Cap Gaudemus 15 Qui filii sint legitimi. (3 Ley In suis hæredibus 11. ff. de Liberis, & posthum. hæredib. Instit. (4) Rebuf. in leg. fin. Cod. de Sacrosanct. Eccles. n. 12 ad 14. Gl. in leg. Centurio, ff de Vulgar. (5 Leyes Hac constitucione 21. al fin. Cod. de Testam. 7 y 17. tit. 1. Partid. 6. y 1. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real, cap. Raymundus 16. de Testam. 6 Leyes 15. al fin. tit. 1. lib. 5. y 7. tit. 11. y 11. tit. 4. Part. 6. (7) Ley Placuit 4. ff. de Liber. & posthum.

citamente condicional, y se entiende para el tiempo de su nacimiento (1). Verificado este, se les dan todos los remedios posesorios de Tenuta y restitucion *in integrum*; acerca de lo qual vease à *Lara de Vita hominis* cap. 2. à los que cita.

55 *Posthumos* son llamados los que nacen despues del fallecimiento de sus padres (2), por cuya razon dice el derecho (3) que el que dexa à su muger en cinta, no muere sin hijos, y siendo sus madres libres, y no siervas, ò aun quando sean siervas al tiempo de su nacimiento, si al de su concepcion eran libres, no solo se tendrán por libres, sino que gozarán, y les competirán todos los privilegios que à los nacidos. Lo mismo sucederá, si quando los conciben son siervas, y al tiempo de parirlos están manumitidas (4), porque el hijo sigue la condicion de su madre, excepto en quanto á los honores civiles, que sigue la de su padre, si nace despues que los obtuvo, y no antes (5). Para que se tengan por legítimos, es preciso que los pára su madre à lo mas à los 10 meses despues de la muerte de su marido, y que à este tiempo viva en su compañía, pues si nacen aunque no sea sino un dia entrado en el onceno mes, no se reputarán por legítimos, pero sí, naciendo dentro de los siete (6), ò de los nueve, que es lo comun; bien que suele haber partos verdaderos de 11 meses, lo que pocas veces sucede: vease acerca de este punto à *Lara de Vita homin. cap.* 10.

56 Para poder heredar los descendientes legítimos à sus ascendientes, y llamarse naturalmente nacidos, y no abortivos, han de nacer vivos enteramente, y vivir despues 24 horas naturales à lo menos, ser bautizados antes de morir, aunque sea por la comadre que les echa agua de socorro, y tener figura de racionalés, aun quando sus miembros sean deformes por la pequeñez, ò magnitud: porque si nacen sin figura racional, v. gr. con cabeza, ò miembro de bestia, ò aunque la tengan, y nazcan vivos, si mueren dentro de las 24 horas, ò no son bautizados antes de morir en caso que las vivan, ò mas, se tendrán por abortivos, y à ningun ascendien-

(1) Lara de Vita homin. cap. 2. num. 4. (2) Ley 20. tit. 1. Partid. 6. (3) Ley 187. ff. de Reg. jur. (4) Ley Et servorum 5. y ley Qui in utero 7. ff. de Statu homin. ley Antiqui, ff. Si pars hæreditatis petat. ley Fœminæ, ff. de Senatorib. §. 2. Institut. de ingenuis. Lara de Vita hominum, cap. 1. n. 1. al 17. (5) Ley 1. tit. 1. lib. 6 Recop. (6) Ley 4 tit. 23. Partid. 4. Lara de Vita homin. cap. 10. Menochio, lib. 2. præs. 52. Sr. Roxas de Incompatibilit. part. 2. cap. 4.

te heredarán, sin embargo de que los instituyan por sus herederos; de modo que para heredar, y poder ser herederos, y que el parto sea habido por legítimo y natural, se han de verificar las tres cosas copulativamente, las que no eran necesarias por derecho comun. Si por la ausencia del marido, ò por razon del tiempo que ha corrido desde que se verificó el casamiento, se prueba en debida forma que han nacido fuera de aquel tiempo que la ley ha fixado para considerarlos legítimos, no heredarán à sus padres, excepto si su madre es concubina de su padre antes de casarse, porque entonces se legitiman por el subsequente matrimonio (1).

57 En estos Reynos de Castilla tienen derecho los descendientes legítimos à todos los bienes de sus ascendientes; pero sin embargo se permite à estos que dispongan del quinto de ellos en vida, ò muerte, con tal que no sea mas que uno en ambos tiempos, segun se prueba de la *ley* 28. *de Toro*, que corrigió las 9. *tit.* 5. *y* 7. *tit.* 12. *lib.* 3 *del Fuero Real*, que les concedian facultad de donar uno en vida, y otro en muerte. De este quinto y no del cuerpo de la hacienda del Testador se han de deducir los gastos de su funeral, Misas, entierro, y legados, teniendo legítimos descendientes, aunque el Testador lo prohiba expresamente, segun se prueba de la *ley* 30 *de Toro*, cuyo contexto es éste ::: *La cera, Misas y gastos del enterramiento se saquen con las otras mandas graciosas del quinto de la hacienda del Testador, y no del cuerpo de la hacienda, aunque el Testador mande lo contrario.* Mas si testa entre estraños, se sacarán del cuerpo del caudal, como lo expone *Ant. Gom.* en la ley inserta, y se practica, á menos que el Testador mande lo contrario, porque la restriccion y prohibicion de ella se entiende solamente entre descendientes legítimos. Si lega el quinto á un hijo natural ò expurio, lo pagarán los herederos estraños, pero no siendo legítimos, y el Legatario del quinto lo llevará íntegro, deduciéndose primero de todo el caudal las deudas que el Testador tenia quando murió, y los legados especificos que hizo, si no dispuso otra cosa (2); pero para evitar dudas y controversias, prevendrá el Escribano al Testador que declare su voluntad, la qual servirá de regla y norte, que gobierne al Contador. Lo propio deben hacer los herederos legítimos, si dexa el usufructo del quinto à su mu-

(1) Gom. en la ley 13. de Toro, n. 4. vers. Quod iterum limita. (2) Ayora, de Partit. part. 2. quæst. 6.

ger, ò à otro extraño, y à ellos la propiedad, pues como su usufructo no equivale à ésta, si grava al usufructuario con la satisfaccion de dichos gastos, y vive poco tiempo, tendrá que suplirlos de su propio caudal, y en vez de ser beneficiado, será perjudicado (1).

58 Pero si el Testador tiene cinco ò mas descendientes legítimos, y dexa el quinto por su alma, ò à favor de algun hijo ilegítimo, ò de otra persona, quedan éstos reducidos à peor condicion, debiendo ser privilegiados, porque percibirán menor porcion de herencia que lo que importa el quinto, v. gr. en este caso: Un padre tiene cinco hijos, y 5@ pesos que dexarles. Si manda distribuir los 1@ pesos como quinto íntegro de sus bienes, no quedan mas que 4@ para sus hijos: tocarán únicamente à cada uno 12@ reales, y serán gravados en 3@, que es el exceso del quinto, lo qual es contrario à la ley 28 de Toro, que reformando las dos del Fuero Real, que permitian al Testador disponer de mas de un quinto, se propuso el fin principal de evitar el gravámen que resultaria à los hijos y descendientes legítimos con semejante permision. En efecto, no quiso que cada uno de los descendientes legítimos heredase menor cantidad, que la que en su totalidad importase el quinto. Hay sobre esto variedad de opiniones (2), y suelen suscitarse dudas y litigios, pero yo siempre estaré por la libertad del padre, por las razones que expongo en el cap. 1. lib. 2. de mi segunda parte adicionada, pues el que usa de su derecho, à nadie injuria. El Escribano para evitarlos, enterará al Testador de ellas, y con su órden estenderá la cláusula en esta forma: *Mando que mis bienes se dividan en seis partes iguales, de las quales una se tendrá por quinto íntegro, y de ella se harán las deducciones que previene la* ley 30 de Toro, *hasta en donde alcance, y no mas, y las cinco restantes se aplicarán à mis cinco hijos con igualdad.* Si mas hijos tuviere, mandará que se dividan en mas partes, y que la una se tenga por quinto.

59 Ayora, *de Partitionib. part.* 2. *quæst.* 1. dice, que el padre dexando à su muger en cinta, y no teniendo hijos vivos, puede

(1) Bayo, prax. Eccles. part. 3. lib. 2. quæst. 21. num. 1. y sig. (2) Gutier. lib. 2. pract. quæst. 107. Gom. y Tello Fernandez, en las leyes 9. y 10. de Toro. Acevedo, en la 1. tit. 8. lib. 5. Recop. num. 30. Escobar, computat. 3. per tot.

disponer de la quarta parte de sus bienes en perjuicio del póstumo, y se funda en que éste al tiempo de la disposicion y muerte de su padre no tiene adquirido derecho à ellos; cuya doctrina es falsa y diametralmente opuesta al espíritu de la *ley* 28. *de Toro*, y por lo mismo no debe seguirse. Si fuera verdadera, no solo podria disponer de la quarta, sino de todos los bienes, porque milita la misma razon para lo uno que para lo otro (1). Solo en Ciudad Rodrigo y su Obispado se permite à marido y muger que se leguen la quarta parte de sus bienes, aunque tengan hijos legítimos; y vale, segun afirma *Gutierrez*, porque es costumbre inconcusa, y generalmente observada. El Escribano tendrá presente todo esto para instruir al Testador como corresponde.

60 Quando los hijos heredan à sus padres y demas ascendientes, están obligados, ò sus herederos, à traer à colacion y particion la dote, la donacion *propter nuptias*, y todas las demas donaciones que estos les hicieron de sus propios bienes. Si quieren apartarse de la herencia, pueden hacerlo, à menos que la dote à donacion sea inoficiosa, (llamase inoficiosa, quando excede de la legítima y mejora de tercio y quinto) que en este caso se ha de dividir el exceso entre los coherederos (2); lo qual no procede en quanto à la mejora para con las hijas, porque no pueden ser mejoradas en contrato entre vivos por razon de dote, ni casamiento; y asi deberán recibirlo todo en cuenta de sus legítimas, y si excede, restituir el sobrante à los coherederos, excepto que por ultima disposicion se las haya mejorado; pero si alguno dá à otro dote ò arras para que case à su hija, y éste se las entrega, no se la debe contar en parte de legítima, por no ser del patrimonio de sus padres, ni ellas traerlas à colacion y particion con sus hermanos (3). Lo propio milita siendo donacion hecha por el Rey à un hijo ò hija por los méritos de su padre; sobre lo qual he visto sentencia dada por uno de los Tenientes de Corregidor de esta Villa en 23 de Febrero de 1769, por el Oficio de Don Manuel Gomez Guerrero en el pleito seguido por los herederos de Don Cárlos Gomez, con Don Luis Alvarez Castañon sobre dos consignaciones de cinco reales vitalicios hechas à la muger de éste, y à una hermana

(1) Leyes Illud 32. ff. ad leg. Aquil. y Titia 134. al fin, ff. de Verb. obligat. (2) Ley 29. de Toro, que es la 3. tit. 8. lib. 5. Recop. (3) Ley 6. tit. 15. Partid. 6.

suya por los méritos del Don Cárlos su padre, en la que se declaró no deber ser colacionables las diez anatas de los cinco reales que su Magestad les habia asignado, y se confirmó por el Consejo en 16 de Marzo siguiente.

61 Los nietos que nada heredaron de sus padres muertos, no deben traer à colacion con sus tios carnales lo que sus abuelos dieron à sus padres en cuenta de sus legítimas, y estos consumieron, porque la obligacion de colacionar es gravámen personal que debe sufrir únicamente el que recibe, por haber tenido la utilidad. Es verdad que representan à sus padres; pero la representacion es una ficcion del derecho positivo, que se dirige solamente à que en quanto à la parte ò qüota que han de percibir, ocupen el lugar de su padre, constituyan entre todos una persona sola, y no cada uno la suya, y sucedan *in stirpes*, y no *in capita*; mas no para heredar, pues para esto vienen por su propio derecho, porque son herederos forzosos de sus abuelos segun la *ley* 6. *de Toro*, como estos de ellos. El *Sr. Salg. Labir. cred. part.* 2. *cap.* 25. toca algo de esta especie, y promueve la qüestion de, si habiendo hecho sus padres concurso de acreedores, estarán obligados à traer despues de su muerte al mismo concurso los bienes que estos, si vivieran, habian de heredar de los suyos, y aumentarian à él como hipotecados por la obligacion general à la responsabilidad de sus créditos, à no haber fallecido antes, y la resuelve negativamente, y asi lo he visto practicar algunas veces. Acerca de este punto trataré con mas extension en el juicio de particiones.

62 En quanto à la sucesion de los ascendientes à sus descendientes se trató poco entre los Romanos. La patria potestad era perpetua, y por esta razon solo podia verificarse suceder el padre à su hijo estando éste emancipado. Las emancipaciones se hacian reservandose el padre los derechos de Patrono, uno de los quales era la herencia, y asi sucedia à sus hijos en sus bienes muriendo intestados sin descendientes. Nuestras leyes Reales comprehenden igualmente en la clase de herederos legítimos y forzosos à los ascendientes legítimos, à los quales sus descendientes no teniendolos legítimos, ni otros que hayan derecho de heredarlos, deben instituir por sus herederos, y lo son *ex testamento* y *ab intestato*, segun *la ley* 6. *de Toro*, que es la 1. *tit.* 8. *lib.* 5. *Recop.* y dice en su primera parte ::: *Los ascendientes legítimos por su órden y linea derecha sucedan ex testamento, & ab*

intestato à sus descendientes, y les sean legítimos herederos, como lo son los descendientes à ellos en todos sus bienes de qualquier calidad que sean, en caso que los dichos descendientes no tengan hijos, ò descendientes legítimos, ò que hayan derecho de heredarlos::: y en fuerza de la expresion genérica: *de qualquier calidad que sean*::: no solo deben sucederles en sus bienes *adventicios*, sino en los *profecticios*, *castrenses* y *quasicastrenses*, y en los que el hijo ordenado *in sacris* gana *intuitu Ecclesiæ*, como se dispone en la ley 13. tit. 8. lib. 5. cuya sucesion debe entenderse, no solo *ex testamento*, sino *ab intestato* segun costumbre. Los que han derecho de heredar à los descendientes legítimos, no teniendolos estos, son el hijo natural legitimado por el subsequente matrimonio, el expurio por rescripto del Príncipe, y el substituto pupilar (*a*), los quales excluyen à los ascendientes legítimos de la sucesion de los bienes de sus descendientes (1); bien que acerca de su exclusion por el substituto pupilar, vease lo que explicaré tratando de esta materia. Pero la legitimidad de los ascendientes, no se ha de entender con respecto à su propia persona, sino à las de los descendientes à quienes han de heredar (2); y asi importa poco que el padre sea natural, ò expurio, si el hijo es legitimo, que es lo que se requiere para que le herede.

63 Los herederos *necesarios* eran por derecho Comun y de las Partidas los siervos del Testador, que instituía por tales, y se llamaban asi, porque una vez establecidos, estaban obligados aunque no quisiesen à admitir la herencia de su Señor, y pagar no solo de los bienes de éste, sino de los suyos propios adquiridos antes, ò despues de su muerte, las mandas, y deudas que dexase, quedando libres en virtud de esta institucion (3). Hoy no se conoce en España esta clase de herederos establecida en los tiempos que por las leyes estaba tan autorizada la servidumbre, pero me ha parecido hacer mencion de ellos, para que el Escribano tenga una idea de la disposiciones antiguas en esta materia. Los herederos *voluntarios*, ò *estraños* son todos los que propialmente no estan comprehendidos en la linea derecha de descendientes y ascendientes, à los quales se

(1) Gom. en la ley 6. de Toro, num. 10. y Tello Fernandez, n. 66. Matienz. en la 1. tit. 8. glos. 6. y en la 11. tit. 6. glos. 5. lib. 5. Recop. Avendañ. en dicha ley 6. glos. 9. (2) Tello en la ley 6. de Toro, n. 6. Matienz. en la 1. tit. 8. lib. 5 Recop. glos. 1. n 1. al 3. (3) Leyes Cogi 16. ff. ad Trebelian. y 21. tit. 3. Partid. 6. (*a*) Nota 23.

dán estos nombres, porque aunque sean parientes del Testador, no tienen derecho alguno à sus bienes *ex testamento*, ni por la preterícion les compete la querella de inoficioso. Solo corresponde esta accion à sus hermanos quando instituyó por sus herederos à personas de *mala vida*, ò *infames* de hecho, ò de derecho (1), como mugeres mundanas, ladrones, falsarios, expurios (*a*), Clérigos continuamente amancebados, borrachos, jugadores, usureros manifiestos, y otros que refieren los AA. (2), cuya designacion es arbitraria en el Juez; pero aunque las instituya, si sus hermanos maquinaron contra su vida, ò le acusaron criminalmente à muerte ò perdimiento de miembro, ò le hicieron perder la mayor parte de sus bienes, ò aunque no los perdiese no quedó por ellos, no pueden intentar la querella, antes bien perderán la herencia, si murió abintestato (3).

64 Para que los herederos forzosos puedan heredar al Testador, basta que no tengan impedimento legal al tiempo de su muerte, aunque al de la institucion lo hubiesen tenido. Los necesarios debian de carecer de él, asi al de la institucion, como al de su fallecimiento. Pero los estraños deben estar libres, è indemnes de él en tres tiempos; el primero, quando son instituídos: el segundo, quando muere el Testador: y el tercero, quando se otorgan por herederos, y aceptan la herencia, pues si en alguno de ellos lo tienen, no la llevarán, antes bien entrará en ella el substituto, ù otro que con ellos sea instituido, à quien se acrecerá; y si ninguno de estos hubiere, pasará á los parientes mas cercanos del Testador (3).

65 Aunque los ascendientes legítimos son herederos forzosos de sus legítimos descendientes, pueden estos no obstante que existan baxo del paternal dominio, disponer por contrato entre vivos, ò en última voluntad sin licencia de aquellos del tercio de todos los bienes que les pertenecen y poseen, sino tienen hijos, ù otros descendientes legítimos, lo qual se prueba de la misma *ley 6. de Toro*, cuya segunda parte dice: *Pero bien permitimos que no embargante que tengan los dichos ascendientes, que en la tercera parte*

(1) Ley 12. tit. 7. Partid. 6. (2) Gom. en la ley 9. de Toro, num. 21. Sr. Castillo, lib. 2. cap. 19. num. 18. y sig. Michalor. de Fractr. cap. 2. n. 3. 41. y 52 part. 3. Surd. lib. 3. Cons. 135. num. 55. Canon Si gens, dist. 56. cap Ut clericum, de vita, & honest. cleric. (3) Dicha ley 12. tit. 7 Part. 6. al fin. (4) Ley 22. tit. 3. Part. 6. veanse las dos limitaciones que trae el Señor Gregorio Lop. en ella, verb. Temporales. (*a*) Nota 24.

de sus bienes puedan disponer los dichos descendientes en su vida, ò hacer qualquiera última voluntad por su alma, ò en otra cosa qual quisieren, lo qual mandamos que se guarde, salvo en las Ciudades, Villas, y Lugares, do segun el fuero de la tierra se acostumbran tornar los bienes al tronco, ò la raiz, à la raiz. Asimismo pueden gravarlo, è imponer en él las posibles y honestas condiciones que les parezca, legandolo, ò no à alguno de sus ascendientes, al modo que estos tienen facultad de gravar el quinto, y à su Legatario, por la propia razon. Esta ley es correctoria de la 1. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real en quanto dispone: *que si el hijo no tubiere descendientes legítimos, ni otros hijos que tengan derecho de heredarle, pueda hacer de sus bienes lo que quisiere, de suerte que el Rey no pierda lo suyo, y no se lo pueda embargar padre ni madre, ni otro pariente.* Y aunque algunos AA. fundados en ella, y en la 9. del mismo tit. y lib. que dice: *que si marido y muger hicieren hermandad de bienes despues de el año de casados, valga la hermandad, no teniendo hijos;* afirman que si hicieren pacto de succederse los conyuges muriendo sin legítimos descendientes, valdrá el pacto, y no podrán anularlo, ni reclamarlo el padre, ni la madre del difunto, no me parece acertada sin embargo esta opinion. Lo primero, porque el nombre de heredero es un honor (1), y los hijos deben dar este y otros honores à sus padres, como se lo manda Dios en muchos lugares de la Escritura. Si les privasen por este medio de la herencia, lejos de honrarlos, se les exheredaba, è injuriaba sin causa. Lo segundo, porque se graduaria como donacion entre marido y muger, ò de pacto *ad invicem succedendo*, que por derecho están reprobados. Esta hermandad, y comunicacion de bienes sola valen en dos casos que explicaré en su lugar. Y lo tercero, porque las leyes de los Fueros tienen fuerza de tales solamente en donde son usadas, y guardadas, como lo ordena la 1. de Toro.

66 De esta legal disposicion nacen dos dudas: una si los gastos del funeral, y entierro del Testador se han de sacar del tercio ò del cuerpo de bienes: y otra, si el hijo que está baxo de la patria potestad, puede disponer del usufruto del tercio de sus bienes adventicios, al modo que de la propiedad, ò ha de quedar reservado para su padre durante su vida. Acerca de la primera dicen

(1) Ley Filium, 5. §. Si legata, ff. de Legat. præstand. Montalv. en la ley 1. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real, verb. Padre, ni madre.

unos que deben deducirse del tercio por las mismas razones que del quinto, habiendo descendientes, y que solo se deben entregar las otras dos partes á los ascendientes como legítima suya sin descuento, ni gravamen; de cuya opinion son Castillo, Gutierrez, Angulo, Matienzo, y otros varios. (1) Otros defienden que se han de bajar del cuerpo de caudal, porque el entierro, y lo anexo á él es deuda que el hombre contrae por el mismo hecho de nacer, á cuya solucion están sujetos, y responsables todos sus bienes sin distincion, y que el residuo debe dividirse entre el ascendiente, y el legatario del tercio: de este dictámen es *Garcia de expensis cap. 8. num. 49. y 50.* y añade que Castillo se retrata del suyo.

67 Para saber qual de las dos opiniones debe seguirse, es preciso explicar qué se entiende por funeral, ó qué gastos de los que ocasiona la muerte de los hombres, se comprehenden en él; y digo que por funeral se entiende el habito en que se amortaja el cadaver; la cera que se gasta en la casa del difunto mientras está de cuerpo presente, y en la Iglesia ínterin se canta la Vigilia y Misa; la limosna de éstas, y su responso; los clamores, la sepultura, el atahud, la conduccion del cadaver á la Iglesia, el velarlo, y amortajarlo, y algunas otras cosas necesarias, sin las quales no puede hacerse el entierro. Estos gastos son privilegiados á qualesquiera deudas del Testador, mas siendo excesivos, se han de moderar por el Juez de su domicilio, atendida su calidad, y haberes (2); pero no se incluyen en el nombre de funeral los lutos, y asi cada heredero pagará el suyo de su parte de herencia, porque cede en su privativa utilidad, y no en la de el legatario del quinto, ni tercio (3). Tampoco se incluyen las expensas de la ultima enfermedad hechas en medicinas, Medico, Cirujano, alimento, &c. porque quando el enfermo murió, ya las tenia hechas, y no se contraxeron con motivo de su muerte, por lo que se deducirán del cuerpo de bienes como otros qualesquiera debitos contrahidos por el Testador durante su vida; bien que aunque no son funerarias, se graduarán despues de las que lo sean, y los interesados en ellas se preferirán á todos los

(1) Castillo en la ley 6. de Toro, verb. Por su alma. Gut. repet. Leg. Nemo potest, num. 93. y lib. 2. pract. quæst 71. Angulo de Melior. en la ley 13. tit. 6. lib. 5. Recop. glos. 3. num. 2. Matienzo en la 1. tit. 8. lib. 5. Recop. glos. 8. n. 2. (2) Leyes Et si quis 14. §. 3. 4. y 6. y Funeris sumptus 37. ff. de Religios. & sumptib. funer. 12. tit. 13. Part. 1. y 30. al fin. tit. 13. Part. 5. (3) Ayora de Partit. part. 2. quæst. 12. Tello Fernand. en la ley 30. de Toro

demas acreedores sin embargo de su anterioridad, y privilegio (1); de lo qual trataré mas latamente en el lib. 3. de mi segunda parte.

68 Esto supuesto, los gastos del funeral y entierro deben deducirse del cuerpo de bienes, porque no hablando la ley 30 de Toro sino del quinto, debe estarse à lo literal de sus palabras. Si la ley hubiera querido gravar el tercio con semejantes gastos, lo hubiera expresado. Por otra parte merece mucha consideracion la diferencia que hay entre la legítima de los descendientes, y la de los ascendientes. La primera es de derecho de naturaleza, y la segunda de derecho positivo. Las relaciones que median entre unos y otros son tambien muy diversas. Los ascendientes no gozan del derecho de representacion porque repugna à la naturaleza, ni entre ellos ha lugar la colacion, ni otras cosas que pertenecen propiamente à los descendientes (2). De aqui se infiere, que siendo la legítima de éstos mas privilegiada que la de aquellos, debe quedar siempre libre, quando la otra que no es de derecho natural puede ser gravada con un gasto que la ley, segun se reconoce por su silencio, no quiso cargar sobre la parte de bienes de que permitió disponer à los descendientes que estuvieren baxo la patria potestad. Fuera de esto, los referidos gastos son una deuda natural, que de justicia se paga à la Iglesia por dar sepultura al cadaver; y como no se llama herencia sino lo que queda despues de satisfechas las deudas, de aqui se sigue, que asi como no puede negarse que los bienes del difunto son responsables à los gastos de su entierro, asi tambien es indubitable que no habrá herencia hasta que esten satisfechos todos los que en él ocurran.

69 Hay otra razon bastante poderosa, en que se funda mi modo de pensar, y es el mayor derecho que tiene la Iglesia à percibir los gastos del entierro, respecto de los acreedores convencionales; y como los créditos de éstos se pagan del cuerpo de bienes, y no del tercio, síguese que tambien aquellos gastos deben salir del mismo cuerpo, y no del tercio, fuera de que la Iglesia tiene por derecho (3)

(1) Acosta de Privileg. cred. reg. 2. ampliat. 1. n. 20. y 21. Ayora de Partit. part. 2. quæst. 12. (2) Leyes Scripto 7. versic. fin. ff. Unde liberi y Nam & si parentib. 15. ff. de Inofficios. Testam. Matienz en la ley 1. tit 8. lib. 5. Recop. glos. 3 n. 11. al 15. (3) Leyes 12. tit. 13. Partid. 1. 30. al fin. tit. 13. Partid 5. penult. ff. de Religios. & sumptib. funer. y fin §. In computatione 9. Cod. de Jure deliberandi, y §. fin. Institut. de lege Falcidia.

la preferencia sobre todos los acreedores de qualquier naturaleza que sean para ser pagada. Pero las Misas, legados, y todo lo demas que el Testador disponga, se han de deducir del tercio, porque estos gastos son voluntarios, y los del entierro forzosos, y de derecho público: y asi aunque el Testador prohiba que se le entierre, ò se paguen, no será obedecido. La *ley 6. de Toro* le permite disponer del tercio por su alma, ò en lo que quisiere, y respecto que usa de ella, debe observarse su disposicion, aunque mande lo contrario. De no hacerse asi, se infringiria la ley, se daria al Testador mas potestad que la que ésta le concede, y se equipararian los gastos del entierro, de que la ley no trata, con los de las Misas y legados, en que le da facultad para invertir el tercio expresamente.

70 En quanto á la segunda duda estan discordes tambien los pareceres de los AA. Unos fundados en estas palabras de la ley 6 de Toro: *En la tercera parte de sus bienes puedan disponer los dichos descendientes*, afirman que el descendiente puede disponer en propiedad y usufruto de sus bienes adventicios, porque el Testamento no adquiere fuerza hasta que se verifica la muerte del Testador, y entonces se consolida el usufruto con la propiedad, sale el hijo de la patria potestad, que es la que le da al padre el usufruto de sus bienes con obligacion de alimentarlo, y educarlo. Cesando ésta, debe cesar el usufruto, pues teniendo para testar la edad que prescribe el derecho (1), no necesita de la licencia paterna, que por el mismo hecho le confiere la ley, y el padre no podrá disponer del usufruto si fallece antes que su hijo, à causa de no tener dominio en él. De esta opinion son *Gomez y Colon* (2), y en práctica lo he visto asi.

71 Los que siguen la contraria, dicen que el usufruto ha de quedar reservado al padre durante su vida, que sin su licencia no puede el hijo disponer de él; y que para que pueda, es buena advertencia, que se la conceda amplia para todos, y qualesquier Testamentos, porque de lo contrario no podrá revocar el primero, ni ordenar otro, y si lo hace, será nulo, y el primero firme. Las razones en que se fundan son las siguientes. Que aquella comision, y facultad se entiende únicamente para el primer acto: Que la *ley 6.*

(1) Ley 4. tit. 4. lib. 5. Recop. (2) Gom. en la ley 6. de Toro, num. 12. Colon en su instruc. jurid. lib. 2. cap. 8. num. 3.

de Toro no favorece tanto á los hijos, mayormente no habiendose expresado como no se expresó en ella, y que supuesto este silencio, debe ceñirse à la disposicion del derecho comun, que dice: *que el padre goce el usufruto por los dias de su vida*: De este dictámen es Siguenza (1), citando en su apoyo diferentes AA. de la mayor nota.

72 Lo cierto es, que el hijo estando baxo de la patria potestad, no tiene dominio en el usufruto, segun la *ley 5. tit. 17. Partid. 4* ::: *Ca de las ganancias*, dice, *que ficiese el fijo por qualquier de estas maneras, que non saliesen de los bienes del padre nin de su abuelo, debe ser la propiedad del fijo que las ganó, è el usufruto del padre en su vida, por razon del poderío que ha sobre el fijo.* Infierese pues de estas palabras, que si no es dueño de él, no podrá disponer ni aun por Testamento à beneficio de otro en perjuicio de su padre, pues si no vale la enagenacion que hace por contrato entre vivos, aunque sea únicamente por la vida del cesionario, tampoco debe valer por Testamento, ni entenderse incluido en el tercio de sus bienes, de que habla la *ley 6. de Toro*. Dícese que el hijo por su muerte sale de la patria potestad. Este es un error, porque ya no existe. Para decir propiamente que sale un hijo de la patria potestad, es indispensable que exista y que pase à otro estado, ò bien por emancipacion, por casamiento, ò por tener la edad que ha fixado la ley para hacerlo libre. Entonces adquiere en la Sociedad una consideracion que no tenia. Es un Ciudadano independiente de su padre que se ha hecho capáz como él de usar de su persona y de sus bienes de la manera que mas le convenga, excepto en aquellos casos en que la ley ha querido conservar el dominio paternal, à fin de que los hijos no se hagan tan suyos que desconozcan la autoridad de la persona à quien deben su exîstencia. En vista de estas razones, parece no queda duda en que el hijo está incapaz, é inhabil de disponer del usufruto.

73 Sin embargo, atendiendo à que la *ley 5. de Toro*, (que es *la 4. tit. 4. lib. 5. Recop.* posterior à la de Partida) hace al hijo *sui juris*, para que pueda testar teniendo la respectiva edad de 12, ò 14 años, aunque esté baxo de la patria potestad, del mismo modo que si estuviera fuera de ella, como se prueba de su contexto ::: *El hijo, ò hija que está en poder de su padre, seyendo de edad legí-*

(1) Siguenza de Clausulas lib. 2. cap. 1. num. 17. 18. y 19.

tima para hacer Testamento, pueda hacer Testamento, como si estuviese fuera de su poder, à que la de Partida fue establecida en tiempo que los hijos no se eximían del poder de sus padres, aun estando casados y velados, y que de consiguiente no podian testar; soy de sentir que puede disponer en propiedad y usufructo del tercio de todos sus bienes, pues lo acesorio sigue lo principal, y asi se practica.

74 Por lo que hace à los bienes *castrenses*, que son los que adquiere en la Corte sirviendo al Rey, ò en la guerra; y à los *quasi castrenses*, que son los que ganan los Maestros de qualquiera ciencia, los Jueces, Abogados, Escribanos del Rey, y otros semejantes, por razon de sus oficios, como tambien toda donacion de heredad, ù otra cosa que el Rey, ù otro gran Señor les hace, podia disponer libremente en propiedad y usufructo, segun la *ley 6 tit. 17. Partid. 4.* Estas son sus palabras ::: *E aun porque tales ganancias como estas facen los omes con gran trabajo, è con gran peligro, è porque las facen en tan nobles lugares, por ende son quitamente de los que las ganaron, è son mas franqueadas que las otras ganancias: cá los dueños de ellas pueden facer de estos bienes à tales lo que quisieren, è non han derecho en ellas, nin gelas pueden embargar padre, nin hermano, nin otro pariente que hayan.* La ley 7. siguiente que habla de los quasi castrenses, dice al fin ::: *Cá tales ganancias como estas son quitamente de aquellos que las ficieron, asi como de suso diximos.* Pero despues estableciendose por la ley 6 de Toro el órden de sucesion de los ascendientes legitimos à sus descendientes, se declaró debian sucederles en todos sus bienes de qualquier naturaleza que fuesen, y permitia à los descendientes que pudiesen disponer de la tercera parte por su alma, ò en otra cosa qual quisieren. De consiguiente no teniendo hijos descendientes legitimos que hayan derecho de les heredar, no pueden testar ni disponer hoy mas que en el tercio. Esto mismo se confirmó en el art. 17. trat. 8. tit. 11. de las Ordenanzas Militares impresas en 1768. *Todo Militar*, dice, *podrá testar sin licencia de su padre de los bienes castrenses, no solo estando en campaña, sino fuera de ella, y aun en la casa de su propio padre al tiempo de otorgar el Testamento; con advertencia de que nunca pueda perjudicar al heredero forzoso, dexando à otro los bienes castrenses, excepto el tercio de ellos, de que puede disponer à favor de quien quisiere en perjuicio de sus padres y demas ascendien-*

tes, ò el quinto en perjuicio de sus hijos y otros descendientes. Vease acerca de este punto al Señor Gregorio Lopez en la citada ley 6. tit. 17. Part. 4. glosa 8. versic. *Hodie* hasta el fin.

75 Si los descendientes legan el tercio de sus bienes à alguno de sus ascendientes, pueden consignarlo en cosa cierta y determinada. *Antonio Gomez*, en la *ley* 19. *de Toro*, *num.* 3. No asi legandolo à estraños, para no gravar la legítima de los ascendientes, consistente en las dos terceras partes en que suceden, como se gravaria si tuviesen libertad de escoger una parte de sus bienes en favor de la persona à quien legasen el tercio.

76 Están persuadidos algunos Escribanos que el Legatario del tercio, aunque sea estraño, es heredero del descendiente igualmente que su ascendiente, y baxo este concepto ordenan la cláusula de institucion, nombrando à ambos por sus herederos en su respectivo haber en esta forma: *Instituyo por mis herederos à Pedro mi padre en las dos terceras partes, y à Juan mi criado en la otra tercera de todos mis bienes, para que los hayan y hereden*, &c. pero no solo es un error hacer la institucion en estos términos, sino llamarle heredero al Legatario. Lo primero, porque con los ascendientes y descendientes legítimos ningun estraño puede ser establecido por heredero, como lo dice la *ley* 7. *tit.* 1. *Partid.* 6. la qual aunque no habla sino de descendientes, se debe estender à los ascendientes, porque la 6. *de Toro* manda que sean sus herederos legítimos, y les sucedan igualmente *ex testamento* y *ab intestato*. Lo segundo, porque si el ascendiente repudiára la herencia, la percibiria íntegra por derecho de acrecer el Legatario como heredero particular, quando segun la ley debe pasar à los demas herederos *ab intestato* del descendiente, estimandose por no hecho el Testamento en el efecto. Y lo tercero, porque si entre Legatarios no hay derecho de acrecer, à menos que el Testador legue à dos ò mas juntos una misma cosa, que entonces si alguno de ellos renuncia su parte, ò muere antes que el Testador, ò acaece otro motivo que le obste su percibo, se acrecerá à los demas (1); con mucha menor razon podrá haberlo entre heredero legítimo, y Legatario estraño. De consiguiente es impropio el nombre de *heredero*, y muy propio y adequado el de *Legatario*. El tercio en este caso es *legado*, y *mejora* entre herederos forzosos instituidos. Con

(1) Ley 33. tit. 9. Partid. 6.

este conocimiento tendrá el Escribano particular cuidado de poner los legados en cláusula separada, no comprehendiendo por ningun caso á los Legatarios baxo el nombre de herederos.

77 Hijos ilegítimos son los que no nacen de matrimonio, celebrado segun las disposiciones del derecho civil y canónico, y por lo mismo no gozan (regularmente hablando) de las honras y bienes de sus padres y demas ascendientes (1). Se dividen en dos clases, á saber: *naturales*, y *expurios*. Los naturales son de condicion menos mala que todos, y por tales son reputados aquellos que nacen de hombre y muger libres; esto es, que al tiempo de su concepcion ó nacimiento podian casarse sin dispensacion, por no estar ligados con impedimento canónico (2), en qualquiera de los dos tiempos. Á estos hijos deben criar y dar alimentos no solo sus padres y madres, sino sus abuelos y demas ascendientes por ambas lineas (3).

78 Para que en el legal concepto se estimen por hijos naturales, debe su padre reconocerlos por tales, en caso que no haya tenido en su casa, ni sido una sola la muger en quien los hubo, porque si la tuvo en ella, ó fue sola, y reconoció uno de ellos, no necesitan los demas ser reconocidos, como se prueba de la *ley* 11. *de Toro*, que es *la* 9. *tit.* 8. *lib.* 5. *Recop.* y dice: *Ordenamos y mandamos que entonces se digan ser los hijos naturales, quando al tiempo que nacieron, ó fueron concebidos, sus padres podian casar con sus madres justamente sin dispensacion, con tanto que el padre lo reconozca por su hijo, puesto que no haya tenido la muger de quien lo hubo en su casa, ni sea una sola; cá concurriendo en el hijo las qualidades susodichas, mandamos que sea hijo natural.* Estos hijos gozan de la hidalguía de sus padres, aunque su madre no la tenga (4); pero en quanto á si se tendrán, ó no por tales, no interviniendo reconocimiento de su padre, si prueban que éste los alimentaba, tenia y llamaba asi, y otras cosas, véase *á Matienzo* en la ley inserta, glos. 3. y 4. (*a*)

79 Careciendo los ascendientes de descendientes legítimos, pueden instituir por sus herederos, y dexar todo lo que quieran

(1) Præem. y leyes 1. y 3. tit. 15. Partid. 4. (2) Sr. Gregor. Lopez en la ley 1. tit. 15. Part. 4. glos. 2. Sr. Covar. de Sponsalib part. 2. cap. 8. § 5. num. 18. Matienz. en la ley 9. tit. 8. lib. 5. Recop. glosa 2. n. 5. 13. Leyes 1. y 2. tit. 15. y 5. tit. 19. Part. 4. y 11. al fin, tit. 13. Partid. 6. Ferraris Biblioth. verb. Filius. (4) Ley 1. tit. 11. Partid. 7. (*a*) Nota 25.

de sus bienes, (aunque tengan legítimos ascendientes) à sus hijos naturales, como expresamente lo ordena la *ley* 10 *de Toro*, que es *la 8. tit. 8. lib. 5. Recop.* en su segunda parte :: *Pero si el tal hijo fuere natural, y el padre no tuviere hijos ò descendientes legítimos, mandamos que el padre le pueda mandar justamente de sus bienes todo lo que quisiere, aunque tenga ascendientes legítimos.* No haciendo mencion de ellos su padre en su Testamento, deben sus herederos darles lo necesario para sus alimentos, regulado por alvedrio de hombres buenos (1). Lo propio sucederá quando muere intestado, y asi no dexando descendientes legítimos, le sucedian segun el derecho de las Partidas en la sexta parte de la herencia, que son dos onzas de doce, ò en lo necesario para alimentarse, que por derecho natural, y equidad conónica se les debe; pero hoy segun la ley 10. de Toro le suceden en el quinto, que es lo que los padres pueden dar en vida, ò dexar en muerte à sus hijos ilegítimos por razon de alimentos en caso que estén obligados à darselos. *Mandamos*, dice la primera parte de esta ley, *que en caso que el padre, ò la madre sea obligado à dar alimentos à alguno de sus hijos ilegítimos en su vida, ò al tiempo de su muerte, que por virtud de la tal obligacion no le pueda mandar mas que la quinta parte de sus bienes, de la que podia disponer por su ánima, y por virtud de los dichos alimentos no sea mas capáz el tal hijo ilegítimo; de la qual parte despues que la tuviere el tal hijo, pueda en su vida, ò en su muerte hacer lo que quisiere.* Aunque no dexe su padre descendientes legítimos, si los tiene legitimados por el Principe, ò adoptivos, le sucederán estos muriendo intestado, y no los naturales, como afirma *Matienzo* en la *ley 9. tit. 8. lib 5. Recop. glos. 1*, à quien en quanto à lo que deberán haber de sus padres los legitimados por el Príncipe, se podrá ver en la 10. del mismo tit.

80 Si la madre no tiene descendientes legítimos, debe heredarla *ex testamento*, y *ab intestato* su hijo natural, aunque tenga legítimos ascendientes, como lo manda la *ley 9. de Toro*, que es *la 7. tit. 8. lib. 5. Recop.* y dice :: *Y en caso que no tenga la muger hijos, ò descendientes legítimos, aunque tenga padre, ò madre, ò ascendientes legítimos, mandamos que el hijo, ò hijos, ò descendientes que tuviere naturales ò expurios, por su órden y grado le*

(1) Ley 8. tit. 13. Partid. 6. Auth. Licet patri. Cod. de Naturalib. liber. Matienzo, en la ley 8. tit. 8. lib. 5. Recop. glos. 1.

sean herederos legítimos ex testamento, y *ab intestato*. Si los hijos naturales son preteridos, ò exheredados por sus madres, se duda si deberán, ò no heredarlas, por no haber decision legal que de ello trate: el que quisiere instruirse, vea à *Gomez* en la ley inserta, *num.* 12. Y por lo respectivo à si tienen derecho contra el Testamento de su padre natural, y son herederos de sus hijos naturales, y éstos de ellos, y los nietos naturales de sus abuelos legítimos ò naturales, en los *números* 4. 7. 9. 10 y 11. à *Matienzo* en dicha ley 9. *glos.* 1. *n.* 3. hasta el fin, y lo que diré en mi segunda parte adicionada, lib. 2.

81 Por ser mútua è igual entre padres è hijos la obligacion de alimentarse, heredarán aquellos de estos, muriendo intestados sin legítimos descendientes, lo mismo que estos pueden heredarlos sin diferencia, porque tienen derecho idéntico contra los bienes de sus hijos ilegítimos, como se prueba de la *ley* 8. *tit.* 13. *Partid.* 6. que dice ::: *Otrosí decimos que en aquella misma manera que él fijo natural puede, è debe heredar à su padre en los bienes de él, è aprovecharse de ellos, asi como sobredicho es, que en esa misma manera puéde heredar el padre en los bienes de tal fijo, è ayudarse de ellos.* Cuya ley no está derogada ni corregida.

82 Los expurios (que generalmente llaman asi à todos los demas ilegítimos, porque nacen y son procreados contra la pureza del derecho natural y divino, y contra razon natural) se dividen en varias clases: unos se llaman *Adulterinos*, ò *Notos*, y son los que nacen de hombre casado, y muger viuda ò soltera (que por otro nombre se llama *Barragana*) ò de ambos respectivamente casados con otros, pues aunque despues se casen, por haber cesado el impedimento que tenian, no se legitiman: ò los de Frayle y Monja profesos, ya sea por coito entre ambos, ò por cada uno con otra persona: ò los de Clérigos ordenados *in Sacris*, que igualmente se nombran *Sacrílegos*, todos los quales son tenidos y reputados por hijos de dañado ayuntamiento, y los de muger casada por de *dañado* y *punible*, porque por él incurre en pena de muerte; ò de parientes dentro del quarto grado canónico sabiendo ambos el impedimento; y à estos dan el nombre de *incestuosos*. A otros llaman *Manceres* ò *mancillados*, los quales son de peor condicion que todos los referidos, porque nacen de mugeres rameras nobles, ò plebeyas prostitutas à todo hombre, por cuya causa se ignora quién es su padre; y à todos está obligada su ma-

dre como conocida á dar alimentos, pudiendo, y necesitandolos (1). Tambien son ilegítimos los que nacen de padres, entre quienes hay impedimento, aunque ambos lo ignoren, si contraxeron matrimonio clandestino prohibido por la Iglesia: y lo mismo sucede aun en el caso que no tengan impedimento, porque el matrimonio clandestino es nulo, y por tal lo declaró el Concilio de Trento (2).

83 Sin embargo de que por el derecho de los Romanos no estaban obligados los padres á dar alimentos á sus hijos expurios nacidos de dañado ayuntamiento (3), no obstante, por el canónico, y por el nuestro en todo conformes con el natural, deben alimentarlos, aunque sean incestuosos y nefarios (4). Lo primero, porque su educacion es de derecho natural (5). Lo segundo, porque la naturaleza es tan comun á ellos como á los legítimos (6). Lo tercero, porque el amor de su padre ácia ellos es natural (7). Y lo quarto, porque por derecho natural, y antes del escrito ninguna diferencia habia entre los legítimos y naturales (8). Por cuyas razones conformandose el nuestro, y tambien el canónico con el natural, impusieron á los padres la precision y obligacion de darles alimentos (9). La misma obligacion compete por equidad canónica á los abuelos y demás ascendientes paternos, en defecto de padres, ó estando indigentes estos, y ricos aquellos (10); bien que el derecho Real los exîme de ella, mas no á los de la madre si pueden, porque es conocida, y el padre no (11).

84 Procede en tanto grado la obligacion referida, que no se puede privar á los hijos expurios del derecho de percibir los ali-

(1) Leyes 1. tit. 15 y 5. tit. 19. Partid. 4. (2) Leyes 3. tit. 3. y 2. tit. 15. Partid. 4. Cap. Cum inhibitio 3. §. Si quis: de Clandest. desponsat. Concil. Trident. Ses. 24. cap. 1. de Reformat. matrimonii. Matienzo, en la ley 1. tit. 1. lib. 5. Recop. glos. 1. n. fin. (3) Authent. Ex complexu, Cod. de incest. nupt. Authent. Licet, al fin, Cod. de natural. liber. y Authent Quibus modis naturales efficiunt. sui. §. penult. collat. 7. (4) Cap. Cum haberet, De eo, qui duxit in matrimon. quam polluit per adulter y leyes 1. y 2. tit. 19. Partid. 4. (5) Ley 1. §. Jus naturale, ff. de Justit & jur. ley 2. tit. 1. Part. 1. y Cap. Jus naturale, distinct. 1. (6) Ley Hos accusare, §. Omnibus, ff. de Accusat. y ley Quisquis, Cod ad leg. Jul Majestat. (7) Abb in cap. Cum haberet, cit. n. 5. (8) Auth. Quibus modis naturales efficiant. legitimi, §. Si quis vero, vers. Liceas, collat. 6. y Auth. Quibus modis naturales efficiunt. sui, vers. Natura. (9) Hostiens. in fin Botr. n. 11. in cap. Cum haberet, cit. Sr. Covar. de Sponsal. part. 2. cap. 8. §. 6. num. 2. Matienz. en la ley 8. tit. 8. lib. 5. Recop. glos. 1. n. 1. al 4 (10) Matienz. ibi. n. 23. (11) Ley 5. tit. 19. Partid. 4.

mentos por pacto, costumbre, ley municipal, ni por expresa prohibicion del Testador; bien que si el pacto es jurado, y le renuncian, se les deberán dar en el solo caso de que no puedan vivir de otra suerte, y perezcan de necesidad sino se les contribuye con ellos; en cuyo unico caso podrán reclamar la renuncia, y transacion (1). Este derecho tiene dos limitaciones: primera, quando concurren de parte de los hijos las causas que para exheredar á los legítimos prescriben las leyes, pues entonces podrá su padre denegar los alimentos á los ilegítimos, y mucho mas si su ingratitud para con él los constituye reos de muerte (2). Segunda, quando los hijos tienen de que vivir, ó se pueden mantener con su arte, oficio, ó industria sin desdoro de sus personas, en cuyo caso no está obligado su padre á darselos (3), porque falta la indigencia, que es la causa impulsiva de su concesion.

35 No se circunscribe, ni es peculiar, y privativa del padre solamente la obligacion de alimentar á sus hijos expurios, antes bien se amplía y estiende á los herederos de éste (4). Lo mismo procede quando los alimentos se deben por disposicion de alguno, ya sea en contrato, ó en última voluntad; pues la carga de alimentar pasa á los herederos de aquel que se obligó (5), aunque lo sea el Fisco por tácito fideicomiso, ó por otra causa, ó el donatario de todos los bienes; mas no al comprador privado, ni al que obtuvo los bienes de aquel por otro qualquiera contrato (6).

36 Si los hijos expurios no lo son de Clérigo de Orden Sacro, ó de Frayle, Freyle ó Monja profesos, les compete *ex testamento*, y *ab intestato* el derecho al quinto de los bienes de su padre, ó madre que los tienen legítimos, con el qual satisfacen la obligacion de alimentarlos que les impuso naturaleza. De este quinto una vez que lo perciban, tienen facultad de disponer á su arbitrio, segun lo ordena la ley 10. de Toro, que es la 8. tit. 8. lib. 5. Recop. excepto en tres casos. El primero, quando de la tácita ó expresa voluntad del Testador se colige que no quiso que el quin-

(1) Matienz. ibi, n. 24. al 27. y otros que cita. (2) Ley 2. tit. 19. Partid. 4. Acurs. in leg. Si quis à liberis, §. Idem judex, ff. de Liber. agnoscend. Matienz. ibi. n. 28. y 29. Sr. Covar. de Sponsal. dicho §. 6. al fin. (3) Ley Si quis à liberis, cit. §. Sed si filius; y ley fin. §. Ipsum autem filium, Cod. de Bonis, quæ liberis. Matienz. ibi. n. 16. y 17. (4) Authent. Licet, Cod. de Natural liber. & ibi. Bart. Bald. & D. D. Gom. en la ley 9. de Toro, n. 39. Sr. Covar. ibi n. 14. (5) Ley Libertis quos, §. 1. ff. de Aliment. & cibar. legat. Gom. ibi. al fin. (6) Matienz. ibi n. 19. al 22. Sr. Covar. dicho n. 14.

to pasase à los herederos de su hijo expurio. El segundo, quando le hace algun legado annuo que con su vida espira. Y el tercero, quando le obliga à que despues de su muerte restituya à otro los bienes que le dexa por via de alimentos, pues en este caso debe restituirle el exceso à estos, y no mas (1). Si el expurio no dispone del quinto que le dexan por razon de alimentos, pasará à sus herederos, y no volverá à los de su padre (2). En quanto à si éste deberá darles mas del quinto, quando no es suficiente para su decente manutencion, ò todo él, quando con menos se pueden mantener: vease à *Matienzo en la ley 8. tit. 8. lib. 5. Recop. glos. 1. ex n. 6. al 15.* y à los que cita.

87 Pero si son procreados por Clérigo de Orden sacro, ò por Frayle, Freyle ò Monja profesos, nada pueden haber en los bienes de sus padres, como se prueba de las leyes 6. y 7. tit. 8. lib. 5. Recop. Ley 6. *Ordenamos y mandamos que los tales hijos de Clérigos no hayan, ni hereden, ni puedan haber, ni heredar los bienes de sus padres Clérigos, ni de otros parientes de parte del padre; ni hayan, ni puedan gozar de qualquier manda, donacion, ò vendida que les sea hecha por los susodichos agora, ni de aqui adelante, y qualesquier privilegios, ò cartas que tengan ganados, ò ganaren de aqui adelante en su ayuda contra lo que Nos asi ordenamos, mandamos que les no valan, ni se puedan de ellas aprovechar, ni ayudar, cá Nos las revocamos, y damos por ningunas.* Ley 7. que es la 9. de Toro: *Los hijos basturdos, ò ilegítimos de qualquier calidad que sean, no puedan heredar à sus madres ex testamento, ni ab intestato, en caso que tengan sus madres hijo, ò hijos, ò descendientes legítimos; pero bien permitimos que les puedan en vida, ò muerte mandar hasta la quinta parte de sus bienes, de la qual podrian disponer por su anima, y no mas, ni allende; y en caso que no tenga la muger hijos, ò descendientes legítimos, aunque tenga padre, ò madre, ò ascendientes legítimos, mandamos que el hijo, ò hijos, ò descendientes que tuviere naturales, ò expurios, por su órden y grado le sean herederos legítimos ex testamento, y ab intestato; salvo si los tales hijos fueren de dañado, y punible ayuntamiento de parte de la madre, que en tal caso mandamos que no puedan heredar à sus madres ex testamento, ni ab intestato; pero bien permitimos que les puedan en vida, ò en muerte mandar hasta la quinta parte*

(1) Matienz. en dicha ley 8. glos. 2. n. 4. y 5. (2) Matienz. ibi. n. 6.

de sus bienes, y no mas, de la qual podian disponer por su anima, y de la tal parte despues que la tuvieren, puedan disponer en su vida, ò al tiempo de su muerte los dichos hijos ilegítimos como quisieren; y queremos y mandamos que entonces se entienda, y diga dañado, y punible ayuntamiento, quando la madre por el tal ayuntamiento incurriere en pena de muerte natural; salvo si fueren los hijos de Clérigos, ò Frayles, ò de Monjas profesas, que en tal caso aunque por el tal ayuntamiento no incurre la madre en pena de muerte, mandamos que se guarde lo contenido en la ley que hizo el Señor Don Juan el I. en la Ciudad de Soria, que habla sobre la sucesion de los hijos de los Clérigos supra proxima. Pruébase de estas leyes, que los hijos expurios solo pueden heredar de sus padres, no siendo Clérigos, ò Frayles profesos, el quinto de sus bienes, y si lo son, nada; y que de sus madres son herederos forzosos en todos casos, excepto en tres. El primero, quando tienen hijos legítimos. El segundo, quando la madre por haberlos tenido incurre en pena de muerte. Y el tercero, quando es Monja profesa. En los dos primeros casos les puede dexar su madre el quinto, y en el tercero nada. Pero se duda si los legítimos ò naturales de dichos hijos expurios podrán ser instituidos herederos por sus abuelos ilegitimos, respecto hablar la ley de sus padres, y no de ellos: sobre lo qual hay varias opiniones, que pueden verse en *Gutierr. lib. 2. Pract. quæst.* 110. *Lugo, de Just. & jure disp.* 24. *num.* 116. y otros que citan. Pero acerca de este punto debo prevenir lo primero, que aunque el padre diga en su Testamento que les debe algunos frutos, dinero ù otra cosa, no están obligados sus herederos à entregarsela, à menos que por otro medio lo prueben, porque se presume que lo hace por beneficiarlos, y perjudicar à los legítimos herederos (1). Y lo segundo, que por Real Cédula expedida à consulta del Consejo en el Real Sitio de San Ildefonso à 2 de Septiembre de 1784 se declara, que la ilegitimidad de que tratan las leyes, no sirve de impedimento à los hijos ilegítimos para exercer qualesquiera artes y oficios indistintamente, y que mas se dirigen las leyes à privarlos de las gracias de legitimidad como la sucesion de hereucias, y otras, que à inhabilitarlos, y hacerlos inútiles para todo exercicio, por lo que en esta parte se derogan las leyes y las sentencias, estatutos, usos,

(1) Ley 3. tit. 14. Partid. 3.

costumbres, y quanto sea contrario à esta declaracion; excepto para exercer los empleos de Juez y Escribano, pues para con estos queda en su fuerza y vigor lo dispuesto en las leyes. En quanto à si el Clérigo puede dotar à su hija expuria, y dar el exceso del quinto à su marido, ò à sus nietos, vease à *Parladorio, lib. 1. Rer. cap. 16.* y à otros que cita.

88 Subdividense los herederos en *usufructuarios, fidecomisarios y substitutos.* Los usufructuarios son los que durante su vida, ò por tiempo determinado instituye el Testador, para que gocen del producto de sus bienes, y los usen, y pasado este se consolida el usufruto con la propiedad, y entran à la herencia los otros nombrados, que se llaman propietarios. Los fideicomisarios, ò por mejor decir *fiduciarios* son los que el Testador dexa por sus herederos, con tal que incontinenti, ò al tiempo que les prefine, entreguen precisamente la herencia á la persona que les manda. Tambien suele nombrarlos por herederos con el título de fideicomiso, dexar á su alma por heredera, sin que suene en el Testamento, y encargar al fideicomisario baxo de sigilo natural el modo de descargar su conciencia, y distribuir sus bienes, prohibiendo á qualesquiera Jueces, y personas que le pidan cuenta de su inversion, y mandando que en caso de que alguno se entremeta ò quiera entrometerse no haya fideicomiso, sino que el fideicomisario herede enteramente. Y los substitutos son aquellos, á quienes pasa la herencia, porque los principales herederos la repudian, ò mueren sin entrar en ella, ò en edad, y estado de no poder testar; y respecto haber entre estos algunas diferencias, y ser bastante ardua, y sutil la materia de substituciones, paso á tratar de ella para instruccion del Escribano.

§. III.

De las substituciones de herederos.

89 Substituir heredero es *hacer segunda institucion, ò nombramiento de heredero, para que à falta del primero instituido éntre en la herencia, y la goce.* La substitucion de heredero fue introducida por derecho de gentes, para que no caducasen las disposiciones de

los Testadores (1): y rigorosamente entendida es de dos maneras, que son : *directa , y obliqua , ò indirecta.* La directa es la que dá la herencia al substituto sin intervencion, ni restitucion de otro ; y la obliqua la que se la dá por medio, y mano de un tercero. Divídese en seis clases que son: *Vulgar , Pupilar , Exemplar , Compendiosa, Breviloqua , y Fideicomisaria* (2). En la primera , segunda , quarta, y quinta , sucede el substituto representando al heredero , y no al Testador , por lo que debe ser nombrado primeramente por heredero el hijo , y en su lugar el substituto; y en la tercera , y sexta representando al Testador. Todas deben hacerse en Testamento , y no en Codicilo.

90 La substitucion vulgar *es cierta substitucion directa , que qualquiera Testador hace al heredero que instituye. O una substitucion directa , que puede ser hecha à todos , y por todos* (3). Se llama *vulgar* , porque el padre , madre, abuelos , y qualquiera otra persona pueden hacerla al que no tenga prohibicion de ser heredero (4). Se hace de dos maneras , *manifiesta* y *tácitamente* : manifiestamente , v. gr. *Establezco à Pedro por mi heredero , y si no lo fuere à Antonio* ; pues si el primero muere antes de entrar en la herencia , ò no quiere admitirla , la llevará el segundo , y lo mismo sucederá, respecto de los demas instituidos por su órden; por manera , que si los primeros no la aceptan , ò fallecen antes de entrar en ella , la llevará el que quede , y asi para poder obtenerla el último instituido , han de morir antes de su aceptacion, ò repudiarla los que primero lo fueron (5). Tácitamente , v. gr. *Nombro por mis herederos à Pedro , Antonio y Juan , para que el que me sobreviva , sea mi heredero.* Si à la sazon viven todos , llevarán con igualdad la herencia , y si uno solo está vivo , la percibirá integramente (6).

91 Si el Testador instituye por sus herederos , v. gr. à tres: à uno en la quinta , à otro en la sexta , y à otro en la octava parte de sus bienes , y alguno de ellos muere , ò no quiere la suya,

(1) Ley unic. Cod. de Caduc. tollend. Begnudel. Bibliot. verb. Substitutio n. 1. (2) Ley 1. tit. 5. Partid. 6. (3) Leyes 1. y 2. tit. 5. Partid. 6. (4) Ley Si posthumos , § Quod vulgo , ff. de Liber. & posthum. Vinn. in §. de Vulgar. Gom. lib. 1. Var cap. 3 num. 10. vers. Septimo infero. (5) Sr Covar. de Testam. cap. Raynutius , §. 4. Gom. lib. 1. Var. cap. 5. n. 14. (6) Ley 2. tit. 5. Partid. 6.

le heredarán los otros, no con igualdad, sino segun la quantía en que el Testador los estableció primeramente por sus herederos (1); y la razon es, porque la substitucion debe juzgarse por el mismo derecho, y reglas que la institucion. Esto se limita en dos casos. El primero, quando el Testador manda lo contrario. El segundo, quando del gravámen impuesto igualmente à los herederos se colige otra cosa (2). Fallece la substitucion vulgar luego que el primero instituido entra en la herencia, ò la acepta (3). Para mejor instruccion de ella vease à *Gom. lib. 1. Var. cap. 3.* y à *Aillon.*

92 La substitucion Pupilar *es una substitucion directa y simple hecha por el Testador à sus hijos legítimos impuberos que están en su poder, y por su muerte no han de recaer en el de otro* (4). Nadie puede hacerla sino el padre à los hijos de legítimo matrimonio, que tiene baxo de su dominio, ya sean varones, ò hembras, con tal que el varon sea menor de 14 años, y la hembra de 12, pues en cumpliendolos, está privado de substituirlos pupilarmente, porque tienen facultad legal de testar, sin embargo de que estén baxo de la patria potestad (5); y asi no deben ser apremiados à recibir Curadores sino quisieren (6); antes bien pueden nombrarlos por sí siendo capaces, como se practica. Aunque el padre no tiene potestad en el póstumo (que es el que está en el vientre de su madre) hasta que nace (7): ni hasta entonces se le llama su heredero, ni se le debe la legítima (8), puede no obstante substituirlo pupilarmente (9), porque realmente exîste, y en todo lo propicio se le contempla nacido, por lo qual puede ser nombrado substituto del heredero instituido (10). Para que la substitucion pupilar sea válida, han de concurrir como forma de ella seis circunstancias. La primera, que el pupilo sea descendiente le-

(1) Ley 3. tit. 5. Partid. 6. Gom. lib. 1. Var. cap. 3. dicho, & ibi. Aill. (2) Ley Quoties 23. ff. ad Trebellian. y ley Utrum 7. §. fin. ff. de Rebus dub. Sr Greg. Lop. en dicha ley 3. glos. fin. (3) Ley 4. tit. 5. Partid. 6. (4) Instit. de pupillar. Subst. y ley 1. §. 2. ff. de Vulg. & pupil. substitut. (5) Leyes 5. tit 5. Partid. 6. y 5. de Toro, que es la 4. tit. 4. lib 5. Recop. Matienzo, en la 1. tit. 4. lib. 5. Recop. glos. 17. n. 1. y 2. Sr. Covar. de Testament. cap. Raynutius, §. 4. n. 1. y 2. (6) Ley 13. tit. 16. Partid. 6. y §. Item invicti adolescentes, Instit. de Curator (7) Ley fin. ff. de Collation. bonor. Avendañ. resp. 28. n. 2. (8) Ley 2. Cod. de Bonor. posses. contra tabul. y ley 1. § Toties, ff. de Ventre in posses. mittend. (9) Ley ult. al fin. Cod. de Institut. & Substitution. (10) Ley Substitui 17. ff. de Vulgar. Lara de Vita homin. capit. 6. n. 21.

gítimo del substituyente. La segunda, que esté en su poder, y no fuera de él, excepto que sea póstumo. La tercera, que sea impúbero. La quarta, que sea instituido ò legitimamente desheredado, bien que la substitucion valdrá aunque haya sido preterido, ò desheredado sin causa. La quinta, que despues de la muerte del Testador se haga *sui juris*, quiero decir, que no recaiga en el dominio ò potestad de otro. Y la sexta, que éntre efectivamente en la herencia paterna (1); pues si muere antes que su padre, caduca la substitucion, y éste se hace dueño de sus bienes, y no el substituto. Pero advierto, que aunque esta substitucion se haga en una sola cosa, ò fundo, se estiende à todos los bienes del pupilo, siendo hecha directamente (2), al modo que la institucion directa en una cosa, se estiende tambien à la universalidad de la herencia (3).

93 Esta substitucion puede hacerse *manifiesta, y tácitamente.* Es substitucion manifiesta la siguiente: *Instituyo por mi heredero à Pedro mi hijo legítimo menor de 14 años, y si llega á heredarme, y muere antes de cumplirlos, nombro à Juan por su heredero.* Tácita es ésta: *Instituyo por mi heredero à Pedro mi hijo legítimo menor de 14 años, y à Juan, y Francisco mis amigos, y mando que el que de estos fuere mi heredero, lo sea de mi hijo.* Tambien puede hacerse tácitamente en esta forma: *Instituyo por mi heredero à Pedro mi hijo legítimo, que está en la edad pupilar, y si no fuere mi heredero, establezco por tal à Francisco en su lugar.* En cuyos casos falleciendo el hijo en la edad pupilar, heredará el substituto no solo los bienes del Testador, sino los que por otra qualquier razon le toquen, y entrará en ellos por la substitucion pupilar tácita, ó manifiesta. (4)

94 Pero esto no procede quando el Testador tiene dos hijos, uno mayor de 14 años y el otro menor, y los nombra por sus herederos, diciendo: *Que si alguno de ellos muere antes de entrar en la herencia, ò no quiere ser su heredero, lo sea el otro en su lugar.* Pues si el menor quisiere serlo, y entrase en la herencia, y muriese antes de la pubertad, no puede el mayor entrar en ella por la substitucion pupilar tácita, sino por la proximidad de parentesco: la razon es, porque debe guardarse igualdad entre ellos, y res-

(1) Gomez, lib. 1. Variar. cap. 4. n. 2. al 4. & ibi. Aillon n. 5. y 6. (2) Ley Cohæredi, §. fin. ff. de Vulgar. & pupillar. substitut. Gom. ibi. num. 13. (3) Leyes 1. §. Si ex fundo, ff. de Hæredib. instituend. y 14. tit. 3. Partid. 6. (4) Ley 5. tit. 5. Partid. 6.

pecto no poder concurrir en el hermano mayor las dos substituciones pupilar y vulgar, es arreglado que en el menor se observe la pupilar, y en su conseqüencia que el mayor le herede *ab intestato* como pariente mas cercano, al modo que el menor le heredará, si entra en la herencia paterna, y su hermano muere intestado sin legítima sucesion, porque cesa la substitucion vulgar, por haber sido heredero. Lo propio se ha de observar, quando algun estraño es instituido por heredero substituto junto con el hijo menor del Testador (1).

95 Por derecho comun, y de las Partidas (2) está concedida al abuelo la facultad de substituir pupilarmente à su nieto legítimo; pero actualmente carece de ella, y es la razon, porque como su hijo por el mismo hecho de casarse y velarse sale de su poder, y se estima por emancipado segun la ley de Toro (3), y el nieto jamás entró en él, antes bien con la muerte de su padre se hace *sui juris* (4); por eso carece de facultad para substituirlo pupilarmente, como que ésta es un efecto de la patria potestad. Por esta razon tampoco puede substituir pupilarmente al estraño, que instituye heredero, pero sí vulgarmente. Mas si el hijo no está velado, no saldrá del paternal dominio, y por consiguiente tendrá su fuerza y vigor lo dispuesto por derecho comun, y de las Partidas, entrará el nieto en la potestad de su abuelo, y no en la de su padre, à causa de faltarle la velacion, por cuyo defecto no salió de ella, y aunque se vele despues de nacido su hijo, solo su abuelo tendrá el derecho sobre el de patria potestad. Si éste fallece, entra el padre à exercer sus derechos; pero si muriese tambien, entonces el hijo se hará suyo para todos los actos civiles (5); todo lo qual tendrá presente el Escribano, pues lo ignoran muchos que deben saberlo, y se precian de hábiles.

96 Llega à tanto la patria potestad, prescindiendo de otras facultades à ellas anexâs, que aunque el padre desherede à sus hijos pupilos por alguna de las causas que el derecho prefine, puede substituirlos pupilarmente en sus bienes, y en los que hereden de sus madres, y de otros parientes, y tambien gravar al substituto en los que adquieran por qualquier razon, con tal que

(1) Ley 5 tit. 5. Partid. 6. (2) Leyes 2. ff. de Vulg. & pupil. substit. y 5. tit 5. Partid. 6. (3) Ley 47. de Toro, que es la 8. tit. 1. lib. 5. Recop. (4) Ley 1 tit. 18. Partid. 4. (5) Gutier. lib. 2. Pract. q. 10. n. 3. Gom. lib. 1. Variar. cap. 4. n. 2. & ibi Aillon.

no sea en los de su madre, pues en estos le está prohibido gravarle con manda que dexe à otro, por lo que el substituto no está obligado à obedecer al substituyente, ni por consiguiente à entregar la manda al Legatario (1). Pero para desheredarlos han de tener à lo menos 10 años y medio cumplidos, de suerte que estén próximos à entrar en la pubertad, que empieza desde los 12 y 14 años respectivamente, porque no presume el derecho que de menor edad cometan delitos, que los hagan dignos de la desheredacion, à causa de faltarles el discernimiento y uso de la razon (2).

97 Si alguno prohijase un hijo de otro menor de 14 años en aquella manera, que es llamada en latin *arrogatio*, y despues le dexase substituto en su Testamento otro alguno en lugar de este menor, en aquella manera que es dicha *substitucion pupilar*; tal substituto como éste no heredará en los bienes del menor, á excepcion de aquella parte que éste debia heredar de derecho en los bienes del que lo prohijó, que es la quarta parte de lo que tenga, ó aquello que le hubiese dado algun amigo del que lo prohijó. Pero en quanto à los otros bienes que viniesen al menor de su padre natural ò legítimo, ò de otra parte, los heredarán los parientes mas cercanos, si su padre natural no hubiese ordenado alguna cosa en razon de ellos en su Testamento (3).

98 Queda tan dueño de los bienes del pupilo el substituto que sucede en ellos por virtud de la substitucion pupilar, como si el mismo pupilo siendo mayor de 25 años, capáz de testar, y sin herederos legítimos, le instituyera por su heredero en Testamento perfecto. Esto se entiende, no teniendo prohibicion de serlo, pues si la tiene, no gozará la herencia, antes bien pasará à los que deben heredar *ab intestato* al pupilo (4). El substituto muriendo éste, ha de aceptar no solo los bienes que le tocan por la parte de su padre, sino los que le correspondan de la parte de su madre, ò le dexen sus parientes ù otro estraño; pero esto solo tiene lugar quando el substituto fue establecido por heredero, juntamente con el menor. Entonces como que le ha de representar en el todo, no se le permite eleccion, ni aceptacion parcial (5). Quando el Testador diese substituto al menor solo en la manera

(1) Leyes 6. tit. 5. y 3. al fin, tit. 9. Partid. 6. (2) Ley 6. tit. 5. Part. 6. Gom. lib. 1. Variar. cap. 4. n. 3. (3) Ley 9. tit. 5. Partid. 6. (4) Ley 1. tit. 6. Partid. 6. (5) Ley 8. tit. 5. Partid. 6.

pupilar, y no lo estableciese por heredero juntamente con él, si éste vive, y quiere ser heredero en los bienes de su padre, y entra en ellos, conviene que el substituto sea heredero tambien en la heredad del Testador, como en los otros bienes del menor si muriere antes que sea de edad. Tendrá muy presente el Escribano esta doctrina, y extenderá la cláusula de esta suerte: *Instituyo por heredero de todos mis bienes à Pedro mi hijo legítimo menor de 14 años, y si falleciere antes de cumplirlos, nombro por su heredero à Juan, à quien substituyo, para que le suceda no solo en los mios, sino en los demás, que durante su pupilar edad adquiriere y recayeren en él, asi por parte materna como por sus consanguineos, y por otra qualquier persona, y título universal y particular, aceptándolos todos, y no en otros términos.*

99 Puede el padre del pupilo segun el derecho Comun, y el de las Partidas, excluir à la madre de éste de la sucesion de sus bienes por medio de la substitucion pupilar, pero ha de ser expresa, y no tácita (1). Esto al parecer repugna à la ley 6. de Toro, en la qual ordenando: *Que los ascendientes sean herederos de sus descendientes legítimos ex testamento y ab intestato*, solo se permite al hijo que fallece baxo de Testamento, disponer de la tercera parte de sus bienes. Sin embargo, bien meditada la materia, hay bastantes razones para salvar esta contradiccion, que en la realidad no exîste, porque son distintas personas de las que hablan unas y otras leyes. La ley Comun, y la de Partida tratan de si el padre dando substituto à su hijo menor, podrá excluir à la madre de los bienes que debian pertenecerla por su falta; y la de Toro se dirige à decir, en qué cantidad puede disponer de sus bienes el hijo que tiene edad y poder para testar. Aun prescindiendo de las personas, y contrayendose à las mismas palabras de la ley de Toro, no se halla semejante contradiccion. En el caso, dice, que los descendientes no tengan hijos descendientes legítimos, ò que hayan derecho de heredarlos, es quando podrán disponer de la tercera parte de sus bienes, aunque tengan ascendientes, y como el substituto pupilar es uno de los que tienen este derecho, se sigue que solo quando no haya sido el hijo substituido pupilarmente, ò fallece dentro de la pubertad, entrarán à heredarle los ascendientes que tengan este derecho. Por lo dicho podrá reconocerse qual es el espíritu de

(1) Ley 12. tit. 5. Partid. 6. Gom. lib. 1. Variar. cap. 4. n. 8.

la ley de Toro, y que quando el padre dá substituto á su hijo, ha excluido á la madre de éste de lo que de otra manera pudiera pertenecerla. Por otra parte el padre no tiene obligacion á dexar heredera á la muger, ni ésta como que no se la debe la legitima por derecho natural, puede decir de inoficioso el Testamento por la preterícion. Lo mismo debe entenderse con respecto á los abuelos maternos. Pero como si el hijo fallece antes, le heredan sus padres, igualmente haciendo el padre Testamento por él, no puede privar á la madre de mas que de la tercera parte de sus bienes, que es de lo que el mismo hijo puede disponer en uso de la permision de la ley 6. citada; y si muere despues que su padre, quieren muchos se entienda fallecer intestado, en cuyo caso le hereda su madre en el todo. Sin embargo, como hoy se hallan tan limitados los derechos de la patria potestad, y varian mucho los AA. en quanto á si el padre testa en su nombre, ó lo hace en el de su hijo, de quien son los bienes (*a*); convendria para evitar dudas y pleytos que el Soberano declarase lo que se debia practicar. Mientras llega este caso, si el padre quiere que el substituto no quede privado de todo, puede añadir á la cláusula de substitucion lo siguiente: *Y en caso que esta substitucion no se verifique en el todo, quiero que valga á lo menos en la tercera parte de los bienes de dicho mi hijo, la que lego al citado F. en propiedad y usufruto para desde el dia siguiente al de su fallecimiento.* Con esta adicion no se le privará de la tercera parte, como no conteniendola he visto privarle por faltar la voluntad expresa del hijo; circunstancia esencial para que sea válido el legado.

100 Fallece, y queda ineficaz la substitucion pupilar por siete causas. La primera, quando los pupilos llegan á la pubertad. La segunda, quando pierden la libertad, v. gr. siendo cautivos; ó la Ciudad, v. gr. siendo desterrados para siempre fuera de su patria; ó la familia, v. gr. siendo emancipados ó prohijados, y pasando á poder del prohijador; ó saliendo por otro motivo del dominio de su padre natural; pero si éste fuere cautivo, no espirara la substitucion hecha antes de serlo. La tercera, quando pierden la Ciudad, y la familia, mas no la libertad. La quarta, quando el Testamento en que se hizo la substitucion, se rompe y anula por alguna causa legal. La quinta, quando el Testador hace

(*a*) Nota 26.

otro perfecto con revocacion de los precedentes. La sexta, por la supernascencia de algun hijo ò hija de quienes su padre no hizo mencion especifica ni genérica en dicho Testamento. Y la septima, por no aceptar el pupilo la herencia paterna; pero si despues se arrepiente, se le debe restituir, y entónces revive la substitucion (1); bien que hoy no se verifica esta causa, porque los Tutores de los pupilos aceptan la herencia con beneficio de inventario, y estos en nada se mezclan. Para la perfecta inteligencia de esta materia, conviene saber lo primero, que la edad pupilar en los varones llega hasta los 14 años, y en las hembras hasta los 12 en todos los casos, excepto en quanto à los alimentos; por lo que si se dexan estos à algun menor hasta que llegue à la pubertad, se entiende en el varon hasta los 18 años, y en la hembra hasta los 14, lo qual se estableció asi por razon de piedad à beneficio de los menores, y porque hasta esta respectiva edad no se les considera en aptitud de poder mantenerse con su trabajo ò industria (2): lo segundo, que si el substituto muere antes que el instituido, no transmite en otro el derecho que tenia à suceder por la substitucion pupilar; excepto en algunos casos que pueden verse en los AA.

101 Substitucion exemplar *tanto quiere decir como establecimiento otro de heredero, que es fecho á semejanza del que es fecho al huerfano. E puedenlo facer los padres è los abuelos à los que descienden de ellos quando son locos ò desmemoriados, estableciendoles otros por herederos si muriesen en la locura.* Pueden hacerla el padre, madre y abuelos á sus hijos legítimos de ambos sexôs, ya estén en su poder, ò casados, ò emancipados: y tambien la madre à los naturales, quando se les debe su legítima; pero no à los expurios: y à los legítimos si se conserva viuda, pues pasando à segundo, ò tercero matrimonio, es opinable si podrá, ò no; acerca de lo qual vease à *Gomez, lib. 1. Var. cap. 6. num. 9. & ibi. Dyllon num.* 10. El padre no puede substituir exemplarmente à sus hijos expurios, ni à los naturales, porque no son sus herederos forzosos. Se llama *exemplar*, porque se hace à imitacion y exemplo de la pupilar, y se ordena en estos términos: *Instituyo por mi heredero à Pedro mi hijo legítimo, y si falleciere en la locura, ò fatuidad que padece, establezco por su heredero à Juan su her-*

(1) Ley 10. tit. 5. Part. 6. (2) Ley Mela, §. Certe, ff. de Aliment. & cibar. legat. Gomez, lib. 1. Var. cap. 4.n. 1. Menoch. lib. 4. præsumpt. 157. num. 37. Escobar, comput. 4.

mano: en cuyo caso muriendo el hijo en la demencia, ò fatuidad heredará el substituto todos sus bienes (1).

102 Pero en esta substitucion se ha de observar precisamente este órden: primero, nombrar por substitutos à los hijos del loco, fatuo, ò desmemoriado; pues aunque los tenga, puede ser substituido exemplarmente: à falta de ellos à los nietos, y demás descendientes por su órden y grado: no teniendolos, á sus hermanos enteros, ò medios, con tal que sean de la linea del ascendiente que los substituye, y á los hijos que los muertos hayan dexado, pues entran en su lugar, y los representan: y en defecto de todos à los estraños, como lo dice la *ley* 11. *tit.* 5. *Partid.* ó. *Pero si este loco, à quien dán el substituto, oviere fijo, ò nieto, ò alguno de los otros, que descendiesen por derecha liña de el, debenlos substituir en su lugar, è non otros: è si alguno de estos non oviere, estonce le pueden dar por substituto à su hermano, si lo oviere; è si non oviere hermano, pueden le dár por su substituto otro estraño* (2). De esta ley se colige, que por medio de esta substitucion tiene facultad un ascendiente de excluir al otro de la sucesion de los bienes del loco, ó fatuo, sobre lo qual hay variedad de opiniones. Yo soy de dictámen que no puede hacerlo, porque en esta substitucion no tiene su vigor la patria potestad, como en la pupilar, sino solo la legal determinacion, y concesion: que por lo mismo debe observarse la de la sexta de Toro, que es posterior, y ser llamados á la herencia los ascendientes antes que los hermanos del loco, y que el estraño. El que quisiere instruirse de los fundamentos de estas opiniones, lea los AA. que se citan (3), pues por evitar proligidad, omito esplicarlos.

103 Pueden tambien el padre, y la madre substituir exemplarmente, observando el órden expresado, à sus hijos mudos, y totalmente sordos por naturaleza ò por enfermedad, que no saben leer, ni escribir, y que están incapaces de testar; pero no, si lo son por enfermedad, y saben leer y escribir, porque tienen aptitud para manifestar su voluntad por escrito, del mismo modo que si no lo fueran (4).

(1) Leyes 1. y 11. tit. 5. Part. 6. lib. 1. Var. cap. 6. num. 6. & ibi Ayllon, num. 7. (2) Gomez, lib. 1. Var. cap. 6. num. 7. (3) Señor Gregor. Lop. en la ley 11. tit. 5. Partid. 6. verb. Otro estraño Señor Covarrub. de Testam. cap. Raynutius, §. 6. num. penult. Gom. lib. 1. Variar. cap. 6. num. 7. y 9. (4) Gomez, lib. 1. Var. cap. 6. num. 3. 4. y 10.

104 Fallece, y se desata la substitucion exemplar por una de tres causas. La primera, quando el loco, fatuo, ò desmemoriado recobra su juicio y memoria, y no vuelve despues à su locura, pues si vuelve, convalece la substitucion, porque es visto no haberse extinguido, sino cesado por algun tiempo. La segunda, quando le nace despues hijo, ò hija. Y la tercera, quando el que la hizo, la revoca por Testamento posterior (1). Y se advierte, que los descendientes no pueden substituir exemplarmente à sus ascendientes, sin embargo de que pueden ser sus Curadores, porque ningun derecho les concede esta facultad, como afirman *Gom. lib. 1. Variar. cap. 6. num.* 10 y otros.

105 La substitucion compendiosa *es un establecimiento de heredero que es fecho en breves palabras*, ò para explicarme con los AA. *es una substitucion directa que comprehende, y puede comprehender á todos los herederos instituidos en todos tiempos, edades, y bienes que el Testador les dexa. O una substitucion, que baxo del compendio de palabras contiene diferentes substituciones por los varios tiempos en que pueden verificarse* (2). El padre puede hacerla à sus hijos impuberos, que están en su poder, y se ordena en esta forma: *Instituyo por mi heredero à Pedro mi hijo legitimo, y en qualquier tiempo que muera, sea su heredero Juan.* En este caso si el Testador es Caballero, ò Soldado, y el hijo tiene madre, y muere dentro de la edad pupilar, heredará el substituto todos los bienes de éste por virtud de la substitucion pupilar, que se verifica en ésta, y su madre nada. Si fallece sin Testamento estando en la pubertad, llevará su madre unicamente la tercera parte de la herencia de su hijo adquirida por qualquier titulo, y las sepulturas que le pertenecieren por linea paterna, y los demas bienes serán para el substituto; mas si el Testador Caballero nombra por su heredero à alguno que no fuese de los que descienden de él, y lo substituye, llevará el substituto la herencia en qualquier tiempo que éste muera.

106 Si el Testador no es Caballero, y el hijo à quien substituye muere en la edad pupilar, llevará tambien el substituto toda la herencia, y la madre del pupilo nada: y si fallece dentro de la

(1) Ley 11. al fin. tit. 5. Partid 6. ley Humanitat. Cod. de Impaber. & aliis Substit. vers. Ita tamen: y ley penult. §. fin. Cod. de Curator. furios. Gom. dicho cap. 6. n. 11. verb. Dubium tamen ::: (2) Sr. Covar. de Testam. cap. Raynut. §. 9. num. 2. Gomez, lib. 1. Var. cap. 7. num. 1.

pubertad, todo será para su madre, y en su defecto para sus parientes mas cercanos. Pero si el Testador dice: *Instituyo por mi heredero á Pedro mi hijo legítimo menor de 14 años, y en qualquier tiempo que muera, substituyo en su lugar á Juan, ó quiero que Juan sea su heredero*: en este caso muriendo dentro de la pubertad sin sucesion legítima, llevará su madre las sepulturas que le tocaren por la linea paterna, y la tercera parte de sus bienes, y el substituto las otras dos: todo lo qual es conforme á una ley de Partida que de ello trata (1).

107 Pero en mi concepto no debe seguirse hoy en quanto á no heredar la madre enteramente á su hijo, que muere intestado sin legítima sucesion dentro de la pubertad, porque la *ley 6. de Toro* manda indistintamente sin excepcion de personas, que los ascendientes sean legítimos herederos *ex testamento*, y *ab intestato* de sus descendientes legítimos. El padre no puede substituir pupilarmente á su hijo capáz de testar, pues entrando en la pubertad, cesa la substitucion, y una vez que el padre muere, espira tambien la patria potestad, y de tal modo que jamas revive (2). Si se observase la disposicion de la ley de Partida, quedaria en esta parte sin efecto la de Toro, que es posterior. Véanse sobre este punto á Gomez y á los AA. que cita.

108 La substitucion breviloqua, ó recíproca *es una substitucion directa, que se hace mutuamente á algunos herederos instituidos ó exheredados por defecto de otros*. Llamase *breviloqua*, porque se hace brevemente, ó con pocas palabras. Solo el padre tiene potestad de hacerla á sus hijos pupilos, y la cláusula se ordena de esta suerte: *Instituyo por mis herederos á Pedro y Juan, mis dos hijos legítimos menores de 14 años, y los hago mutuamente substitutos uno del otro*. Y de ésta: *Instituyo por mis herederos á Pedro y Juan, mis dos hijos legítimos, que están en la edad pupilar, y los substituyo de forma que el uno sea heredero del otro*. En esta substitucion se incluyen quatro, dos vulgares, y dos pupilares, pues si alguno de ellos muere dentro de la edad pupilar, ó de la pubertad, y no quiere aceptar la herencia, la percibirá el otro instituido. (3).

(1) Ley 12. tit. 5. Partid. 6. (2) Leyes 1. tit. 18. Partid. 4. y Qui liberatus 12. ff. de Adoptionib. (3) Ley 13. tit. 5. Partid. 6. Gom. lib. 1. Variar. cap. 8.

109 *Substitucion fideicomisaria tanto quiere decir, como establecimiento de heredero, que es puesto en fe de alguno que la herencia dexa en su mano, que la de à otro.* Esta substitucion es obliqua, porque el verdadero heredero no percibe directa è inmediatamente la herencia del Testador, sino por medio de otro instituido con el gravámen de restituirla. Se llama fideicomisaria, porque es puesta en la fé de alguno. Puede hacerla todo aquel que tiene potestad para testar, y es en esta forma. *Instituyo por mi heredero à Pedro, y le ruego, ò quiero, ò mando que esta mi herencia que yo le dexo, que la tenga tanto tiempo, è que despues que la dé, è entregue à Juan.*

110 Las substituciones fideicomisarias se tomaron entre nosotros del derecho comun. En Roma no se consideraron obligatorias hasta tiempos muy posteriores al establecimiento de la Republica. Todo dependia en un principio de la buena fé y la probidad. Fixado por las leyes el órden de las sucesiones y Testamentos, los Testadores buscaban un arbitrio para dexar sus bienes à los proscriptos, à los desterrados, à los celibatarios, y à otras personas que no podian heredar. Instituyendo herederos legales en sus Testamentos, les daban el encargo de restituir, ò entregar sus bienes à estas personas. Pero sucedia que muchas veces los herederos fiduciarios se los apropiaban, ò los retenian por mas tiempo del que el Testador habia ordenado, y que otras no querian aceptar ni entrar en la herencia para librarse de una responsabilidad que no les traía utilidad alguna; y de aquí resultaba que se invalidaban los fideicomisos, y todas las demas disposiciones que contenia el Testamento, con perjuicio de los verdaderos herederos, y de los legatarios. Augusto en estas circunstancias ordenó que los Cónsules tomasen en consideracion los fideicomisos. Se creo un Pretor para que juzgase los pleitos que se suscitaban. Se hicieron varios Senados Consultos para contener y remediar los abusos que se habian introducido, y como no causasen el efecto que se deseaba, se creyo conveniente dar algun interés à los fiduciarios. Para esto se hizo el Senado Consulto Trebeliano, llamado asi de su autor Trebelio Cónsul, por el qual podia el fiduciario retener la quarta parte de la herencia, pero dividiendo las acciones y las cargas con el heredero fideicomisario en proporcion à su importe. Despues en tiempo de Vespasiano se hizo otro Senado Consulto, llamado Pegasiano, del Cónsul Pegasio su autor, en virtud del qual

podia el fiduciario retener la quarta parte de la herencia, pero con la obligacion de responder à todas las cargas de ella. Este Senado Consulto quedó sin efecto en tiempo de Justiniano, y se renovó el Trebeliano.

111 Nuestras leyes han dicho muy poco acerca de esta materia de substituciones fideicomisarias. Unicamente tenemos la 14 tit. 5. Partida 6. que la difine y establece, *que el que es rogado de esta manera, debe dar la herencia al otro como el Testador mandó, sacando para sí la quarta parte de toda la herencia*: la 8. tit. 11. de la misma Partida, en que se explica cómo, y en qué casos debe hacerse esta retencion, y la 1. tit. 4. lib. 5. de la Recopilacion en que se dice, *que si alguno dexare à otro en su postrimera voluntad por heredero, ò le legare ò mandare alguna cosa para que la dé à otro alguno, à quien substituyere en la herencia ò manda, si el tal heredero ò legatario no quisiere aceptar, ò renunciare la herencia ò el legado, el substituto ò substitutos lo puedan haber todo.* Esta ley ha corregido en este punto las del derecho comun que invalidaban los fideicomisos por la falta de aceptacion del heredero, y lo dispuesto en la 14. tit. 5. Partida 6. en quanto à que si el heredero no quisiese recibir la herencia, le pudiese apremiar à ello el Juez del lugar.

112 Nuestros AA. han hablado largamente acerca de la materia, distinguiendo los casos en que puede tener lugar esta substitucion, y los derechos de los herederos fiduciarios, y de los fideicomisarios, à quienes podrá ver el lector, y especialmente à Gomez y Aillon en el tom. 1. Variar. cap. 5. Solo diré aquí para inteligencia y gobierno del Escribano, que la substitucion fideicomisaria tiene lugar unicamente entre herederos estraños, pues à los legítimos no se puede gravar con fideicomiso.

§. IV.

De las mejoras.

113 Mejorar segun mi propósito es: *mandar el Testador à alguno de sus herederos mas bienes, ò herencia que à los demas instituidos.* El que tiene potestad de testar, puede como dueño de su hacienda, testando entre estraños, repartirla del modo que mejor le parezca, mejorar en la parte que quisiere à alguno, ò al-

gunos de sus herederos, gravarlos, y poner condiciones à su arbitrio. Pero si testa entre descendientes legítimos, solo se le permite hacerlo en estos términos: el padre, la madre, abuelos y demas ascendientes pueden mejorar por una vez, y no mas en vida y muerte à alguno, ò algunos de sus hijos, nietos y descendientes legítimos, aunque los tales hijos padres de los referidos nietos, y descendientes sean vivos, en el tercio, y remanente del quinto de sus bienes libres por Testamento, ù otra última disposicion, ò por contrato entre vivos, y vincularlos, imponerles para siempre, ò por el tiempo de su voluntad en el tercio el gravámen de restitucion, incompatibilidad y fideicomiso; pero no otro alguno, porque el tercio es legítima, y como tal no puede ser gravada, ni condicionada en propiedad ni usufructo en cosa ni cantidad alguna, y hacer en el tercio y quinto, ò en qualquiera de ellos los vinculos, sumisiones y substituciones que les parezca, sin distinguir de quarta, ni quinta generacion; anteponiendo, ò posponiendo entre las personas de cada grado las que quisieren, con tal que no excluyan à ninguna hábil, y capáz de suceder en él, ya sea varon ò hembra, ni por consiguiente constituyan agnaticia la vinculacion, y que el gravámen y condicion que impongan en el tercio, sea entre sus legítimos descendientes; à falta de ellos, entre los ilegítimos que hayan derecho de poder heredarles; no habiéndolos, entre sus ascendientes; en su defecto, entre sus parientes, y despues de extinguidos todos, entre estraños, pues de otra suerte no valdrá el gravámen y condicion que impongan (1), y se reducirá al órden expuesto. Pero la mejora del tercio entre descendientes legítimos, se entiende no solo en quanto à la propiedad de los bienes que lo componen, sino à su usufructo; lo primero, porque las leyes hablan indistintamente, y quando no distinguen, no debemos distinguir, debiendose inferir de su silencio, que su fin es transferir en el mejorado la propiedad y usufructo, que es el dominio pleno de ellos, y no una cosa solamente; y lo segundo, porque el tercio entre ellos es legítima, la qual en su perjuicio no puede ser gravada à favor del que no sea tambien descendiente, como dexo expuesto; por lo que si el ascendiente mejora à uno, ò mas descendientes suyos

(1) Leyes 18. y 27. de Toro, que son las 2. y 11. tit. 6. lib. 5. Recop. Señor Rox. Almansa de Incompatibilit. disp. 2. quæst. 3. n. 8. hasta el 23.

en el tercio y quinto de sus bienes, dexando à otro ascendiente, ò à estraño el usufruto de ambos por su vida, ò por cierto tiempo, será ineficáz en el todo el legado del usufruto del tercio, y valdrá el del quinto únicamente. Lo que tendrá presente el Escribano, pues algunos creen con error lo contrario.

114 Pero en el quinto tienen facultad de poner à su arbitrio, ya sea entre ascendientes, descendientes, parientes, ò estraños, no solo el gravamen de restitucion, incompatibilidad y fideicomiso expresados, sino otro qualquiera posible, y honesto, y dexarlo en propiedad y usufructo, ò en una de estas cosas solamente à quien quisieren; y la razon es, porque el quinto es hacienda propia y privativa suya, à la qual ninguno tiene adquirido el mas leve derecho, y por lo mismo pueden hacer de ella lo que les parezca (*a*).

115 Tambien pueden consignar ò señalar por sí mismos en una ò mas fincas, ò en dinero, ù otras especies la mejora del tercio y quinto, ò de qualquiera de ellos; mas no cometer à otro su consignacion ò señalamiento (1). Pero la prohibicion de cometer la consignacion, y hacerla, se entiende quando la comision fue general para testar, en cuyo caso no podrá hacerla el comisario; lo que no sucederá si fue especial para mejorar à cierto descendiente, ò descendientes en qüota, ò cantidad determinada y consignarla, segun dicen los AA. (2); bien que la ley 19. de Toro habla indistinta y absolutamente. Y porque muchas veces las alhajas consignadas exceden, ò no alcanzan para el pago de la mejora, y por la discordia de los AA. se duda lo que en estos casos se debe practicar entre descendientes legítimos, tendrá presente el Escribano que si la mejora fué del tercio y quinto de los bienes del mejorante, ò de alguno de ellos, y los consignados no alcanzan para su total pago, atendidos los que se encuentra pertenecerle al tiempo de su muerte, v. gr. diciendo: *Mejoro à mi hijo Pedro en el tercio y quinto de todos mis bienes, y para parte de pago de esta mejora le consigno tales fincas*, nombrandolas; entonces se debe suplir lo que falte de los demas de su herencia, porque en este caso la substancia de la mejora consiste en el tercio y quinto de todos los que dexa, y no en las cosas que por razon de demons-

(1) Ley 19. de Toro, que es la 3. tit. 6. lib. 5. Recop. (2) Tello, Castillo y Gom en la ley 19. de Toro. Angul. de Meliorat. en la 3. tit. 6. lib. 5. Recop. glos. 7. Matienz. en ella, glos. fin. (*a*) Nota 28.

tracion señala, y destina para pagarla, ò executar lo que ordena; las que no alteran, aumentan ni disminuyen su virtud, ni la del legado, ni fideicomiso, y solo sirve su consignacion ò señalamiento para que ya quieran ò no los no mejorados, no dexen de entregarlas al que lo es, en cuenta y parte de pago de la qüota para que se señalaron (1). Lo qual se entiende, ya el mejorante use de la palabra universal *todos*, ò la omita, y hable solamente *de sus bienes*, porque la indefinida equivale à la universal. Pero si las mismas cosas fueron señaladas por tercio y quinto, v. gr. diciendo: *Mejoro à mi hijo Pedro en tal, y tal finca por razon del tercio, y quinto. O le mejoro en tal y tal cosa*, sin mas expresion, no se debe suplir del residuo de sus bienes lo que falte para completar el de todos los del mejorante, porque la substancia del tercio, y quinto, ò de qualquiera de los dos consiste en las cosas consignadas; por lo que debe el mejorado contentarse con ellas (2). Si exceden al valor del tercio, ò quinto, ò de ambos, se revocará la mejora en el exceso, y siendo uno de los herederos el mejorado se le aplicará en cuenta, y parte de su legitima, pero si exceden, restituirá lo que sobre à los coherederos, ya sea en dinero en caso que las cosas señaladas no tengan cómoda division, ò en parte de ellas, si la tienen (3); al modo que quando le hace donacion en vida, y no le cabe en el tercio, quinto, y legitima. Si no fuere heredero, v. gr. el nieto, viviendo los hijos del mejorante, restituirá tambien el sobrante à los que lo sean, porque la legitima de estos no debe ser gravada; lo qual será al contrario entre estraños, pues lo llevará todo, no mandando el Testador que lo restituya, ò no infiriendose ser esta su voluntad. Con esta distincion se concilian las opiniones de los AA. pero para evitar disputas y pleitos será conveniente que el Escribano instruya al Testador para que ordene con claridad lo que se ha de practicar.

116 Si los ascendientes no tienen mas que un descendiente legítimo, no pueden imponerle vínculo, ni gravamen en el tercio, à menos que intervenga para ello facultad real, ò que siendo el

(1) Ley Quidam testamento, ff. de Legat. 1. ley Paula Callinico, §. fin. ff. de Legat. 3 Cifuent. en la 17. de Toro. (2) Ley Si quis servum, §. Si quis ita legaverit, ff. de Legat. 2. y ley Servus legatis, §. Qui quinque, ff. de Legat. 1. Gom. en la 17 de Toro, num. 14. (3) Ley 1. Cod. de Inofficios. donation, ley Sancimus, Cod. de Donation. ley 10. tit. 6. lib. 5. Recop. Angul. en dicha ley 3. glos. 4. n. 5. y glos. 6.

descendiente mayor de 25 años, lo consienta, jurando no reclamarlo; y las razones son: la primera, porque el tercio y los demas bienes del padre en este caso son legítima del hijo. La segunda, porque en qualquiera materia, y disposicion se ha de hacer siempre la prelacion, y eleccion entre muchos (1). La tercera, porque las leyes que dán facultad para mejorar, y gravar el tercio, no hablan de un hijo, ò descendiente solo, sino de muchos, y la locucion plural, ò de muchos requiere à lo menos dos (2). A estas se agregan otras razones que traen los AA (3).

117 Pero como muchos padres tienen conducta tan irregular, y desordenada, que si entrasen en su poder los bienes adventicios de sus hijos, se los consumirian, entonces los abuelos maternos de éstos podrán privar à sus yernos del dominio, administracion, y manejo de los de la mejora que les hagan respecto ser administradores legítimos de todos; pero para esto han de hacer constar que los padres son disipadores, porque en este caso están privados por derecho de su administracion, por no convenir à la República que sus individuos sean pródigos, y especialmente de bienes de tercero, en cuyo perjuicio cede su prodigalidad (4); al modo que las mugeres pueden hacer que se quite à sus maridos, que tienen igual conducta, la de su dote, como diré en el cap. 2. lo qual se entiende, aun quando ofrezcan caucion de administrarlos bien (5); pero su usufruto les toca, y deben percibirlo. Asi lo practiqué en el Testamento de una abuela, y se declaró en juicio no obstante la oposicion de su yerno, que queria percibir el importe de la mejora que su suegra habia hecho à un nieto hijo de éste, privandole de su percibo, y manejo por justas causas que para ello tenia, mandando se impusiese, y que el yerno percibiese sus frutos mientras su hijo estuviese en su poder, y encargando al Señor Juez la conciencia sobre el cumplimiento de esta voluntad suya.

118 Aunque todos los bienes de los ascendientes son legítima de sus descendientes, excepto el quinto; no obstante, por no ser

(1) Leyes Unum ex familia 64. y Cum pater 67. §. A filia, ff. de Leg. 2. Auth. Novissima, Cod. de Testament. y cap. Raynutius de Testam. Señor Covarrub. en él. (2) Ley Ubi numerus, ff. de Testib. ley Ubi numerus, ff. de Regul. jur. ley Qui quartum, §. ultim. & ibi Bart. ff. de Legat. 1. y ley Legato, §. Qui plures, ff. de Legat. 2. (3) Gomez en la ley 17. de Toro, n. 19. (4) Ley Imperator. 50. ff. ad Trebellian. (5) Señor Salgad. Labir. cred. part. 4. cap. 15. num. 1. y 2. Señor Molin. de Hispaniar. primogen. lib. 1. cap. 16.

rigorosa para todos, se llama propiamente *legitima* la parte de herencia que por igualdad toca à cada hijo ; de suerte que ningun descendiente por razon de ella debe llevar mas que el que está en igual grado con él ; por lo que si concurren à su division un hijo, y dos nietos del Testador, percibirá el hijo la mitad, y los nietos representando à su difunto padre, la otra mitad, la que partirán entre sí con igualdad, y ninguno de estos llevará tanta parte como su tio, porque están en grado mas remoto con el Testador, y asi heredarán por representacion de su padre lo que éste heredaria, si viviera.

119 Sin embargo de que cada hijo en el instante que nace, es acreedor legal, y natural à los bienes de su padre en estos Reynos de Castilla, concurriendo en él las demás calidades que previenen las leyes; no obstante, respecto unos de otros no es legitima necesaria de todos el tercio, sino de alguno, ò algunos à arbitrio de sus ascendientes (1); y asi se distingue con el nombre de *mejora*, sobre la qual unicamente pueden imponerles gravamen, y condicion, como lo dice la *ley* 11. *tit.* 4. *Partid.* 6 ; pero ha de ser en la forma que dexo explicado, y no en otra.

120 Las *leyes* 18. 19. *y* 27. *de Toro* permiten à los ascendientes legítimos que mejoren à sus legítimos descendientes por contrato entre vivos, ò ultima voluntad ; de las quales se infiere que la madre, y abuela estando casadas, pueden por sí solas mejorarlos inter vivos, y hacer todo lo que en este caso el padre, y abuelo. Sin embargo los AA. que tratan de la materia dudan sino distinguiendo la ley de casos, ni de contratos, ni de hijos, ni de estraños, es necesaria en el de mejora para su validacion la licencia marital. Los que llevan la opinion afirmativa, se fundan en la 55. de Toro que corrobora otras dos del Fuero Real, en la qual se prohibe á la muger casada hacer contratos, y casi contratos con tercero sin licencia de su marido, segun se prueba de su contexto::: *La muger durante el matrimonio, sin licencia de su marido como no puede facer contrato alguno, asimismo no se pueda apartar, ni desistir de ningun contrato, ni estár en juicio faciendo, ni defendiendo sin la dicha licencia de su marido ; y si estuviere por sí, ò por su Procurador, mandamos que no vala lo que ficiere.* El motivo

(1) Gutier. de Juram. confirmat. part. 1. cap. 9. num. 16. Matienzo en la ley 2. tit. 6. lib. 5. Recop. glos. 2. y glos. 3.

es, no por la imbecilidad, ò fragilidad de la muger, porque si ésta lo fuera, hablaria tambien con la que no es casada, sino porque el marido es legítimo administrador de los bienes de la suyá constante matrimonio, está obligado à su responsabilidad, tiene en ellos dominio aunque revocable, y temporal, y le pertenecen sus frutos para ayuda à superar las cargas matrimoniales: y de permitirla que celebre contratos sin su licencia, puede irrogarsele perjuicio.

121 Mi dictamen es que no puede mejorarlos, ni hacerles donacion inter vivos sin licencia de su marido, ni tampoco donacion por causa de muerte con entrega de los bienes donados: que la permision de las tres leyes de Toro debe entenderse en caso que intervenga la licencia, y no en otro, y por consiguiente que la mejora, y donacion serán ineficaces entonces, y despues de la muerte de su marido, à menos que las revalide luego, por defecto de potestad, forma, y solemnidad, por el qual fueron nulas en su principio; porque lo que en este es nulo, no cobra vigor con el tiempo, y esto aun en el caso de que renuncie la ley referida, pues como está establecida en favor del marido, es inutil la renunciacion que de ella haga su muger.

122 Si los padres hacen donacion en Testamento ò en otra qualquier ultima voluntad, ò por algun otro contrato entre vivos à alguno de sus hijos ò descendientes legítimos, aunque no digan que lo mejoran, se entiende ser mejorado en el tercio, y remanente del quinto, y se ha de contar lo que en éstos quepa, para que à él, ni à otro pueda mejorar en mas de su importe; pues si asciende à mas valdrá hasta en la quantia del dicho tercio y quinto, y legítima de lo que debian haber de los bienes de sus padres y abuelos, y no en mas, reintegrando el exceso à los coherederos (1), como queda expuesto. Pero si mandan que lo traiga todo à colacion, y particion en cuenta de su legítima, no se entenderá mejorado, antes bien deberá restituir el sobrante del importe de ésta à los demas interesados en la herencia, porque es visto que no quisieron mejorarle.

123 El mejorado en tercio, y quinto puede repudiar la herencia, y aceptar la mejora, satisfaciendo primero á prorata las deudas del difunto, y por las que entonces no parezcan queda obli-

(1) Ley 26. de Toro, que es la 10. tit. 6. lib. 5. Recop.

gado en igual conformidad, ya sea hecha la mejora en bienes señalados, ó no (1). Pero para deducirla se ha de atender al valor que estos tienen al tiempo del fallecimiento del que la hizo, y no al que tenian quando fue hecha (2), entendiendose que no debe sacarse de las dotes, y donaciones *propter nuptias*, ni de las demás donaciones que los descendientes traen à colacion, y particion (3), porque son bienes de estos, y no de aquel.

124 Quando hay mejora de tercio, y quinto entre diversos descendientes, debe deducirse primero éste que aquel por favor del alma del ascendiente, segun se dispone en la *ley* 214 *del Estilo*, que está en uso. El quinto es la unica hacienda que el Testador tiene para disponer à su arbitrio en virtud de la *ley* 28 *de Toro*. Si se sacase antes el tercio, se gravaria al ascendiente, y al mejorado ó legatario del quinto, porque entonces importa este la tercera parte menos que si se sacase primero; fuera de que en este caso no se podria decir que disponia del quinto de todos sus bienes como se lo permite la ley. Pero quando es un descendiente solo el mejorado en ambos, y bajando de qualquiera suerte el quinto, caben en él los gastos funerarios, Misas, y Legados, lo propio es deducirlo antes que despues del tercio, porque como el residuo de aquel se agrega à éste, percibe el mejorado lo mismo, y en nada se le perjudica; todo lo qual se observa comunmente en la práctica, y está executoriado repetidisimas veces. Dudan algunos como ha de deducirse el tercio quando el Testador mejora en él á un hijo, y lega à otro, ò à un estraño el quinto, porque si se saca primero éste con arreglo à la ley del Estilo, y del resto de sus bienes el tercio, no se verifica ser mejorado en el de todos, sino en el del residuo, ni se cumple la voluntad del Testador, arreglada à la ley de Toro, que le permite disminuir la legitima de algunos de sus descendientes en el tercio íntegro, y aplicarlo à los otros, por lo qual dicen debe deducirse el quinto, y luego sacar de todo el importe del caudal del Testador el tercio, como si el quinto no se hubiera deducido. Esta sutileza se funda en un supuesto falso, porque baxar el quinto, y suponer que no se ha baxado para sacar el tercio íntegro, es una ficcion; y aunque la ley de Toro

(1) Ley 21. de Toro, que es la 5. tit. 6. lib. 5. Recop. (2) Leyes 19. y 23. de Toro, que son las 3. y 7. tit. 6. lib. 5. Recop. (3) Ley 25. de Toro, que es la 9. tit. 6. lib. 5. Recop. Gomez en ella.

permite al Testador disminuir la legítima, y mejorar à algunos de sus descendientes en el tercio de todos sus bienes, debe entenderse, no disponiendo del quinto, pues si dispone, la mejora del tercio ha de ser del residuo, que es la legítima que se le permite disminuir: lo demás será sacarlo de caudal que ya no hay exîstente, y con una ficcion acrea perjudicar à los no mejorados, por lo que, para evitar dudas, y disputas prevendrá el Escribano al Testador *que mande deducir el tercio de lo que quede de sus bienes, despues de separado el quinto*, como se practica, y sino, *que se saque antes que éste.*

125 Si el Testador manda que se deduzca primero el tercio, se deducirá, porque como el quinto es hacienda suya, puede renunciar, o no usar de la ley del Estilo que está establecida en su beneficio (1). Si dexa tantas mandas graciosas que no caben en el quinto, se ha de mirar qué parte legó mas que lo que podia, v. gr. si es quarta, quinta, sexta, &c, y luego proratear el resto (baxados previamente los gastos de su funeral, Misas, y legados pios), entre todos los legatarios, y el del quinto, sacando de cada legado la parte que le corresponde, atendida su cantidad, ò importe, y de esta suerte será justa la deduccion; pero esto se limita en los legados especificos, los quales no deben entrar en el prorateo, sino darse integros à los legatarios, porque éstos adquieren dominio en ellos, y los hacen suyos al instante que muere el Testador, y como conocidos son de mejor condicion que los genéricos.

126 Las hijas no pueden ser mejoradas por razon de dote, ni casamiento en contrato entre vivos, ni se entiende serlo tácita, ni expresamente; y asi, aunque sus padres las mejoren por esta causa, no vale la mejora (2); ni por consiguiente vale tampoco el pacto ò promesa que por esta razon haga el padre à su hija ò yerno *de no mejorar à los demas hijos*, porque por este pacto es visto ser mejorada en algun modo, respecto privarse el padre de mejorar à los otros hijos, y recaer precisamente en ella la parte de mejora que entre ellos se habia de partir (3), si su padre los mejorára (*a*). Pero

(1) Ley Si quis in conscribendo 29. Cod. de Pact Cifuent. en la 25. de Toro cerca del fin. (2) Ley 1 tit. 2. lib. 5. y Auto 4. num. 24. tit. 12. lib. 7. Recop. Baeza de Non meliorand. filiab. cap. 4. y sig. (3) Aceb. en la ley 6. tit. 6. lib. 5 Recop. num. 24. Gutierrez de Juramento confirmat. part. 1. cap. 59. num. 14. (*a*) Nota 29.

por Testamento, ù otra última voluntad, pueden ser mejoradas, porque no hay ley que lo prohiba, y lo que por derecho no está prohibido, se entiende permitido. Lo propio parece sucederá por contrato entre vivos, con tal que la causa impulsiva y final de la mejora, no sea el casamiento, ò aunque lo sea, no exceda la dote de la renta que señala la *ley 5. tit. 2. lib. 5. Recopilacion*, en cuyos casos aunque supere à la legítima que les debe corresponder, atendido el valor de los bienes que dexen sus padres, ò el que las mejoró, parece no tendrán obligacion de restituir el exceso, y que se les imputará todo en legítima; mas no obstante, vease sobre ello lo que digo en mi segunda parte, que es lo que se debe seguir como mas cierto en mi concepto. Y sin embargo de que la *ley 29. de Toro*, que es *la 3. tit. 8. lib. 5. Recop.* dice que para llamarse inoficiosas las dotes, se ha de mirar si exceden del tercio, quinto, y legítima, y si caben en los bienes que dexa quando muere el que las dió, ù ofreció, ò en los que tenia quando las mandó, segun quisiere elegir la persona à quien fueron prometidas y mandadas, hoy no tiene lugar esta eleccion, porque las hijas no pueden ser mejoradas por contrato entre vivos, sino en los dos casos propuestos, y en el que explicaré en mi citada segunda parte, en donde trataré de este punto con mas extension, como en su propio lugar.

127 Los descendientes no mejorados deben pagar à los que lo son, el valor del tercio y quinto, ò al estraño el de éste en los mismos bienes que el Testador señaló, y no en dinero, y no habiendolos señalado, en la parte de hacienda que dexó, à menos que ésta no pueda dividirse cómodamente, que entonces pueden satisfacerselo en dinero (1). Se previene que aunque el Testamento se rompa por preterícion, ò exheredacion, valen las mejoras de tercio y quinto, del mismo modo que si no se rompiese (2); pero para que sean válidas, ha de constar de la legal solemnidad.

128 Si los ascendientes se obligan por contrato entre vivos à no mejorar à descendiente alguno, y luego lo mejoran, no valdrá la mejora; pero si en la misma forma prometen mejorarlo por razon de casamiento, ò por otra causa onerosa, deben ser obligados à cumplirlo, y si no lo hicieren se habrá por hecha la me-

(1) Ley 20. de Toro, que es la 4. tit. 6. lib. 5. Recop. (2) Ley 24. de Toro, que es la 8. tit. 6. lib. 5. Recop.

jora despues de su fallecimiento (1). Si esta mejora fuese perfecta, y hecha simplemente por contrato entre vivos, no se podra imponer despues condicion, ni gravamen en ella (2).

129 Si el ascendiente mejora en el quinto de sus bienes por donacion pura inter vivos à alguno de sus legitimos descendientes, ò à otro por Testamento, ù otra ultima voluntad, y no dispone del tercio, valdrán ambas mejoras sin embargo de que la *ley* 28. *de Toro* prohibe à los ascendientes mandar mas de un quinto en vida y muerte (3). La razon es, porque si tiene potestad para mejorar à alguno, ò algunos de ellos en el tercio, y quinto de sus bienes libres, con mucha mayor razon la tendrá para mejorarlo en el segundo quinto, y en este caso como que su importe es menor que el del tercio, queda el exceso à beneficio de los demas coherederos, aumentandose en esta parte su legitima respectiva.

130 Pero se duda de qual de los dos quintos se deberán sacar los gastos de entierro, funeral y misas. Ayora dice que deben deducirse del quinto legado en el Testamento, porque en la donacion inter vivos irrevocable hecha puramente, no puede el donante imponer despues condicion, ni gravamen alguno al donatario sin su consentimiento: que quando pudo, fue al tiempo de hacerla, por haber tenido para ello libre facultad: que el primer quinto atendida la qualidad de las personas, se entiende haber sido donado en lugar del tercio, no constando expresamente lo contrario de la voluntad del donante, el qual asi como lo donó à su descendiente, pudo haberle donado el tercio, quarto, ò sexto à su arbitrio; y que si esto no se entendiera asi, se gravaba demasiado, porque se privaba de la facultad de testar y legar, la que es visto haberse reservado para el tiempo de ordenar su Testamento, como mas propio, regular, y adequado, testando en uso de ella del segundo quinto unico patrimonio suyo libre, que teniendo descendientes, le concede la *ley* 28. *de Toro*. Esta opinion como mas arreglada, que la de otros AA. que están por la contraria, es la que sigo en el lib. 2. cap. 1. de mi segunda parte. En efecto el primer quinto debe estimarse como parte del tercio, y en cuenta de él, y de consi-

(1) Ley 22. de Toro, que es la 6. tit. 6. lib. 5. Recop. (2) Ley Perfecta donatio 4. Cod de Donat. quæ sub modo, Gom. en la 17. de Toro, num. 22. (3) Matienzo, en la ley 12. tit. 6. lib. 5. Recop. glos. 3. y 4. Angulo, de Meliorat. glos. 1. n. 3. 4. y 5. Ayora, de Partitionib. part. 2. quæst. 8.

guiente como una donacion pura é irrevocable, sobre la qual no puede imponerse gravámen ni condicion alguna.

131 Si mejora únicamente en el tercio à alguno, ò algunos de sus descendientes legítimos, no dispone del quinto, y manda que el mejorado en el tercio pague los legados de su Testamento y gastos del entierro y misas del tercio en que le mejora, estará obligado à pagar y cumplir todo esto hasta en la cantidad à que ascienda el quinto de todos los bienes del padre, y no mas; porque el exceso es parte del tercio, y éste legítima de los descendientes, à la qual no se ha de tocar en su detrimento. Si mejora en el tercio de todos sus bienes à uno de sus descendientes, y no hace mejora del quinto à él, ni à otro, se sacarán del quinto los gastos del entierro, misas y legados, y si sobrare algo, se sacará el tercio del sobrante, y el resto se agregará al cuerpo de bienes que haya resultado, deducido el tercio de la mejora, y el quinto, repartiendose todo por iguales partes entre todos los herederos. De lo contrario no se cumple la voluntad del Testador, que quiso mejorar en el tercio integro de todos los bienes que quedasen despues de deducidos los gastos y expensas referidas, al descendiente, por cuya razon no dispuso de todo el quinto como podia (1). Lo propio debe practicarse, quando el legatario muere antes que el Testador, porque como aquel no adquirió derecho al legado, recae en los herederos de éste, y no pasa à los del legatario, no constando lo contrario de la disposicion en que se hizo.

132 Si los bienes de la mejora de tercio y quinto están entregados en vida al mejorado, parece que de este quinto no se deben deducir los gastos y legados referidos, sino de el de los demas bienes, porque como el mejorado se hizo dueño de aquellos por la entrega y donacion inter vivos, no se le podrá desmembrar cosa alguna, por no ser ya del Testador; pero lo cierto es que deben deducirse de él los gastos funerarios y misas, y no los legados, porque como habiendo tercio entre descendientes, no puede haber mas que un quinto, del qual se hizo dueño el mejorado por la entrega, y el Testador usó en vida de toda la potestad legal que tenia, nada tuvo que legar en muerte. Mas esto no procederá quando en la donacion impone el gravamen de satisfacerlos, pues entonces debe pagarlos el mejorado hasta en donde alcance el quin-

(1) Ayora, de Partitionib. part. 2. quæst. 5. y 10.

to, y no mas. Se previene que si los mejorados son muchos, y el Testador no señala à cada uno la parte, ò quota que ha de percibir, se debe dividir igualmente entre todos la mejora, porque no puede ser mas que una.

133 Pueden los ascendientes revocar hasta su muerte la mejora hecha á sus descendientes en contrato entre vivos, ò ultima voluntad, por las causas, porque se permiten revocar las donaciones perfectas, de que trataré en el cap. III. à menos que siendolo por contrato entre vivos, hayan entregado al mejorado, ò à quien le represente, la posesion de los bienes de ella; ò à presencia de Escribano la escritura, ò que en ésta se haya reservado la facultad de revocarla, ò que el contrato se haya celebrado con tercero por causa onerosa, v. gr. por casamiento, remuneracion, ò otra semejante, que en estos quatro casos es irrevocable (1). Y al modo que siendo hecha simplemente, se amplía, y estiende no solo à los bienes presentes, sino à los futuros del mejorante, si éste no lo limitó, y concurrieron las circunstancias referidas; asi tambien su irrevocacion; pero no al quinto, porque es revocable hasta la muerte (2); bien que sobre esto hay variedad de opiniones.

134 Si marido, y muger mejoran de conformidad constante matrimonio à alguno de sus descendientes por Testamento, ù otra ultima voluntad, podrán revocar la mejora, en conseqüencia de la *ley 17. de Toro* que dice: *Salvo si fuere hecha la dicha mejora por contrato entre vivos, oviere entregado la posesion de la cosa, y cosas en el dicho tercio contenidas à la persona à quien la hiciere*, de que se prueba que la irrevocacion se entiende quando la mejora del tercio es hecha por contrato entre vivos, y no en ultima voluntad, y que quando se hace en ésta debe seguir su naturaleza; sobre lo qual vease à *Antonio Gomez en dicha ley num.* 24.

(1) Ley 1. tit. 6. lib. 5. Recop. Matienz. en ella, glos. 9. 10. y 11.
(2) Gom. en la ley 17. de Toro, n. 10. 11. 12. y 13.

§. V.

De los desheredamientos.

135 Queda explicado quiénes pueden y deben ser instituidos por herederos: resta expresar por qué causas pueden ser desheredados, y perder la herencia, aunque en virtud de institucion hayan entrado en ella. *Desheredar es cosa que tuelle à ome el derecho que habia de heredar los bienes de su padre ò de su abuelo, ò de otro qualquier quel tanga por parentesco* (1). El que es capaz de testar, puede desheredar à otro de sus bienes (2). Pero si el Testamento en que fuese desheredado se rompiese por algun motivo legal, ò se desatase porque los herederos instituidos no quisiesen entrar en la herencia del Testador, entonces el que fuese desheredado en tal Testamento no le empecteria. El desheredamiento no tiene lugar propiamente, sino respecto de los descendientes y ascendientes legítimos. Debe hacerse nombrando el Testador al desheredado por su nombre y apellido, ò por otra señal cierta y verbal, que no dexe duda de su persona, ya sea varon ò hembra, que esté ò no en poder del Testador (3). El que fuese desheredado lo ha de ser sin condicion alguna en todos los bienes, y no en una cosa tan solamente (*a*), y de lo contrario no valdrá, porque ninguno puede ser en parte heredero, y en parte desheredado (4), al modo que tampoco puede representar, y no representar al Testador. Pero el póstumo no puede ser desheredado, porque hoy se requiere causa, y à lo menos la edad de 10 años y medio para serlo (5).

136 En estos Reynos de Castilla tienen facultad los padres de desheredar à sus hijos por muchas causas. La primera, por poner en ellos las manos ayradas para prenderlos ò herirlos, ò maquinar su muerte con yerbas, veneno, ò en otra forma, ò su daño, de suerte que pierdan, ò se les menoscabe gran parte de su hacienda,

(1) Ley 1. tit. 7. Partid. 6. (2) Ley 2. tit. 7. Partid. 6. (3) Ley 3. tit. 7. Partid. 6. (4) Leyes Cum Quidam 19. ff. de Liber. & posthum. Si ita qui 74. ff. de Hæredib. instituend. y 3. al fin, tit 7. Partid. 6. Sr. Molin. de Hisp. primog. lib. 1. cap. 9. n. 20. (5) La misma ley 2. tit. 7. Partid. 6. (*a*) Nota 30.

ò acusarlos de delito que tenga la pena de muerte ò de destierro; pero si el crimen es de lesa Magestad, y los hijos lo prueban, no deben ser desheredados por esta razon (1).

137 La segunda, por infamarlos de modo que valgan menos: ò tener acceso carnal con su madrastra, ò con otra muger que tuviese su padre paladinamente por amiga, ò ser hechiceros ò encantadores, ò vivir con los que lo son (2).

138 La tercera, si estando preso por alguna deuda, no los quisieren fiar en quanto pudieren; pero esta causa no comprende à las mugeres à quienes por derecho está prohibido ser fiadoras: ò por impedirles que testen, pues si luego hàcen Testamento, pueden desheredarlos. Si impiden à su padre que dexe algun legado à otro, puede el legatario acusarlos de este delito, y probándoselo, deben perder la parte que debian haber de la herencia del padre, è ser del Rey. En este caso deben los Legatarios haber su legado, si se probáre que el Testador tenia voluntad de mandarselos, si hubiese hecho el Testamento (3).

139 La quarta, por lidiar por dinero con hombre, ò bestia contra la voluntad de su padre, ò hacerse Juglares, no siéndolo éste. La quinta, quando dotando el padre à la hija segun su clase, y sus bienes, resiste casarse contra su voluntad, y despues se hace ramera; pero si quiere, y su padre lo difiere hasta los 25 años, pasados que sean, aunque se prostituya, ò se case contra su voluntad, no puede desheredarla (4). Vease la nota 31. en que se dá razon de las penas en que incurren los hijos que se casan contra la voluntad de sus padres, y lo que acerca de este punto se ha dispuesto en la Pragmática de 23 de Marzo de 1776. y en otras Cédulas posteriores.

140 La sexta, quando los descendientes no cuidan de recoger, y alimentar à su descendiente, que perdió el juicio, y anda vagando, y un estraño movido de piedad lo recoge, y los avisa y ruega para que lo cuiden, y sin embargo no quieren: si el ascendiente muere intestado, debe llevar el estraño todos sus bienes, y sus descendientes nada, y si recobra su juicio, puede desheredarlos, y aunque antes del frenesí ò demencia tenga hecho Testamento, instituyendolos por herederos, si estando loco, mue-

(1) Ley 4. tit. 7. Partid. 6. (2) Dicha ley 4. (3) Ley 4. tit. 7. Partid. 6. (4) Ley 5. tit. 7. Partid. 6. Sr. Greg. Lop. en ella.

re en casa del estraño, no vale la institucion de heredero, pero sí las mandas que contengan (1).

141 La septima, por no redimir à sus ascendientes cautivos ò ser en ello negligentes, pues si salen del cautiverio, y hacen Testamento pueden desheredarlos, y si mueren en él, nada deben percibir de sus bienes, antes bien el Obispo de su Diócesi se ha de apoderar de ellos, inventariarlos, y distribuir su producto en la redencion de cautivos; y si antes de ser cautivos hicieron Testamento con institucion de heredero, y mueren en el cautiverio, no queriendolos redimir, es nula la institucion y lo demás valido; pero para incurrir el heredero en esta pena, ha de ser mayor de 18 años, sin que le sirva de disculpa el decir que el cautivo no le dió órden para enagenar, ù obligar sus bienes à fin de redimirlo, porque el derecho (2) le concede esta facultad, sin que sea necesario su precepto. Esto mismo se entiende respecto de los otros parientes del cautivo.

142 La octava, si los descendientes christianos se pervierten, volviendose Judíos, Moros, ò Hereges, siendo sus ascendientes católicos; pero si estos profesan alguna secta, y aquellos la Religion Católica, deben instituirlos por herederos. Si tienen muchos hijos, unos católicos, y otros no, heredarán aquellos, y no estos à sus padres, y convirtiendose despues, se les debe entregar su legítima entera, mas los católicos pueden quedarse con los frutos que ésta ha producido. Si el padre, y sus hijos son hereges, y sus próximos parientes católicos, éstos solos llevarán la herencia, y si alguno es herege, y Clérigo, y tambien hereges todos sus parientes por linea recta, y transversal hasta el decimo grado, heredará la Iglesia sus bienes, demandandolos dentro del año siguiente al dia en que por tal se le declare; y no pidiendolos dentro de él, ò siendo lego, los llevará el Rey (3).

143 Y la nona, si el hijo, ò hija contraen matrimonio que la Iglesia tiene por clandestino, pues por este hecho incurren él y los que intervienen como testigos, en perdimiento de todos sus bienes, y destierro perpetuo de estos Reynos, y si despues entran en ellos, en pena de muerte; pero nadie puede acusarlos de este delito si no su padre, y muerto éste, su madre. En el dia como que

(1) Ley 5. tit. 7. Partid. 6. (2) Ley 6. tit. 7. Partid. 6. (3) Ley 7. tit. 7. Partid. 6.

ya los matrimonios clandestinos no son matrimonios, segun lo declaró el Santo Concilio de Trento en la Sesion 24. cap. 1. del decreto de reforma del matrimonio, ya no tiene lugar semejante disposicion, pues que no exîsten los motivos que tuvieron presentes los Señores Reyes Católicos para tomarla (1). En quanto à si los padres tienen derecho de desheredar à sus hijos que contraen matrimonio sin su licencia ò consentimiento, vease la nota 31.

144 Para que valga el desheredamiento de los descendientes, no solo han de expresar sus ascendientes la causa, sino probarla, ò el heredero que instituyen, y de otra suerte no vale (2). Pero si el desheredado consiente en el desheredamiento en qualquier manera, no puede reclamarle despues, ni sobre ello debe ser oido en juicio (3) Si el Testamento en que se hizo se rompe, ò lo revoca el Testador, no vale tampoco el desheredamiento hecho en él, porque seria absurdo que éste fuese válido, y aquel nulo, como ya hemos dicho (4).

145 Tambien pueden los descendientes legítimos desheredar à sus descendientes por ocho causas. La primera, por acusarlos de delito porque deben morir, ò perder algun miembro, excepto que el delito sea de lesa Magestad. La segunda, por maquinar su muerte con yerbas, veneno, ù otra cosa. La tercera, por tener acceso carnal con su muger, ò amiga. La quarta, por impedirles disponer de sus bienes con arreglo à derecho. La quinta, por solicitar su padre la muerte de su madre, ò ésta la de aquel. La sexta, por no querer dar à sus descendientes locos ò desmemoriados lo necesario para su conservacion. La séptima, por no redimirlos de cautiverio pudiendo; y se previene que lo que queda dicho del ascendiente sobre esta causa, se debe entender respecto del descendiente para con él. Y la octava, quando el ascendiente es herege, y el descendiente católico (5). Qualquiera de estas causas debe justificarse en debida forma, para que por ella pueda hacerse el desheredamiento; el qual no tiene lugar por alguna otra razon ó causa que no sea de las sobredichas (6). El Escribano las tendrá muy presentes para no autorizar por contemplacion al Testador en Testamento que ha de ser infructuoso, y que no ha de servir sino de

(1) Ley 1. tit. 1. lib. 5. Recop. (2) Leyes 1. tit. 9. lib. 3. del Fuero Real 10. tit. 7. y 7. tit. 8. Partid. 6. (3) Ley 6. tit. 8. Partid. 6. Gom. lib. 1. Var. cap. 11. num. 15. (4) Ley 2. tit. 7. Partid. 6. y en ella el Señor Greg. Lop. glos. 2. (5) Ley 11. tit. 7. Partid. 6. (6) Ley 8. tit. 7. Partid. 6.

pleitos, y gastos entre el desheredado y los herederos instituidos, pues aunque no incurre por ello en pena civil, gravará su conciencia, y sera reputado por ignorante.

146 Por seis causas debe el heredero perder la herencia del que le instituyó por tal. La primera, quando éste fue muerto por obra, ò consejo de alguno de su compañía, y el heredero sabiendolo, entra en la herencia antes de quexarse del agresor al Juez, para que lo castigue; pero si otros le mataron, puede entrar en ella, y despues querellarse de ellos dentro de cinco años, y si en este término no se queja, debe perderla, y llevarla el Rey. La segunda, si abre el testamento del Testador antes de acusar à los delinqüentes, estando cerciorado de los que son, pero si no lo está, ò es aldeano necio, no la perderá por esta causa. La tercera, si el Testador ha sido muerto por obra, culpa o consejo de su heredero. La quarta, por haber tenido éste acceso carnal con la muger de aquel. La quinta, si el hijo dice de falsedad del Testamento, ò Escritura en que fue instituido, siguiendo la instancia hasta su final decision, pues si se declara por verídico, pierde la herencia; y lo mismo será si fuere Personero ò Abogado en ella, à menos que lo haga por precepto del Rey, ò que sea curador de algun huerfano. Y la sexta, si à ruego, ò por mandato del Testador entrega la herencia al que por derecho es incapáz de heredar, constandole su incapacidad. Por qualquiera de estas causas debe perder la herencia, y pasará al Rey, y por las mismas los legatarios sus mandas (1).

147 Si todos los descendientes legítimos son desheredados por alguna de las causas expresadas en los números precedentes, ò son Frayles profesos de San Francisco, ò de otras Religiones mendicantes, à quienes nada se les permite poseer en comun, ni en particular, pueden ser instituidos por herederos los hijos naturales, porque à los desheredados legítimamente está prohibido por derecho serlo, y á dichos Religiosos tambien, asi por instituto, como por disposicion del Santo Concilio de Trento en la *Ses. 25. cap. 2. de Regularib & Monialib.* à causa de no poder poseer bienes, y reputarse unos y otros por difuntos para este efecto; por lo que si un estraño puede ser en dicho caso heredero, con mas razon el hijo natural, pues su padre à falta de legítimos tiene facultad de

(1) Leyes 13. tit. 7. Partid. 6. y 11. tit. 8. lib. 5. Recop. vease al Sr. Greg. Lop. en dicha ley 13. y à Matienzo en la 11. glos. 5. num. 3.

dexarle todo lo que quisiere, y de la madre es heredero legítimo *ex testamento*, y *ab intestato*, como queda sentado, y viene à ser lo mismo que si no los tuviera (1).

§. VI.

De los herederos estraños.

148 Los que carecen de ascendientes y descendientes legítimos, que son los únicos herederos forzosos, pueden repartir sus bienes entre personas estrañas, no siendo de las que tienen prohibicion legal de heredar (2); dexandoles la parte que quisieren, y gravarles y à la herencia con las condiciones que les parezcan posibles y justas, las que para entrar en ella deben cumplir, ò dar seguridad de cumplirlas, ò hacer para ello las diligencias conducentes (3); sin que sus hermanos, ni otro pariente puedan impedirselo, pues tienen facultad de excluirlos de su sucesion con razon, ò sin ella (4). Respecto de sus descendientes ò ascendientes, quedan los herederos estraños sin sujecion à las leyes generales de herencias y sucesiones, y de consiguiente pueden disponer libremente de los bienes que heredan entre estraños, lo que no podrán hacer respecto de sus bienes propios. Llámanse herederos estraños todos los que no son ascendientes ò descendientes legítimos, con inclusion de los hermanos, porque no traen el sér ò exîstencia de ellos, ni se derivan unos de otros, como los descendientes de sus ascendientes. Pero à la verdad los parientes pobres si lo merecen, deben ser preferidos à los estraños en iguales circunstancias, por ser mas cercanos, aunque estos tengan igual, ò mayor indigencia, y el Escribano debe aconsejar al Testador que les dexe sus bienes, pues de lo contrario grava su conciencia, como se infiere de una respuesta que dió San Agustin. *Si alguno teniendo un pariente pobre instituye por heredero à un estraño, busque à otro que le aconseje, y no à Augustino.* Sin embargo, si no se hubieren hecho acreedores por sus buenas costumbres, y no fuese de esperar que hiciesen buen uso de la

(1) Siguenza, de Clausulas, lib. 2. cap. 7. num 17. y sig. (2) Leyes 1. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real 1. y 12. tit. 7. Partid. 6. y 9. y 11. Cod. de Hæredib. instituend. (3) Leyes 7. y 14. tit. 4. y 22. tit. 9. Partid. 6. (4) Leyes 1. y 12. tit. 7. Part. 6. Sr. Greg. Lop. en ellas.

herencia, no deben ser atendidos: el ingrato y de mala conducta de nadie es pariente. De esto se deduce, que el Testador puede privar al padre del heredero instituido, si es menor, loco ò fatuo, del manejo, intervencion y usufruto de los bienes que le dexa, y nombrar persona de su confianza que los administre y cuide de ellos, y de la persona del heredero, si tiene sospecha ò ciencia de que el padre es de mala conducta.

149 Instituyendo el Testador por su heredero à alguno en cosa señalada, v. gr. tierra, viña, ù otra, si en este Testamento, ò en otro que haga despues no nombra heredero, debe llevar éste enteramente sus bienes; pero deberá cumplir los legados, y lo demas que el Testamento contenga (1). La razon es, porque en este caso representa al Testador en el todo, porque segun un lugar del Derecho comun, el que es instituido heredero en cosas señaladas no habiendo otro instituido, se tiene por heredero universal. Si no fuese asi se podria decir que el Testador moria en parte testado, y en parte intestado (2) (*a*). Si en Testamento posterior establece nuevo heredero, solo llevará el nombrado en el primero aquella cosa en que fue instituido, y el del segundo el resto de la herencia (3).

150 Siendo instituidos dos en un Testamento por herederos, y cada uno en una cosa determinada, si el Testador no dispone del resto de sus bienes, los heredarán ambos igualmente, percibiendo primero las respectivas alhajas en que fueron nombrados, y luego la herencia por mitad, pagando en esta forma las deudas del Testador. Si éste nombra por su heredero à uno en cosa señalada, y à otros dos en otra, y no dispone del residuo de sus bienes, los partirán todos tres de esta suerte: El heredero único llevará la mitad, y los dos la otra mitad, à-menos que el Testador mande que hereden todos con igualdad; pero en ambos casos ha de percibir cada uno ante todas cosas aquella en que le instituyó (4).

151 Si nombra por sus herederos à tres ò quatro juntos, no expresando quánto ha de llevar cada uno: todos herederán con igualdad sus bienes. Si instituye à personas determinadas en cosas

(1) Ley 14. tit. 3. Partid. 6. (2) Ley Jus nostrum 6. ff. de Reg. jur. §. Hæreditas 5. versic. & si unum : : Institut. de Hæredib. instituend. Gomez, lib. 1. Var. cap. 10. num. 8. 9. y 10. (3. Ley 14. tit. 3. Partid. 6. (4) Ley 14. tit. 3. Partid. 6. Mantica, de Conject. ult. volunt lib. 3. tit. 10. num. 9. lib. 4. tit. 3. num. 17. y lib. 7. tit. 1. num. 39. Gom. lib. 1. Var. cap. 10. (*a*) Nota 32.

ciertas, y à otra tambien, pero sin decir lo que ésta ha de heredar, percibirán aquellas las que les señaló, y la otra à quien nada dexó, el resto de la herencia; y lo mismo sucederá aunque sean dos ó mas los instituidos sin expresion de lo que han de llevar, pues partirán igualmente el resto (1).

152 Si instituye à quatro por sus herederos, prefiniendo à los dos una misma cosa en esta forma: *Instituyo por mis herederos à Juan, Diego, Antonio y Francisco, y mando à Juan la mitad de mis bienes, y à Diego la otra mitad*, y à los otros dos nada; heredarán los primeros la mitad de la herencia, y la otra mitad los otros dos, à quienes nada dexó; de modo que se ha de partir igualmente entre los quatro, ya sean instituidos al principio, medio, ò fin del Testamento. Lo propio se observará, si divide su hacienda en quatro partes iguales, nombrando à tres por herederos de las tres, y no haciendo mencion de la quarta, pues las llevarán íntegra los tres instituidos. Mas si dexa à alguno de ellos mayor porcion que à los otros, deben partir la quarta à prorata de la institucion (2); y lo mismo se ha de practicar en las mandas (3).

153 Pero si nombra por herederos à tres: à uno de la mitad, à otro de la tercera, y à otro de la quarta parte de sus bienes, se ha de proceder en la particion por regla de proporcion, ò de *Tres*, pues de otro modo saldrá alguno perjudicado, v. gr. importa la herencia doce, cuya mitad son seis, la tercera parte quatro, y la quarta tres, que unidos suman trece, y sobra uno. Para que la division sea justificada debe formarse la cuenta de esta suerte: Si trece me dán seis, ¿doce qué me darán? Y asi para los demas coherederos, y lo que saliere al quociente, se aplicará à cada uno, que todo unido importará los mismos doce de la herencia; lo que tendrá presente el Escribano por si se le ofrece particion de esta clase, pues las leyes no tocan esta especie, y executandose en los términos expuestos, se cumple la voluntad del Testador, y à ningun heredero se irroga detrimento. De estos herederos trataré con mas extension en el lib. 2. cap. 8. de mi segunda parte.

(1) Ley 17. tit. 3. Part. 6. (2) Dicha ley 17. (3) Ley 33. tit. 9. Part. 6. Gomez, lib. 1. Var. cap. 2. num. 3. y cap. 12. num. 20. & ibi. Ayllon.

§. VII.

De los que tienen prohibicion de heredar.

154 No deben heredar, ni ser instituidos por herederos los desterrados para siempre, que llaman *deportados*: los condenados à servir perpetuamente en las minas ò labores del Rey; pero estos pueden ser legatarios (*a*): el herege declarado por tal en juicio: el que con cierta ciencia se hace bautizar dos veces: los christianos que apostatan de nuestra Santa Religion: la Cofradía ò Ayuntamiento erigidos contra derecho, ò contra la Real voluntad: el nacido de dañado ayuntamiento, que es de parienta dentro del quarto grado, sabiendo sus padres el impedimento, ò de Clérigo ordenado de órden sacro, Frayle ò Monja profesos, ò de muger casada con otro (1).

155 Tampoco debe serlo el traydor declarado, ni sus hijos varones, y estos no solo están privados de heredar à sus padres, sino à otro qualquiera pariente ò estraño, y de ser legatarios; pero las hijas pueden heredar la quarta parte de los bienes de sus madres (2). En la misma pena incurren los que dan consejo, ò ayudan à hacer la traycion: los bienes de todos estos recaen en el Fisco, excepto que toquen à tercero, v. gr. muger, ù otro acreedor: y sus hijos quedan infamados para siempre (3).

156 Los Religiosos de San Francisco, asi de Observancia como de Reforma, y sus Conventos no pueden ser herederos (4): Pero acerca de esto vease lo que diré en el §. XVII. Asimismo no puede serlo el que vió herir, matar, ò cautivar à su Señor, y no lo socorrió pudiendo, ni tampoco el alevoso (5). El confesor que asiste al Testador en su última enfermedad, no puede heredarle, ni haber manda, fideicomiso, ni otra cosa suya, ni su Iglesia, Convento, ni deudo, ni vale lo que estando en la enfermedad les dexa; y el Escribano que autoriza semejante disposicion, incurre por

(1) Leyes 4. tit. 3. Part. 6. y 6. y 7. tit. 8. lib. 5. Recop. (2) Leyes 2 tit. 2. Partid. 7. y 1. 2 y 4. tit. 18. lib. 8. Recop. (3) Dichas leyes últimamente citadas. (4) Clementin. Exivi: versic. Quia igitur: de Verbor. significat. Concil. Trident. Ses. 25. cap. 3. de Regularib. (5) Ley 11. tit. 5. lib. 3. del Fuero Real. *a*) Nota 33.

la primera vez en pena de 200 ducados, y suspension de oficio por dos años; y por la segunda en doble multa, y privacion de oficio, y cada uno de los testigos instrumentales en la de 20 ducados (1). A los Eclesiasticos, e Iglesias está prohibido adquirir bienes raices por Testamento, compra, ó en otra manera sin licencia del Rey, y retener sin ella los que llegaren á sus manos por Testamentos, Aniversarios, y Capellanias (2); pero esto no está en observancia. Infierese de todo lo dicho, que de los que tienen prohibicion de heredar unos se llaman *incapaces*, y otros *indignos*. Los indignos son aquellos, que aunque por derecho no se les prohibe ser instituidos, se les quita la herencia, y se aplica al Fisco, ó á los parientes *ab intestato*, como son los nacidos de dañado ayuntamiento. Y de los incapaces, unos lo son absolutos, y otros limitada, ó respectivamente; los que lo son absolutamente, son los que tienen prohibicion de testar por delito que cometieron; y los otros, los que en ciertos casos no pueden ser instituidos, v. gr. los hijos naturales habiendolos legitimos (3).

§. VIII.

De los herederos ab intestato.

167 Dos son los modos de suceder en estos Reynos, por *testamento*, y *ab intestato*. Hemos explicado en los §§. anteriores todo lo concerniente á la materia de testamentos, y á las sucesiones que de ellos se derivan; y para tratar de las herencias *ab intestato* diremos primeramente que el hombre puede morir intestado de quatro maneras. La primera, quando no hace testamento verbalmente, ni por escrito, teniendo potestad para hacerlo. La segunda, quando lo hace; pero no observa en su ordenacion y otorgamiento lo que por derecho está prescripto. La tercera, quando aunque lo haya ordenado como debe, se rompe despues por la supernascencia de algun hijo de quien no hizo mencion especifica, ni genérica; pero en parte están derogadas dichas leyes, porque

(1) Auto 3. tit. 10. lib. 5. Recop. y Reales Cédulas de 18 de Agosto de 1771, y 13 de Febrero de 1783. (2) Auto 2. tit. 10. lib. 5. Recop. (3) Murillo, lib. 3. tit. 26. de Testam. num. 244.

siendo otorgado el testamento con la solemnidad prevenida, se rompe solamente en quanto á la institucion de heredero, como dexo expuesto, y lo dice *la ley* 1 *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop. Y mandamos que el testamento que en la forma susodicha fuere ordenado, valga en quanto á las mandas, y otras cosas que en él se contienen, aunque el Testador no haya hecho heredero alguno.* Si contiene la cláusula codicilar, valdrá en todo lo que por derecho puede valer, que es en la mejora de tercio y quinto, pues sin embargo de que no haga mencion de ella, la llevarán los herederos instituidos, y el preterido su legítima, y no mas, como dexo dicho; y para obviar este inconveniente y perjuicio, se ordenará la institucion en esta forma: *Instituyo y nombro por mis herederos en partes iguales á Pedro y Juana mis dos hijos legítimos, y á los demás descendientes de legítimo matrimonio, que por su órden y grado deban heredarme con arreglo á derecho*, con cuyo adictamento aunque el Testador se case muchas veces, y tenga descendientes legítimos, no se podrá alegar preterícion aunque no vuelva á textar, porque no la hay, ni por consiguiente habrá *ab intestato*, por ampliarse genericamente á todos la institucion. Pero se duda si morirá *ab intestato* el que no teniendo al tiempo de testar hijo alguno nacido, ni póstumo, *nombra genericamente por sus herederos* ex testamento, *ó en poder para testar á los hijos que procreare constante su matrimonio*, y fallece baxo de esta disposicion sin haberlos declarado especificamente; como tambien si el comisario podrá llamarlos, ó expresar sus nombres en el testamento que ordene en virtud del poder. En quanto á lo primero soy de parecer que morirá intestado, porque el heredero debe exîstir, y ser nombrado por su nombre y apellido, ó con señales tan claras, que no se dude de él; y en este concepto se entiende la ley que queda citada, con arreglo á la qual está estendida la inserta clausula. Y en quanto á lo segundo diré, que la institucion de heredero es privativa del Testador y no del comisario. Los hijos como que son herederos forzosos del padre no es necesario que sean nombrados especificamente: basta que en general se los instituya, y en este caso las funciones del comisario se reducen á expresar con individualidad sus nombres.

168 La quarta, quando hace testamento perfecto con nombramiento de heredero, y éste no quiere aceptar la herencia; y en quanto á ésta digo lo mismo que de la tercera, pues verifica-

do este caso, sucederá el pariente mas cercano del Testador, y no habiendolo hasta el decimo grado, la llevará el Fisco (1); bien que hoy no pasa del quarto civil, como diré mas adelante. Pero si nombró substituto, la percibirá éste como segundo heredero; y en ambos casos valdrá todo lo demas que el testamento contenga, constando de la solemnidad legal de testigos, y siendo conforme à derecho (2); como queda explicado.

169 Esto supuesto, para que el Escribano se instruya radicalmente en esta materia de sucesiones *ab intestato* se advierte que el parentesco es de tres maneras: *espiritual*, *natural* y *legal*. El espiritual es el que proviene del Bautismo y Confirmacion (3). El natural, de que aqui se trata, es el que procede de la consanguinidad, y tiene tres lineas, una de descendientes, como son: hijos, nietos, viznietos, &c. otra de ascendientes, v. gr. padres, abuelos, visabuelos &c. y otra de transversales, ò colaterales, como son: hermanos, primos carnales, primos segundos, tios, sobrinos y demás parientes por consanguinidad (4), de lo qual, y del modo de contar los grados de este parentesco segun derecho Civil y Canónico; formar y entender los arboles genealogicos, y de otras cosas trataré difusamente en el cap. de los Mayorazgos, Patronatos y Capellanías. Y el legal es el que dimana de la adopcion por ministerio y disposiciones Civiles, Reales y Canónicas (5), ya sea la adopcion perfecta, que es quando el adoptado pasa al poder del adoptante, ò imperfecta, que es quando no pasa, de las quales la perfecta tiene tres lineas como la cognacion natural y consanguinea: una recta entre el adoptante, adoptado y descendientes de éste: otra transversal entre el adoptado, è hijos carnales del adoptante; y la otra de afinidad entre el adoptante y la muger del adoptado. Este parentesco de afinidad, que es proximidad de personas proveniente de ayuntamiento carnal, impide el casamiento entre los afines hasta el quarto grado; y si está hecho, lo anula como impedimento dirimente (6); pero sin embargo no

(1) Ley 12. tit. 8. lib. 5. Recop. (2) Ley 1. tit. 4. lib. 5. Recop. Matienz. en ella glos. 14. (3) Cap. 4. 5. 6 7. y fin. de Cognat. Spirituali y el tit. 7. Partid. 4 (4) Leyes 1. y 2. tit 6 Part. 4 y 2. tit. 13. Partid. 6. y el tit. de Consanguinitate. (5) Leyes 7. y 8. tit. 7. y 1. tit. 16. Partid. 4. y cap. unic de Cognat. legali. (6) Leyes 12. y 17 tit. 2. y 5. tit. 6. Part. 4. Concil. Trident. ses. 24. de Reformat. matrim. Sr. Covar. de Matrim. cap. 6. §. 1. y 7. Sanchez lib. 7. de Matrimon. disp. 64 y sig.

nace de él parentesco alguno, como sucede en el de consaguinidad, ni dá derecho à la sucesion de los bienes de los afines (1). Asimismo se advierte que los hermanos tienen diversos nombres: unos se llaman *germanos*, y son los hijos de un mismo padre y madre: otros *consanguineos*, y son los de un padre y de diversas madres; y otros *uterinos*, y son los de una madre y de distintos padres. Y últimamente se advierte, que asi como los descendientes suceden à sus ascendientes hasta lo infinito por derecho natural y positivo, suceden *ab intestato* los transversales hasta el grado que diré, à sus parientes por mera disposicion y presuncion legal, porque la ley presume que el difunto si hubiera testado, los hubiera instituido, mediante la aficion que por la consanguinidad les tendria, como es natural, y por esta sola razon se llaman tambien *legítimos*, aunque no *forzosos* como los otros.

170 Sentados estos principios como reglas precisas para la inteligencia de la sucesion, digo que si el padre, la madre, abuelos, ò alguno de los demás ascendientes legítimos muere intestado, heredarán sus bienes el hijo, ò nieto suyo legítimo, ò los que sean en mucho, ò poco número sin distincion de agnados ni cognados, que es de varones y hembras, ya estén en su poder, ò fuera de él (2). Si los hijos son muchos, heredarán todos *in capita*, que es con igualdad; y lo propio sucederá si concurren muchos nietos hijos de un hijo muerto, y no hay mas hermanos de éste; pues habiendolos, herederán *in capita*, y los nietos *in stirpem*: quiero decir, que cada uno de los hermanos llevará tanta legítima como todos los hijos de su difunto hermano, porque éste como su cabeza, à quien representan, no llevaria mas, si viviera. Y si dexa un nieto solo hijo de un hijo muerto, y dos ò mas de otro, le heredará aquel *in capita*, representando à su padre, y estos *in stirpem* en representacion del suyo (3).

171 Si el hijo legítimo muere *ab intestato* sin dexar descendientes, deben sus padres como mas inmediatos consanguineos heredar todos sus bienes, y sus abuelos nada (4), porque entre ascendientes no se sucede por representacion como entre descendientes, si no por la proximidad de parentesco; y aunque el

(1) Ley Afinitatis 7. Cod. commun. de Succes. y dicha ley 5. tit. 6. Part. 4. (2) Leyes 3. tit. 13. Partid. 6. 6. de Toro, y Meminimus 15. Cod. de Legitim. hæred. Auth. In succesionem Cod. eod. tit. (3) Leyes 3. tit. 13. Partid. 6. y 5. tit. 8. lib. 5. Recop. (4) Leyes 4. tit. 13. Partid. 6. y 6. de Toro.

muerto dexe hermanos, no han de concurrir con sus padres, ni demás ascendientes à la division de la herencia, segun lo manda una ley de Toro Recopilada (1), que corrige en esta parte otra de Partida, y una Autentica concordante con ella (2).

172 Si fallece sin dexar descendientes, ni padres, pero sí abuelos, ya sean por linea paterna ò materna, heredarán estos con igualdad sus bienes, y si no hubiere mas que un abuelo por una linea, aunque haya dos por la otra, percibirá aquel tanta parte de herencia como los otros dos juntos, de suerte que llevará la mitad de los bienes de su nieto, y los otros dos la otra mitad, y los hermanos y sobrinos del muerto nada (3); porque con la linea recta no concurre la transversal, por ser de distinta naturaleza, y estár en grado mas remoto. Si dexa un abuelo por una linea, y un visabuelo por la misma, ò por la otra, llevará toda la herencia el abuelo como su mas propinquo pariente, y el visabuelo nada, al modo que quando concurren padres y abuelos, no heredan estos cosa alguna.

173 Si dexa solamente hermanos por qualquiera de las dos lineas paterna ò materna, y un sobrino hijo de otro hermano muerto, le heredarán todos *in capita*: los hermanos por su propio derecho como mas inmediatos consanguineos, y el sobrino por el de representacion de su padre, que se le estima como vivo; pero si los sobrinos son dos, ò mas, heredarán *in stirpem*, quiero decir, que partirán igualmente entre sí la porcion que su padre ò madre si vivieran, heredarian de su tio y hermano (4). Lo mismo se deberá practicar *ex testamento*, quando sobreviven al Testador los hermanos que instituyó, y antes de partir sus bienes fallece uno de ellos dexando hijos; y quando el que entra en religion, y no tiene herederos forzosos, hace renuncia à favor de sus hermanos sin otra prevencion ni limitacion, y despues que profesa, muere uno de estos con hijos; pues en uno y otro caso como los hermanos adquirieron derecho por su supervivencia, se dividirá su respectiva parte entre sus hijos, y se observarán las reglas del *ab intestato* sin la mas leve diferencia.

174 Pero no sucederá asi quando el Testador nombra por

(1) Ley 7. de Toro, que es la 4. tit. 8. lib 5. Recop. (2) Leyes 4. tit. 13. Partid. 6. y Auth. Defuncto, Cod. de Legit. hæredib. (3) Leyes 4. tit. 13. Partid. 6. y 7. de Toro. (4) Ley 5. tit. 13. Partid. 6.

herederos v. gr. à tres hermanos que entonces tiene, si al tiempo que fallece no vive mas que uno de ellos; pues éste llevará su herencia íntegra, y los hijos de los otros dos que le premurieron, no entrarán à partir con él *in capita*, ni tampoco *in stirpem*, à pretexto de que sus padres vivian quando testo, y fueron instituidos juntamente con su tio, y de que por su representacion deben heredarle como éste, porque se subrogan en su lugar, y lo ocupan. Lo primero, porque los sobrinos no fueron instituidos especifica ni genericamente, ni tuvieron derecho à serlo, ni el mas leve à los bienes de su tio contra su voluntad. Lo segundo, porque las palabras se deben entender naturalmente segun su propio genuino y verdadero significado, y no impropiamente. En el nombre apelativo de hermanos, vienen y se comprehenden los exîstentes en segundo grado civil, y no los ulteriores (1); y el derecho no concede representacion *ex testamento* entre los transversales, sino *ab intestato*, y esto en el caso y grado referidos, y no en otros. Lo tercero, porque en la disposicion del Testador se debe considerar como mas natural la mayor aficion y proximidad de grado que la remota (2). Lo quarto, porque si hubiera querido que à falta de sus hermanos le heredasen los hijos de estos, los hubiera llamado y substituido, y prevenido este caso, en el que siendo simple el llamamiento del hermano por su propio nombre, y el de los sobrinos con modo colectivo, heredarian *in stirpem* como en el *ab intestato*; ò los hubiera instituido en disposicion nueva posterior al fallecimiento de sus padres (3), respecto haber tenido tiempo para ordenarla. Y lo quinto, porque del que está vivo no hay herencia, legados, ni herederos. Por la mera institucion no se adquiere derecho à los bienes del que la hace, es indispensable que se confirme con su muerte, hasta la qual por ser revocable, no se puede estimar por tal. Tambien es preciso que le sobrevivan los instituidos, porque si mueren antes, cadúca y queda sin efecto la institucion, y de consiguiente como que nada adquieren, no pueden transmitir à sus hijos un derecho que no han tenido. Por esta causa se acrecen al hermano que queda vivo

(1) Ley Cum virum 16. Cod. de Fideicommis. Gom. en la 8. de Toro num. 17. (2) Bart. in leg Omnia 32. §. fin. ff de Legat. 2. (3) Leyes Attius 11. Interdum 13 y Liber. homo 59. ff de Hæredib. instituend. ley Si pater. ff de Vulgar. & pupillar. substitut. y ley Si quis Titio, ff. de Usufruct. accrescend.

las porciones que hubieran heredado los otros si viviesen. Acerca del derecho de acrecer vease lo que explico en mi segunda parte.

175 No dexando el difunto ascendientes, descendientes, ni hermanos, y sí sobrinos carnales hijos de dos, ò mas hermanos muertos por linea masculina ò femenina, le heredarán *in capita*, repartiendo con igualdad entre sí los bienes de su tio sin distincion de agnacion, ni cognacion; lo qual se prueba de la *ley 5. tit. 13. Partid.* 6. que dice: *Mas si éste que muriese sin testamento, non habiendo ascendientes, ni descendientes, hoviese sobrinos de dos hermanos de parte de su padre, ò de su madre, è fuesen los hermanos amos muertos, heredarán los sobrinos los bienes de su tio, è partirlos han entre sí por cabezas egualmente*: y como esta ley, y otra de Toro recopilada (1), no distinguen, ni dicen si esto se ha de entender ya sean muchos los hijos de un hermano, y los del otro pocos, parece que debia tener lugar la igualdad quando los herederos son iguales en número; y que no siendolo, heredasen los mas *in stirpem*, y los menos in *capita*, representando à sus respectivos padres; mas no obstante, se observa la disposicion legal segun suena, y es la razon, porque aunque los hijos de los hermanos, que son primos carnales, y están en quarto grado por derecho civil, entran por representacion à la herencia de su tio muerto, y en ellos empieza, se verifica y extingue el derecho representativo, esto milita y se entiende quando tienen algun tio carnal vivo, que les sirve de forma y causa para la representacion, pero no quando son solos, porque falta el fomento de ella, y por lo mismo entran à heredar por su propio derecho como parientes mas cercanos, que están en igual grado; y mediante no distinguir la ley, ni estár derogada, ni corregida, debemos arreglarnos à ella, mientras no se establezca otra que disponga lo contrario.

176 Si el difunto dexa medios hermanos, bien sean consanguineos ò uterinos, y hermanos enteros de padre y madre, nada llevarán los medios hermanos, antes bien los enteros partirán entre sí los bienes del difunto de qualquiera suerte adquiridos; y lo propio sucederá aunque los hermanos enteros no vivan, si dexan hijos, pues estos por su representacion los percibirán, y sus me-

(1) Ley 8. de Toro, que es la 5. tit. lib. 5. Recop. Matienzo en ésta, y Gom. en las 7. y 8. de Toro num. 11. al 13.

dios tios, y los suyos ninguna cosa (1); lo que no procede en el feudo, emphiteusis eclesiástica concedida solo para los agnados, ni en la sucesion por fideicomiso paterno (2).

177 Si dexa solamente medios hermanos, v. gr. uno por la linea paterna, y otro por la materna, heredará el paterno los bienes que por esta linea poseía el difunto, y el materno los que le tocaban por la materna, y ambos partirán igualmente lo que por industria, arte, oficio, ò de otra suerte adquirió. A falta de los referidos ascendientes, descendientes y transversales le sucederá el pariente mas cercano por qualquiera linea sin diferencia de agnacion, ni cognacion; y si fueren dos ò mas de un grado, dividiran entre sí con igualdad la herencia sin respecto à la representacion (3), porque ésta empieza, y se extingue en los hijos de los hermanos, que son primos carnales, y no pasa à los demas parientes, y por lo mismo los que haya al tiempo de la muerte intestada en mucho, ò poco número, entrarán à heredar *in capita* por la proximidad de parentesco, si son iguales en grado, y el que lo tenga mas remoto aunque sea hijo de sobrino carnal muerto antes que su tio, de cuya herencia se trata, nada llevará de ésta; lo uno, por estár en grado mas distante; lo otro, por no haber adquirido derecho su padre, à causa de su previo fallecimiento; y lo otro, porque entre transversales no concede el derecho representacion de representacion como entre los descendientes y ascendientes legítimos, entre los que se estiende hasta lo infinito, por ser herederos forzosos, y derivar y traer el ser aquellos de estos, lo que no sucede à los transversales, como dexo ya sentado.

178 Si hasta el decimo grado no hay parientes del difunto, y éste dexa muger legítima, ò ella marido, se heredarán recíprocamente; y si son solteros ò viudos sin sucesion, llevará sus bienes el Fisco, segun una ley de Partida (4); pero otra Recopilada y posterior (5) no hace mencion del marido ni muger viu-

(1) Ley 5. al fin. tit. 13. Part. 6. Auth. Itaque mortuo, Cod. Commun. de Succes. y Auth. Cesante, Cod. de Legitim. hæredib. (2) Surdo cons. 31. num. 33. y Decis. 219. Menochio cons. 187. Mantica de Conject. lib. 8. tit. 7. num 3. Matha de Succes. leg. parte 3. quæst. 4. art. 3. n. 2. y 3. Fusar. de Substit. quæst. 79. n. 22. (3) Ley 6. tit. 13. Partid 6. Auth. Post. fratres, Cod. de Legit. hæred. (4) Ley 6. tit. 13. Partid. 6. (5) Ley 12. tit. 8. lib. 5. Recop.

dos, sino del Fisco, por lo que recaerán en éste. Asimismo segun parece de otras dos leyes Recopiladas y posteriores (1), faltando parientes transversales dentro del quarto grado civil debe suceder el Fisco en los bienes del difunto. Pero téngase presente que el *ab intestato* no se verifica hasta que el hombre fallece, por lo que aunque toda su vida esté fátuo ó demente, no adquieren derecho à sus bienes sus parientes hasta entónces.

179 Con motivo de entrometerse los Jueces Eclesiásticos y Seculares á inventariar, sacar y distribuir el quinto de los bienes de los que morian *ab intestato*, ya fuese por no haber hecho testamento, ni poder para testar, ó porque el comisario no lo hacia dentro del término legal, ó por otros motivos, sin hacer distincion de herederos legítimos y transversales, siendo asi que la *ley 36. de Toro*, que es la 10. *tit. 4. lib. 5. Recop.* impone solamente à estos la obligacion de distribuirlo, y no á los Jueces, cuya intrusion solo servia de turbar la buena armonía y tranquilidad pública, y cedia en notable detrimento de los herederos; para exterminar y cortar de raiz estos abusos, haciendose cargo su Magestad de la ley citada, estableció cierta Pragmática, su fecha en el Real Sitio del Pardo à 2 de Febrero del año pasado de 1766, que se publicó en esta Corte con la solemnidad acostumbrada en 6 del mismo, y es la ley 16. tit. 4. lib. 5. Recop. novis. y lo dispositivo de ella dice asi: *Por quanto los Jueces así Eclesiásticos, como Seculares con abuso de lo dispuesto por la ley 10. tit. 4. lib. 5. de la Recopilacion, la estienden à herederos que en ella se exceptuan, y casos de que no habla con perjuicio de mis vasallos: quiero se observe dicha ley en todo lo por ella ordenado, y en la forma y manera que se halla prevenido, ciñendose á lo literal y expreso de ella; y mando que los bienes y herencias de los que mueren ab intestato absolutamente, se entreguen íntegros sin deduccion alguna à los parientes que deben heredarlos, segun el órden de suceder que disponen las leyesdel Reyno, debiendo los referidos herederos hacer el entierro, exequias, funerales y mas sufragios que se acostumbran en el pais, con arreglo à la calidad, caudal y circunstancias del difunto, sobre que les encargo las conciencias; y en el caso solo de no cumplir con esta obligacion los herederos, se les compela à ello por sus propios Jueces, sin que por dicha omision, y para el efecto refe-*

(1) Leyes 3. tit. 9. y 9. tit. 10. lib. 1. Recop.

rido se mezcle ninguna Justicia Eclesiástica, ni Secular en hacer inventario de los bienes. Todo lo qual se guarde, y cumpla, sin embargo de qualesquiera estilos, usos y costumbres contrarias, aunque sean inmemoriales, pues en caso necesario las derogo y anulo, como opuestas á razon y derecho, y se recopile esta ley entre las demás del Reyno. Sin embargo si los herederos son menores, y no tienen tutor que pida el inventario, ò están ausentes, podrán los Jueces respectivos nombrarles tutor, ò defensor, y mandar inventariar y depositar con asistencia de estos en persona segura los bienes de los que mueren intestados, mediante no prohibirselo la Pragmatica, y convenir esta diligencia para evitar su ocultacion y extravio, y que los interesados en ellos sean perjudicados: mas no deberán sacar quinto de ellos, sino antes bien entregarselos sin desfalco luego que parezcan, ni tampoco asistir al inventario, por no ser precisa su asistencia, como diré en mi segunda parte.

170 For Real Cédula de 9 de Octubre de 1766, expedida à consulta del Consejo en el Real Sitio de San Lorenzo, se manda que de los bienes que dexan los que mueren *ab intestato* sin parientes conocidos, y de los mostrencos conozcan las Justicias ordinarias con apelacion à las respectivas Chancillerias y Audiencias, y no el Tribunal de Cruzada, ni sus Subdelegados, y que se apliquen al Fisco, fijados Edictos, si no compareciesen interesados dentro de un año; y lo dispositivo de ella dice: *Habiendo oido à mi Fiscal en consulta de doce de Junio de este año, me hizo presente quanto se le ofreció sobre este punto: y por resolucion à la citada consulta, conformandome en todo con el parecer del Consejo, he tenido à bien declarar por regla general, que para lo succesivo en conformidad de lo dispuesto en las citadas leyes sexta tit. 13. lib. 6. y la doce tit. 8. lib. 5. de la Recopilacion, y tambien en la sexta tit. 13. Partid. 6. toca el conocimiento de todos los autos de bienes mostrencos, è intestados en que no hubiere herederos conocidos, à las Justicias Reales ordinarias, y en grado de apelacion à las respectivas Chancillerias y Audiencias en sus casos sin mezcla alguna de los Subdelegados de Cruzada: Que verificado ser los bienes vacantes, ò mostrencos, evaquadas las solemnidades necesarias, los adjudiquen à mi Real Cámara, como mandan las citadas leyes, y que lo noticien de oficio al Intendente de la Provincia para el nudo hecho de la percepcion, à fin de que las leyes se observen, y evite que personas Eclesiásticas se mezclen en una Judicatura del todo temporal, ni*

turbe à título de ellas el conocimiento que de estos negocios toca à las Justicias ordinarias, y á mis Audiencias, y Chancillerías; y encargo à mis Fiscales residentes en ellas cuiden por razon de su oficio que no se perjudique à mi Real Cámara en lo que de derecho le pertenece. Posteriormente se creó la Superintendecia general de bienes Mostrencos y de *ab intestatos*, à cargo del primer Secretario de Estado, con la facultad de nombrar un Subdelegado general y los particulares que fuesen necesarios, los quales en primera instancia conociesen privativamente de todas las causas relativas à dichos bienes, con apelacion al Superintendente general. Y por el cap. 7. de la Instruccion formada en el Real Sitio de San Ildefonso à 27 de Agosto de 1786, à conseqüencia de Real Decreto que precedió, se dispone que quando alguno muriere sin hacer testamento, y no dexáre parientes conocidos dentro del quarto grado, el Alguacil, ò Alguaciles ordinarios de la subdelegacion, ù otra qualquiera persona à cuya noticia venga, haga denuncia de su muerte ante los Jueces subdelegados para el seqüestro de sus bienes, y su aplicacion à los parientes que parezcan, ò à los fines que la Instruccion manda; de modo que hoy solo heredan los parientes dentro del quarto grado civil à los que mueren intestados, en conseqüencia de las leyes 3. tit. 9. y 9. tit. 10. lib. 1. Recop. por lo que ya no hay motivo de dudas. En quanto à los bienes de los Peregrinos y Romeros que mueren intestados, vease lo que queda explicado en el §. I. pues gozan de privilegio, y excepcion, y no recaen en el Fisco, como lo dice el *Señor Gregor. Lopez en la ley* 31. *tit.* 1. *Partid.* 6. que alli se cita.

181 Dexo explicado en los nn. 77. y 78. §. II. cómo, y qué pueden heredar los hijos naturales de sus padres y madres *ex testamento*, y *ab intestato*: resta saber en qué conformidad se heredarán entre sí muriendo intestados, sobre lo qual la ley ultima del *tit.* 13. *Partid.* 6. se explica en estos términos: *Fijo natural, que non es nacido de legítimo matrimonio, si muriere sin testamento non habiendo fijos, nin nietos, ni madre, estonce sus hermanos que le pertenecen de parte de su madre, deben haber todo lo suyo; è si otros hermanos oviere de su padre tan solamente, non heredarán ende ninguna cosa: è esto es porque los hermanos que le pertenecen de parte de su madre son ciertos, è los de parte del padre son en duda. Mas si este fijo natural que muriese sin testamento, oviese otros hermanos naturales que le perteneciesen de su padre tan solamente,*

è non oviese de los otros que fuesen nacidos de su madre como él, estonce estos à tales bien heredarian lo suyo, porque son los mas cercanos parientes; fueras ende si el que asi muriese, oviese hermano natural, è legítimo de parte de su padre, cá estonce éste ha mayor derecho en la herencia que los otros naturales, que son de parte del padre tan solamente. Otrosí decimos que los fijos naturales no han derecho de heredar los bienes de los legítimos, nin de los parientes otros que les pertenecen de parte de su padre; mas de los otros parientes que les pertenecen de parte de su madre, que mueren sin testamento, bien los pueden heredar, seyendo ellos mas propinquos parientes. Esta ley no está corregida, ni derogada.

§. IX.

De la quarta marital.

182 Quando las mugeres viudas quedan tan pobres, que nada tienen con que alimentarse, y sus hijos ricos por haber heredado de sus padres mucha hacienda, pueden llevar la quarta parte de los bienes paternos que sus hijos deben heredar, con tal que no exceda de cien libras de oro: asi lo dice la *ley 7. tit. 13. Partid. 6. Paganse los omes à las vegadas de algunas mugeres, de manera que casan con ellas sin dote, maguer sean pobres, por ende guisada cosa, è derecha es pues que las aman, è las honran en su vida, que non finquen desamparadas à su muerte; è por esta razon tuvieron por bien los sábios antiguos, que si el marido non dexase à tal muger en que pudiese bien, è honestamente vivir, nin ella lo oviese de lo suyo, que pueda heredar fasta la quarta parte de los bienes del, maguer haya fijos; pero esta quarta parte non debe montar mas de cient libras de oro, quanto quier que sea grande la herencia del finado. Mas si tal muger como esta oviese de lo suyo con que pudiese vivir honestamente, non ha demanda ninguna en los bienes del finado en razon de esta quarta parte.*

183 Segun el tenor literal de esta ley solo es aplicable su beneficio à la viuda pobre; pero sin embargo los AA. lo han extendido al viudo que se halla en iguales circunstancias, atendiendo al fin que se propuso la misma ley de premiar el amor del conyuge, y honrar su matrimonio. Fúndanse ademas en la ley

del derecho Comun, que solo usa de la palabra conyuge sin hacer otra distincion que la de ser el uno rico, y pobre el que sobrevive. En efecto, si se consulta la razon en este caso, no parece justo que quando los hijos quedan sobradamente ricos para vivir con abundancia y comodidad, queden los padres constituidos en la miseria, ò à lo menos sin facultades bastantes para mantenerse con el honor y decoro que tuvieron en el matrimonio. Hay tres casos no obstante en que pueden perder este derecho. Primero, si la viuda vive deshonestamente. Segundo, si se casan. Tercero, si quedan usufructuarios (1). Pero à pesar de todas estas razoñes no he visto un caso en que se haya declarado este derecho al viudo, antes bien habiendolo deducido años pasados uno de Talavera, perdió la instancia en el Tribunal inferior, y despues fue confirmada en apelacion la sentencia por la Chancilleria de Valladolid.

§. X.

De las aceptaciones y repudiaciones de herencias.

184 El que es naturalmente libre, capáz, mayor de 25 años, y no está sujeto à otro, puede aceptar, ò repudiar llanamente por sí, y no por Procurador, ni con condicion (excepto que sea el Rey, ò Concejo) la herencia que alguno le dexó, ó le pertenece *ab intestato* por proxîmidad de parentesco; y si es menor, loco, ò desmemoriado, lo ha de hacer en su nombre su curador, y siendo siervo, su Señor; pero si el menor de 14 años no está baxo de la patria potestad, debe aceptarla con licencia del Juez Ordinario, y no de otro modo. Si es mayor de 14 años, y menor de 25, y no tiene padre, ni curador, puede por sí mismo aceptarla, y entrar en ella (2): bien que siendole gravosa, y perjudicial, tiene facultad de reclamarla despues por via de restitucion, y repudiarla con licencia judicial, y audiencia de los acreedores del difunto, volviendole el Juez al estado que tenia antes

(1) Señor Greg. Lop en la ley 7. inserta. Tello Fernand. en la 9 de Toro. Leon Cent. 8 Molin. de Just. & jur. tract 2. disput. 164. n. 19. Castill. en la 6. de Toro versic. Ex hoc compulsus: : : Gutier. lib. 2. pract. quæ t. 61. num. 4 Gratian. discept. forens. cap. 120. (2) Leyes 1. 2. 13. y 15. tit. 6. Partid. 6.

de su adiccion ò aceptacion (1). Pero si el dueño de los bienes murió intestado, debe su heredero ante todas cosas pretender se le declare por tal, y que le compete su herencia, y luego aceptarla ò dimitirla, y sin que preceda esta declaracion judicial, ó la institucion, no debe ser admitido en juicio; lo que tendrá presente el Escribano para quando le ocurra hacer algun poder à este efecto.

185 El Rey puede conceder un año al heredero *ex testamento, ó ab intestato* para la admision ò dimision de la herencia, y el Juez Ordinario del Lugar del difunto, o de aquel en que está la mayor parte de su hacienda, nueve meses y no mas ó el que menos le parezca que necesita, con tal que no baxe de cien dias, y si son muchos herederos, tiene cada uno igual plazo; por lo que si antes que se cumpla muere alguno, compete à los suyos el resto, y no mas. Si es heredero estraño, y fallece despues de cumplido, y antes de aceptar la herencia, ningun derecho tiene el suyo à ella; pero siendo legítimo debe percibirla (2), pues para con estos no hay prescripcion; y asi en qualquiera tiempo pueden aceptarla.

186 Para que el heredero, ya sea legítimo, ò estraño, no se perjudique, en caso que el difunto haya dexado contra sí mas deudas que bienes, ni tenga necesidad de pedir el término prefinido, se ha establecido en su utilidad que haga inventario formal de ellos; y asi haciendolo con la correspondiente legalidad, y dentro del término prescripto por derecho, y aceptando la herencia con este beneficio, está obligado solamente à la satisfacion de sus deudas en quanto alcancen sus bienes (3). A cerca de lo que es *inventario*, cómo, por quién, y dentro de qué término debe hacerse, vease lo que diré en mi segunda parte lib. y cap. 1.

187 Mas si la acepta llanamente, ó entra en ella, y no hace el inventario en el término legal, y con la competente justificacion, debe pagar enteramente por el mismo caso no solo las deudas, sino los legados que el difunto dexó; à cuya solucion están obligados tácitamente sus propios bienes, si los del difunto no son suficientes.

188 Si es heredero estraño, y hace el inventario maliciosa-

(1) Ley 7. tit. 19. Partid. 6. (2) Leyes 1. y 2. tit. 6. Part. 6. Sr. Greg. Lop. en la 2. glos. 8. 9. y 10. (3) Leyes 5. y 7. tit. 6. Part. 6.

mente, ocultando, ò hurtando algo, debe restituir el duplo de lo que ocultó, ò hurtó (1); pero siendo legítimo, es visto por este hecho haber aceptado la herencia, y quedado obligado à todo, de suerte que despues no puede desecharla. Lo propio milita quando sabiendo que está muy cargada de deudas, compra para sí dolosamente en cabeza de tercero los bienes de su causante (2), de todo lo que trataré con mas extension en dicho lib. 1. de mi segunda parte.

189 Dentro de nueve dias siguientes al de la muerte del Testador, ni durante la formacion del inventario de sus bienes no pueden sus acreedores prendar de propia autoridad, ni emplazar à sus herederos por las deudas que dexó, pena de volver lo que han tomado por fuerza, y perder su derecho. Qualquiera fianza, renovacion, ò prenda que sobre ello se diere, ò hiciere, es nula; lo qual se entiende à menos que sospechen que estos disiparán, ocultarán, ò se irán con los bienes que dexó; pues en este caso deben dar fianzas de no hacerlo à satisfaccion del Juez (3). Tampoco los legatarios pueden pedir sus legados en el término referido, ni el heredero tiene obligacion à satisfacerselos, hasta que estén pagadas sus deudas, y saque la quarta Falcidia, (4) ò lo que por derecho le toque.

190 El heredero puede admitir la herencia paladina, ò tácitamente. Paladinamente es por pedimento, escritura, ò de palabra: y tácitamente entrando en los bienes, vendiendolos, arrendandolos, y disponiendo de ellos como dueño propietario, pero si manifiesta por escrito al Juez, ò ante testigos, que no lo hace con intencion de ser heredero, sino porque no se menoscaben, ni deterioren, no se presumirá que practica actos de tal; mas omitiendo la manifestacion será responsable al cumplimiento de la disposicion del Testador, aunque no alcancen los bienes de la herencia (5). Si es instituido baxo de condicion no puede aceptarla, ni admitirla hasta que ésta se verifique (6).

191 Tambien puede repudiarla verbalmente, ò por escrito antes de entrar en ella: pero no demandarla, ni percibirla despues

(1) Ley 9. tit. 6. Partid. 6. (2) Ley 12. tit. 6. Partid. 6. (3) Ley final, tit. 13. Partid. 1. y 13. tit. 5. Partid. 7. (4) Leyes 7. tit. 6. Partid 6. y fin. §. Donec. Cod. de Jur. delib. Veanse las limitaciones que trae el Señor Gregor. Lop. en dicha ley 7. glos. 2. verb. *Mandado algo.* (5) Ley 11. tit. 6. Partid. 6. (6) Ley 14. tit. 6. Partid. 6.

de renunciada, excepto que sea menor, ni desecharla despues de aceptada. Si son dos herederos estraños, y uno acepta su parte, y otro no, debe aquel aceptarla, ò renunciarla enteramente, y no se le debe consentir que éntre en la herencia de su parte sola (1); mas siendo descendiente del difunto, puede recuperarla, aunque la haya dimitido, dentro de tres años siguientes, con tal que los bienes no estén enagenados, pues si lo están, no podrá à menos que sea menor (2).

§. XI.

De las mandas.

192 La manda ò legado *es una manera de donacion que dexa el Testador en su testamento, ò en cobdicilo à alguno por amor de Dios, ò de su anima, ò por facer algo aquel á quien dexa la manda*; y legatario es *aquel à quien manda el Testador alguna cosa en su testamento.* Todo el que es capaz de testar puede hacer legados (3), y el que no tiene prohibicion de ser heredero puede adquirirlos; pero aunque la tenga al tiempo que se le hace el legado, si al del fallecimiento del Testador carece de ella, se le considera en aptitud para poseerlo (4). Generalmente hablando los delitos que hacen incapaces à los hombres de heredar los inhabilitan tambien para ser legatarios. En el §. de los herederos hemos hecho mencion de las leyes que les imponen esta pena, y por lo mismo las omitiremos en este lugar, pero no tendremos este silencio respecto de otras que habian terminantemente con los legatarios. Tales son la 2. tit. 2. Part. 7. que impone la pena de perder las mandas á los traydores al Rey y su Reyno, extensiva á sus hijos varones; y la 17. tit. 7. Part. 6. que impone la misma pena al curador que no quiere aceptar este encargo. El condenado para siempre á servir en las minas puede ser legatario, como lo dice la ley 4. tit. 3. de la misma Partida

193 Las mandas se dividen en *forzosas*, y *voluntarias*. De las forzosas traté en el num. 39. Las voluntarias son las que de-

(1) Ley 18. tit. 6. Partid. 6. (2) Ley fin. tit. 6. Partid. 6. (3) Leyes 6. tit. 6. y 1. tit. 9. Partid. 6. (4) Ley 1. tit. 9. Partid. 6.

penden de la voluntad del Testador como efecto de su liberalidad; y de éstas unas son *genéricas*, y otras *específicas*. Las genéricas no se conocen determinadamente por su nombre, v. gr. un caballo, una mula, sin mas expresion, ó alguna cosa de las que se cuentan, miden, ó pesan. Las específicas son las que se conocen luego que se nombran, v. gr. tal casa ó heredad, en tal parte, con tales linderos, ó tal alhaja, con señales tan claras è individuales, que no se duda la que es. En estas cosas siendo propias del Testador, y puramente legadas, adquiere dominio su legatario inmediatamente que fallece, y puede pedirlas à su heredero, y éste debe entregarselas con todo lo que à ellas pertenezca, y se les haya acrecido despues que le fueron legadas, en uno de tres lugares, que son: ó donde habita el mismo heredero, ó donde está la mayor parte de los bienes del Testador, ó donde estuviese la cosa legada; pero si señala el lugar donde se haya de entregar, entonces se observará la voluntad del Testador. Asimismo debe darle los frutos que han producido desde el dia en que entró en la herencia, ó la aceptó (1). Si se mueve pleito sobre el legado antes de su entrega, toca pagar las costas que en él se hagan al heredero, y no al legatario: y si despues de entregado, toca à este, y no à aquel (2). Si fuere quitada en juicio la cosa legada, no puede el legatario usar de la accion de eviccion contra el que la vendió al Testador, à menos que el heredero le ceda sus acciones (3), y si el legado dexado con algun gravamen no valiese en el todo, y fuese quitada alguna parte en juicio, se ha de disminuir à prorata el gravamen (4). Si en las cosas legadas hay frutos pendientes, y mostrados al tiempo de la muerte del Testador, y no dispuso de ellos, tocan al legatario, porque son parte del fundo, y se contemplan una misma cosa con él; lo que no sucede estando separados (5); pero esto se entiende, cabiendo todo en el quinto, si el legatario es estraño, y el Testador dexa descendientes legítimos; y en el tercio y remanente del quinto, si es descendiente, porque la legítima de estos no puede ser grava-

(1) Leyes 47. ff de Legat. 1 y 34. 37. y 48. tit 9. Partid. 6. Vease al Sr. Greg. Lop. en la 34 verb El Señorio: y en la 37. verb. Los frutos. (2) Ley Hæc verbis 100. ff. de leg 3. & ibi glos. Garcia de Expens. cap. 17. n. 10. (3) Ley Si res, ff. de Eviction. (4) Ley Si qui ampliùs, ff. de Donation. cap. Quanto, de Cens. (5) Ley Fructus pendentes 44. ff. de Rei vindicat. Señor Cast. de Usufruct. lib. 1. cap. 42.

da en otros términos. Habiendo ascendientes, ha de caber en el tercio; lo que se tendrá presente en las particiones, en cuyo tratado lo explicaré latamente.

194 El Testador puede legar no solo sus bienes, sino los del heredero que instituye, y si mandase alguna cosa sabiendo que no era suya ni de su heredero, está obligado el heredero à comprarla, y entregarla al legatario, ò su estimacion en caso que su dueño no quiera vendersela; pero si al tiempo de legarla cree que es suya, à nada es responsable su heredero, à menos que sea legado de siervo, que entonces debe su Señor venderlo, y el heredero manumitirlo por favor de la libertad, si el Testador se lo mandó (1). Si lega la escritura de deuda que tiene à su favor, es visto legar la misma deuda, y asi podrá demandarla el legatario (2).

195 Puede legar asimismo las cosas que no son corporales, como las servidumbres, las deudas, derechos y acciones, del mismo modo que las corporales (3): y las nacidas, y aun las que pueden nacer despues que las mandare, v. gr. los siervos, animales irracionales, sus hijos póstumos, frutos, &c. y vale el legado (4). Igualmente puede legar la alhaja que empeñó, y obligó à otro por mas, ò menos de su valor, y su heredero debe entregarla al legatario (5): como tambien la que está empeñada en su poder al que se la empeñó, y vale la manda; pero su heredero tiene accion para pedir al legatario la cantidad que sobre ella le habia prestado el Testador (6).

196 Si el Testador tiene dinero en cierta parte, y creyendo que hay, v. gr. cien reales, dice: *Mando à Pedro cien reales que tengo en tal gaveta*, vale la manda si en efecto se encontrasen, y si por ventura hubiese menos, vale en la cantidad que se encuentre; pero si hay mas, cumple el heredero con dar el importe legado. Si hubiese los cien reales al tiempo de la muerte del Testador, y despues se menoscabasen por culpa del heredero, tiene obligacion de darselos al legatario (7). La propia obligacion tiene si el Testador lega à alguno cierta cantidad que cree estarle debiendo; pues

(1) Leyes 10. tit. 9. Partid. 6. y Paulus 30 ff de Fideicomis libert. Gom. lib. 1. Var. cap. 12. n. 13. (2) Ley 47 ad princip. tit. 9 Partid. 6. (3) Ley 15. tit. 9. Partid. 6. (4) Ley 12. tit 9. Partid. 6. (5) Ley 11. tit. 9 Partid. 6. Gom. lib. 1. Var. cap. 12. n. 39. (6) Leyes 16. tit. 9. Partid. 6. Mulier 3. §. fin. ff. de Legat 3. y 1. ff. de Liberat. legat. (7) Ley 18. tit. 9. Partid. 6.

ya sea cierta ò falsa la deuda, está obligado à entregarsela, porque es visto que se la quiso dar (1).

197 Quando el Testador lega su plata, oro, trigo, aceyte, vestidos, ò cosas semejantes sin mas expresion, ha de prevenirle el Escribano, que diga si han de ser los que tiene entonces, ò los que se encuentren al tiempo de su muerte, pues segun un texto civil (2) se debe entender que lega los que entonces tiene; y para evitar dudas y pleytos tendrá cuidado de advertirle que declare especificamente su voluntad.

198 Si lega alguna cosa en esta forma: *Mando à Pedro tal alhaja*, (nombrandola) *para que la haya quando mi heredero quisiere*, y el heredero fallece sin haberla entregado, ni prefinido al suyo dia para su entrega, debe éste darla al legatario inmediatamente que éntre en la herencia del Testador. Mas si dice: *Mando à Pedro tal alhaja, para que la haya, si quisiere*, en este caso aunque vale la manda, no obstante, si el legatario muere sin haberla pedido, ni dicho que la queria, no puede su heredero demandarla despues al del Testador (3).

199 Legando el Testador una cosa à dos, ò mas personas juntamente, v. gr. *Mando à Pedro, y à Juan cien reales*, deben partirla con igualdad; y lo mismo han de hacer aunque se la mande separadamente, v. gr. *Mando à Pedro una viña que tengo en tal sitio.* Y despues diga en otra cláusula: *Que manda à Juan la misma viña.* Y si alguno de ellos muere antes que el Testador, ò renuncia su parte, ò sobreviene algun impedimento que le prive de llevarla, se acrecerá à los demás legatarios (4).

200 Si el Testador manda à alguno de dos cosas la que quiera elegir, y escoge una de ellas, no puede arrepentirse despues. Y si dexa la eleccion à arbitrio de tercero, y éste no la hace dentro de un año contado desde su muerte, tiene facultad de hacerla despues el legatario (5); pero si lega à dos personas una de sus alhajas, diciendoles indistintamente, *que tomen la que quieran*, y discordan en la eleccion, deben echar suertes, y aquella à quien toque, dar à la otra el importe de su parte, regulado segun arbitrio de dos hombres buenos (6).

(1) Ley 19 tit. 9. Partid. 6. (2) Ley Si ita esset legatum 7. ff. de Auro, argento &c. y 30. tit. 9 Partid. 6. (4) Ley 33. tit. 9. Partid. 6. (5) Ley 25. tit. 9. Partid. 6. (6) Ley 26. tit. 9. Partid. 6.

201 Mandando dos Testadores una misma cosa à alguno, si éste percibe primero su estimacion del heredero de uno de ellos, puede pedir despues al del otro Testador la cosa legada; pero si la recibe antes, y toma posesion de ella, y goza su propiedad, de manera que segun derecho no se la puedan reclamar, no le queda accion para demandar su valor (1) (*a*). Aunque el Testador mande muchas veces una cosa en su testamento, asi como casa ò viña, ù otra cosa señalada, no está obligado su heredero à darla al legatario mas que una vez; pero si mandase cierta quantia de maravedis, ù otra cosa qualquiera que se pudiese contar, pesar ò medir, y en aquel mismo testamento le mandase tanta quantia cierta muchas veces, y el legatario pudiese probar que la intencion del Testador fue de legarle aquellas cosas tantas quantas veces las nombró, tiene derecho à todas, pero si no pudiere probarlo, no debe recibir mas que una quantia de ellas. Si el Testador mandase en testamento á uno cierta cantidad de maravedis, y en codicilo le mandase la misma cantidad, debe entenderse que le hizo dos legados, à no ser que el heredero pruebe que la intencion del Testador fue de no hacerle mas que uno (2).

202 En los primeros tiempos no era conocida la esclavitud, pero despues con motivo de las guerras y discordias que entre las gentes se encendieron, se estableció para castigo reciproco que se cautivasen, y no se matasen (3). No me detengo en explicar quantas clases hay de siervos, ni otras cosas concernientes á esta materia, y solo paso á difinir la libertad, y expresar cómo puede el Testador darla à los suyos por testamento; y digo que la libertad *es un poder ò potestad natural que el hombre tiene para hacer lo que quiere, si por ley, ò fuero no le está prohibido* (4).

203 Qualquier Señor tiene facultad de darla à sus esclavos en todos lugares sagrados, y profanos, en presencia, ò ausencia del Juez, por testamento, contrato, ò ante cinco testigos, con tal que se la dé por sí mismo, y no por apoderado; bien que puede mandar à sus ascendientes y descendientes que los manumitan. Si quiere darsela por testamento, ha de tener 14 años, edad precisa para testar (5); pero si tiene muchos siervos y deudas, y

(1) Ley 44, tit. 9. Partid. 6. (2) Ley 45. tit. 9. Partid. 6 (3) Ley 1. tit. 21. Partid. 4. (4) Ley 1. tit. 22. Partid. 4. (5) Dicha ley 1. tit. 22. (*a*) Nota 34.

carece de otros bienes para la satisfaccion de éstas, solo puede manumitir algunos (1). Y por quanto el Señor tiene potestad de volver à su dominio al esclavo que manumitió, por varias causas prefinidas por derecho, y siempre le queda sobre él una raiz de naturaleza à modo de Señorio, que las leyes llaman *Patronazgo*, para que nada le quede, ha de remitir, y quitar en la escritura de libertad el derecho de Patronazgo que tiene sobre él, como lo previene una de dichas leyes (2). Pero es de advertir, que si el Testador lega su siervo à alguno para que le sirva, no es visto legarle la propiedad y señorio de él, sino su servicio, por lo que muerto el legatario volverá al heredero del Testador (3).

204 Si el Testador hace algun legado à hombre muerto, creyendo que está vivo, ò aunque entonces lo esté, si fallece, ò es desterrado para siempre antes de la muerte del Testador, no está obligado su heredero à entregarlo al del legatario, porque éste no adquirió derecho à él (4).

205 No puede legar lo que es propio de los Reyes sin su real permiso: ni los bienes de las Iglesias: ni las plazas, exidos, ni otras cosas comunes de las Ciudades, Villas y Lugares: ni los marmoles, pilas, puertas, y demás cosas puestas en los edificios para su adorno y seguridad; y si las lega, no vale la manda, ni su heredero está obligado à darlas, ni su estimacion al legatario. Tampoco vale la de siervo Christiano à Judio, Moro ò Herege, ni la de cosa, que aunque puede ser legada quando se manda, muda despues de estado ò condicion, v. gr. lo laical, que puede ser legado, y pasa luego à poder de la Iglesia, sin culpa del heredero, pues no tiene obligacion de entregarlo, ni su valor (5).

206 Asimismo no puede legar Castillo, Villa, Aldea, ni heredamiento que el Rey le dió por haberle hecho algun servicio militar, aunque es inepto para hacerlo; pero si sabiendo su ineptitud, le lega el heredamiento, debe su heredero darle su estimacion: y si ignora si es, ò no idoneo, nada debe entregarle (6). Tampoco puede legar al siervo de su heredero cosa alguna sino con la condicion de que le manumita, pues solo en este caso valdrá el legado (7).

(3) Ley 25. tit. 9. Partid. 6. (2) Leyes 90. tit. 18. Partid. 3. y 5. tit. 16. y 8. 9. y 10. tit. 22. Partid. 4. (3) Ley 46. tit. 9. Partid. 6. (4) Ley 35. tit. 9. Partid. 6. (5) Ley 13. tit. 9. Partid. 6. (6) Ley 14. tit. 9. Partid. 6. (7) Ley 8. tit. 9. Partid. 6.

207 No debe dexar à arbitrio de otro las mandas, sino hacerlas por sí mismo con palabras, y señales tan claras y ciertas, que se conozca claramente su voluntad, y no se dude del legatario, ni de la cosa legada (1); ni tampoco la eleccion de la persona del legatario, porque seria voluntad captatoria; pero puede dexar à su heredero, ò à otro la facultad de elegir à personas inciertas, de las ciertas que le señale; en cuyo caso valdrá, porque no se dexa à la voluntad de otro la substancia del legado, sino la qualidad, ò eleccion de la persona, que es una cosa accesoria (2). Para que sean válidas, se han de hacer en testamento, en poder para testar, ò codicilo (3); pero segun la práctica generalmente recibida se hacen tambien en lo que llaman memoria testamentaria no solo legados, sino mejoras, declaraciones, fundaciones, nombramiento de tutores, y todo lo demás, excepto la institucion de heredero, y siendo escrita ò firmada de mano del Testador, y citandose en el testamento, ò en poder para testar, se estima por parte del testamento. El Escribano puede sin auto de Juez protocolar esta memoria por la misma razon que protocoliza el testamento, mediante que se considera como una parte de él: puede insertarla en el que otorgue en virtud de poder para testar, y dar de todo à los verdaderos interesados las copias y testimonios que le pidan. Sin embargo, si el Testador lo previene, deberá preceder el auto de Juez para la protocolizacion; y para que no se presuma que el Escribano suplantó la memoria, pondrá nota en ella de habersela entregado el heredero, ò persona en cuyo poder se halle, y le hará firmarla; y si no sabe, que la presente al Juez para que lo mande, y se eviten dudas. Si el Escribano ha muerto, deberá preceder tambien auto de Juez dado à instancia de quien la presente, para que el sucesor en su oficio y papeles la protocolice, por no ser parte de voluntad manifestada ante él, poniendo nota de su protocolizacion en el registro del testamento, à fin de que se sepa en donde se halla; y quando se saque testimonio de ella, se hará relacion del testamento de que es parte, à efecto de que no se crea que es un papel simple, y es lo que se practica en esta Corte por los inteligentes. El que quiera instruirse

(1) Leyes 11. tit. 3. y 9. 28. y 29. tit. 9. Partid. 6. (2) Ley Cum quidam ita 24. ff. de Legat. 2. Gom. en la ley 40. de Toro n. 48. (3) Ley 44. al principio tit. 9. Partid. 6.

del concepto que merecen estas memorias ò disposiciones privadas, vea los AA. que se citan (1). Entretanto manifestaré mi opinion acerca de este punto. Dixe que estaba en práctica el admitir estas memorias, y tenerlas por parte de los testamentos una vez que fueren escritas ò firmadas de mano de los Testadores; pero aunque esta práctica sea conforme con la legislacion Romana, nuestras leyes pátrias no la han autorizado. Si la institucion de heredero, que es el acto esencial y constitutivo del testamento, no puede hacerse en memoria, tampoco las demas disposiciones testamentarias. Si la intencion del Testador es que ni el Escribano ni los testigos sepan lo que dispone, la ley en este caso le ha proporcionado un medio para que se mantenga oculta su voluntad hasta despues de su muerte, concediendole facultad de hacer su testamento ò codicilo cerrado, una vez que observe en ellos las formalidades que ha prescripto con el fin de que nunca se dude de la identidad de estas escrituras. Pero el testamento y codicilo que se remiten à memoria, ni son nuncupativos ò abiertos, ni escritos ò cerrados, únicos modos de testar autorizados y reconocidos. La ley 34. tit. 9. Partid. 6. dice: *En acabado testamento puede ser fecha toda manda. Otro si en otra manera de escrito que se face ante cinco testigos, à que llaman en latin codicillum: è la manda que fuese fecha en otra manera qualquier si non en alguna de estas dos sobredichas non valdria.* Antes que se introduxere la práctica de las memorias testamentarias, se hacian comunmente las mandas en los codicilos, que fueron unas escrituras inventadas para que los Testadores supliesen lo que habian dexado de expresar en los testamentos, y para ellas la ley 3. de Toro pide las mismas solemnidades que para el testamento nuncupativo; es decir, que nuestras leyes en la manifestacion de las últimas voluntades exîgen la misma solemnidad para instituir heredero que para dexar mandas, legados y fideicomisos.

208 Algunas veces no pudiendo los Testadores manifestar su

(1) Card. de Luca tract. de Testam. disc. 1. y 2. n. 2. 3. y 5. disc. 6. n. 6. disc. 14. num. 4. y disc. 15. y 78. Menochio consil. 94. n. 24. Julio Caponio discept. 202. n. penult. Ciriac. controv. 444. num. 7. 23. y 55. versic. In proposito: y n. 82. y 88. Mantic. de Conject. ult. volunt. lib. 1. tit. 7. n. 7. Ant. Fab. de Errorib. Pragm. part 3. decad. 69. Error. 3. Gracian. tom. 5. discept. forens. cap. 973. n. 44. 48. y 49. Sr. Cast. lib. 4. Controv. capit. 97. n. 72. Sr. Covar. cap. Cum tibi de Testam. n. 6.

voluntad con palabras, quieren executarlo por señas; pero ni la institucion de heredero se puede hacer de esta manera, aunque el Testador haya perdido la facultad de hablar, ni tampoco las mandas, legados, ni qualquiera otra disposicion. Este modo de explicarse no es conciliable con nuestras leyes de Partida, las quales no tuvieron por bien admitir la ley Romana que aprueba para casos semejantes estos signos tan arriesgados y falibles. La ley 3. de Toro que exîge para el codicilo las mismas solemnidades que para el testamento nuncupativo, viene tambien en apoyo de este pensamiento. No obstante, si en conformidad de las leyes Romanas que siguen muchos AA., llegase el caso de otorgarse una disposicion de esta clase, hará el Escribano muy particular expresion del estado en que se hallaba el Testador, de las preguntas que se le hicieron, quién se las hizo, y con que señas contextó. Véase acerca de este punto à *Gomez* en la ley 3. de Toro nn. 112. y 113. à *Matienzo* en la 1. tit. 4. lib. 5. Recop. glos. 16. y à los que éste cita.

§. XII.

De las condiciones de los legados y herencias.

209 El Testador puede hacer los legados puramente, à dia ò tiempo cierto ò incierto, y con condicion (1); y se deben observar las honestas y posibles condiciones que imponga, porque es dueño y árbitro de sus bienes (2). De los que hace puramente siendo suyo lo que lega, pasa el dominio à su legatario inmediatamente que fallece, y aunque éste muera antes que tome posesion del legado, ò que el heredero del Testador éntre en la herencia, ò la acépte, no dexarán por eso de llevarlo los que sean sus herederos, y el del Testador estará obligado à entregarselo con los frutos que le corresponden, y haya producido la cosa legada desde el dia en que aceptó la herencia, ò entró en ella, segun queda expuesto. Si lo que lega el Testador no es suyo, debe su he-

(1) Ley 31. tit. 9. Partid. 6. (2) Ley In conditionibus 19. ff. de Conditionib. & demonstrationib. y Authent. De naptiis, ibi: ***Disponat unusquisque de suis, ut dignum est, & erit lex ejus voluntas.***

redero comprarlo, y entregarlo al legatario, y no queriendo comprarlo, darle su importe con el de los frutos que produxo desde el dia que se lo mandó (1); pero si el legado es de usufructo, no le gozará el legatario hasta que el heredero éntre en la herencia, y lo mismo debe executarse con el siervo si el Señor le diese libertad, ò le hiciese alguna manda (2).

210 Los que hace à dia cierto, v. gr. *Mando à Pedro cien reales para el dia de la próxîma Natividad*, valen y se pueden entregar incontinenti al legatario, y aunque éste fallezca antes que llegue el dia prefinido, los habrá su heredero (3), pero de los que hace con condicion à tiempo incierto, v. gr. *Mando à Pedro cien reales, para quando cumpla 14 años*, no se trasfiere el dominio al legatario hasta que se cumpla el dia señalado, porque puede morir, y no verificarse; y es lo mismo que si el Testador le pusiera la condicion de que habia de cumplir precisamente la edad para poder percibir el legado (4).

211 Y de los que hace con condicion, ya sea de presente, v. gr. *Mando à Pedro tanta cantidad, si está haciendo tal cosa que le encargué*. O de preterito, v. gr. *Si la hizo*; ò de futuro, v. gr. *Si la hiciere*, tampoco pasa el dominio al legatario, por lo que hasta que se verifique la condicion no llevará el legado; y si muere antes que se cumpla, no tendrán sus herederos derecho à pedirlo (5). Pero si lo hace à dos juntos, v. gr. *Mando à Pedro, y à Juan cien reales, si hicieren tal cosa*, ò hubiese substituto en ella, no lo llevará el heredero del Testador, sino el compañero ò substituto del legatario, verificandose la condicion despues de la muerte de éste (6), pues la que se pone en la institucion, se entiende repetida en la substitucion, no constando lo contrario de la voluntad del Testador.

212 Las condiciones unas son *contra derecho*: otras *contra naturaleza*: otras *imposibles de hecho*: otras *dudosas*: otras *casuales*: otras *potestativas*: otras *mixtas*: otras *causales*: otras *modales*: otras *necesarias*; *y* otras *tácitas*. Contra derecho v. gr. *Mando à Juan mil reales, si no diere de comer à su padre*. Contra naturaleza v. gr. *Mando à Pedro tanta cantidad si llegáre al cielo con la*

(1) Leyes 34. 35. y 37. tit. 9. Partid. 6. (2) Ley 35. tit. 9. Partid. 6. (3) Ley 34. tit. 9. Partid. 6. (4) Ley 31. tit. 9. Partid. 6. (5) Ley 21. tit. 9. Partid. 6. (6) Ley 34. tit. 9. Partid. 6.

mano. Estas dos condiciones no valen, y se tienen por no escritas, ni puestas en el testamento. Lo mismo sucede con las que son contra buenas costumbres, obras pias y honestidad de aquel à quien se ponen, pues se reputan por imposibles, y por esta razon no deben cumplirse, y vale el legado (1) (*a*).

213 Las imposibles de hecho son: v. gr. *Establezco à Pedro por mi heredero, si diere à Antonio un monte de oro.* Este establecimiento no vale.

214 Las dudosas (que por otro nombre llaman *Perplexas*) son, v. gr. *Instituyo à Pedro por mi heredero, si Juan fuere mi heredero.* Esta institucion tampoco vale, porque ninguno de los dos puede empezar à ser heredero antes que el otro, y asi no llevaran la herencia (2). Las casuales, ò contingentes dependen regularmente de la omnipotencia: llamanse casuales, porque pueden suceder, ò no, v. gr. *Instituyo à Juan por mi heredero, si mañana lloviere, ò hiciere sol, y dia claro sin nublarse.* Si la condicion se verifica, percibirá la herencia; pero hasta entonces ningun derecho tiene à ella: y lo mismo sucede en los legados (3).

215 Las potestativas son las que dependen de la voluntad humana, v. gr. *Instituyo à Juan por mi heredero, si Diego subiere à la torre.* Si la condicion se cumple, llevará la herencia ò legado, y no de otra suerte. Las mixtas de casuales y potestativas son aquellas, cuyo suceso depende del hombre y de la casualidad, v. gr. *Instituyo à Pedro por mi heredero, si volviere de las Indias.* Depende del hombre, porque puede, ò no volver; y de la casualidad, porque puede, ò no haber navio para venir, y aunque lo haya, naufragar; y asi para que el heredero, ò legatario perciban la herencia ò legado, es preciso que se verifique la condicion (4).

216 Las causales son las que miran al tiempo pasado, y se llaman asi, porque se expresa la causa ò motivo que impele à hacer el legado, ò institucion de heredero, v. gr. *Mando à Pedro cien reales, porque me hizo tal cosa que le encargué.* En cuyo caso aunque la causa sea falsa, vale el legado, debe haberlo el legatario (5), y el heredero del Testador entregarselo, sin inspecio-

(1) Ley 3. tit. 4. Partid. 6. (2) Ley 5. tit. 4. Partid. 6. (3) Ley 8. tit. 4. Partid. 6. (4) Ley 9. tit. 4. Partid. 6. (5) Ley 21. tit. 9. Partid. 6. (*a*) Nota 35.

nar la verdad ò falsedad del motivo porque se hizo (1).

217 Las modales, ò hechas baxo de cierto modo, parecen causales, mas no lo son, porque miran al tiempo futuro, y el *por qué* de ellas equivale à *para*, v. gr. *Mando à Juana cien ducados, porque case con Antonio, ò porque haga tal cosa.* Esta manda es válida, y debe entregarse al legatario, dando previamente la caucion, (que los Legistas llaman *Muciana*) de cumplir lo que el Testador le mandó, pues cumpliendolo, gana el señorío de ella; y tambien lo ganará, aunque no lo cumpla si practica las conducentes diligencias para ello, y no de otra suerte (2). En quanto à la diferencia que hay entre la *condicion*, el *modo*, y la *demostracion*, y quándo se entenderán hechos los legados, ò contratos con modo ò condicion; vease à *Parlador. different.* 147. que lo explica claramente en los cinco §§. que trae, y dà la regla para conocer quando el legado, ò institucion es modal, ò condicional, y lo que digo en el lib. 2. cap. 6. de mi segunda parte.

218 Las necesarias son las que tienen apariencia de casuales, y no lo son, pues se han de verificar precisamente, v. gr. *Mando á Pedro mil reales, ò le instituyo por mi heredero, si se muriere*, no señalando hasta qué tiempo, *ó si mañana naciere el sol.* En este caso vale el legado, ò institucion, y puede pedirse aquel, ò la herencia luego que muera el Testador, porque es preciso que Pedro se muera, y el que el sol nazca (3).

219 Y las tácitas son las que se entienden puestas por derecho, aunque no se pongan, v. gr. un padre tiene dos hijos legítimos, y los instituye por sus herederos, mandando que el que sobreviva herede al que primero fallezca; en cuyo caso si el que muere antes, dexa hijo ò descendientes, le heredarán, y no el hermano, pues se entiende que la voluntad del padre fue que heredasen los hijos de su hijo, y que si el hermano de éste llegaba à heredar, fuese en el caso de que el muerto no dexase sucesion; y asi aunque el Testamento no contenga expresamente esta condicion, debe cumplirse, porque se entiende tácitamente puesta. Pero si con ella establece à dos estraños por herederos, no heredarán los hijos del muerto, sino los del otro instituido, à quienes se acrecerá la herencia (4), à menos que lo mande expresamente.

(1) Ley 20. tit. 9. Partid. 6. (2) Ley 21. tit. 9. Partid. 6. (3) Ley 8. tit. 4. Partid. 6. (4) Ley 10. tit. 4. Partid. 6.

220 Algunas veces suelen los Testadores poner en sus testamentos muchas condiciones juntas, y otras veces apartadas: *Juntas*, v. gr. *Mando à Pedro tal alhaja, ò le instituyo por mi heredero, si hiciere tal cosa, diere tanto à pobres, y fuere en romeria à tal parte.* En este caso para que pueda percibir la herencia, ò legado, es preciso que todas se cumplan. *Apartadas*, v. gr. *Mando à Pedro tales tierras, si diere tanto à pobres, ò fuere à tal romeria* En este caso basta que cumpla qualquiera de ellas para poder percibir el legado, porque están puestas con modo disyuntivo: y las otras con el copulativo (1).

221 Otras veces ponen una condicion que comprende à muchas personas, v. gr. *Establezco por mis herederos à Pedro, Diego y Juan mis siervos, si fueren mios al tiempo de mi muerte.* En este caso, aunque al tiempo de la muerte del Testador no sean todos sus esclavos, llevará la herencia ò legado el que lo sea (2). Y otros ponen condiciones à uno ò mas, y à los restantes no, v. gr. *Instituyo por mis herederos à Pedro y Juan, pero à Pedro con la precisa condicion de que haga tal cosa, y no de otra suerte.* En este caso Juan percibirá inmediatamente su parte de herencia, por haber sido instituido pura ò simplemente; y Pedro no la llevará hasta que cumpla lo que el Testador le ordenó, à menos que su cumplimiento no dependa de culpa suya, pues basta que practique las diligencias correspondientes para conseguirlo (3).

222 Por regla general se previene al Escribano para su instruccion, que los legatarios y herederos extraños para que puedan llevar la herencia ò legado, deben cumplir todas las condiciones posibles y honestas que el Testador les imponga, ò practicar las diligencias concernientes à su consecucion; y de lo contrario nada llevarán, à menos que habiendo hecho de su parte lo que puedan, se frustre por algun acaecimiento, que entonces no por eso dexarán de percibirla. Siendo prohibitivas, v. gr. *Mando à Pedro mil reales, si no hiciere tal cosa*, si lo que se prohibe, puede cumplirse, y no es contra derecho, naturaleza, buenas costumbres, obras pias, ù honestidad del legatario ò heredero, debe hacerla; y en este caso para la percepcion del legado ha de dar

(1) Ley 13. tit. 4. Partid. 6. (2) Dicha ley 13. (3) Leyes 12. y 14. tit. 4. Partid. 6.

caucion, y si no quiere darla, no se le debe entregar, ni tampoco la herencia (1).

223 Tambien se le previene que si el Testador hace algun legado ò institucion contra derecho, ò de tal modo, ò cosa que no debe, aunque mande que se cumpla, y que de lo contrario no perciba el heredero ò legatario la herencia ò legado, no valdrá, ni se cumplirá, y no por eso dexará de tener efecto la institucion ò manda. Lo mismo procederá, si manda hacer de su cuerpo, o de sus huesos, ò en su sepultura alguna cosa que sea contra ley ò costumbre de su tierra, ò contra su fama, ù honor de sus parientes, pues no debe ser obedecido tal precepto, sino antes bien tenerse por no escrito, ni puesto en el testamento. (2) El que quisiere mayor instruccion, vea los títulos 4. y 9. *de la Part.* 6. *à Antonio Gom. lib.* 1. *Var cap.* 12. y especialmente desde el num. 57. hasta el fin, y à su adicionador *Ayllon.*

224 El Testador puede revocar siempre que quiera, todas ò parte de las mandas que ha hecho; y aunque no las revoque expresamente, se entienden revocadas quando cancela, ò manda à otro que cancele la escritura en que las hizo; pero no si éste lo hace sin su órden (3); ò si despues dá las cosas legadas à otro; mas no si las vende ò empeña: y asi en este caso llevará el legatario su estimacion, à menos que el heredero pruebe que la voluntad del Testador fue revocar las mandas (4). Tambien se entienden revocadas quando despues de hechas se pierden las cosas, en cuyo caso tampoco está obligado el heredero à entregarselas, ni su valor, excepto que haya tenido culpa en su pérdida (5). Lo propio milita si lega lana, madera, ò cosa semejante, y despues hace de la lana paño, y de la madera casa ò nave (6), porque muda su forma, y dexa de ser la cosa legada.

225 Aunque el testamento se rompa por preterícion ò desheredamiento, valen las mandas y libertades de esclavos que contenga (7). Lo mismo procede quando el heredero no quiere aceptar la herencia, ò por qualquiera causa no entrar en ella; pero debe constar de la solemnidad prescripta por derecho (8).

(1) Leyes 7. y 14. tit. 4. y 22. tit. 9. Partid. 6. (2) Leyes 32. tit. 9. Partid. 6. y Nemo potest 55. ff. de Leg. 1. (3) Ley 39. tit. 9. Partid. 6. (4) Leyes 17. y 40. tit. 9. Partid. 6. (5) Ley 41. tit. 9. Partid. 6. (6) Ley 42. tit. 9. Partid. 6. (7) Ley 7. tit. 8. Partid. 6. (8) Ley 1. tit. 4. lib. 5. Recop.

Se previene que las Religiones de la Santísima Trinidad y Merced no pueden llevar mandas inciertas, ni quintos de los que mueren *ab intestato* (1). En quanto á si el testamento solemne será ó no executivo por la deuda, legado ó fideicomiso, y qué cosas son necesarias para que lo sea, véase lo que explicaré en el cap. 2. lib. 3. de mi segunda parte.

§. XIII.

De la quarta Falcidia.

226 Una ley de las doce tablas permitia á los Testadores que distribuyesen sus bienes en legados: y acontecia que muchas veces nada les quedaba á los herederos, por cuya causa no querian aceptar las herencias. Con este motivo se promulgó la ley *Furia*, que prohibió dexar á cada legatario mas que mil auros; y despues la ley *Voconia*, que tambien prohibió dexar á otro mas que al heredero. Pero como ninguna de estas leyes fuese bastante para obligar á los herederos á admitir las herencias, se estableció la ley *Falcidia*, llamada asi de *Cayo Falcidio*, Tribuno del pueblo Romano, que la propuso, por la qual se ordeno que estando tan gravada la herencia con legados, que nada quedase al heredero que percibir, ó le quedase menos que la quarta parte de ella, pudiese sacar y retener para sí esta quarta parte de cada legado ó fideicomiso (2). Pero aunque la ley Falcidia y el Senado consulto Trebeliano tienen tal relacion y semejanza entre sí, que muchas veces se entiende uno por otro (3); se diferencian no obstante, en que la Falcidia solo tiene lugar respecto de los legados y fideicomisos singulares ó particulares; pero el Senado consulto se extiende á toda ó parte de la herencia, y no á cosa determinada de ella (4). Tambien se diferencian en que en la Falcidia no se imputa lo que se recibe por otro derecho que por el hereditario;

(1) Leyes 2. y 3. tit. 9. lib. 1. Recop. (2) Instit. de lege Falcidia, el tit. Cod. ad leg. Falcidiam, cap. Quædam 6. distinct 2. Ferraris Bibioth. verb. Falcid. n. 1. al 3 (3) Bart in leg. 3. ff. ad legem Falcid. (4) Leyes 1. y 8. tit. 11. Partid. 6. Spino in specul Testament. 5 os. 27 n 9 Jason in rubr. ff. ad Trebellian. & ibi Accurs. Sr. Molina de Primog. lib. 1. cap. 17. num. 1. Ferrar. ibi. n. 33.

pero en la Trebellianica sí (1). Presupuesto lo referido, para que el Escribano sepa cómo, y de qué cosas se debe, ò no deducir, digo que si el Testador instituye heredero estraño, y dexa tantas donaciones ò mandas, que nada le queda que heredar, ò le queda menos de lo que por derecho le toca, puede sacar, y retener para sí el heredero la quarta parte de la herencia, que dicha ley *Falcidia* le concede; de suerte que de cada manda ha de sacar la quarta, la qual le compete por solo haber sido nombrado heredero, y puesto su nombre en el testamento (2); pero para deducirla, ha de considerar el valor de bienes del Testador al tiempo de su muerte, porque el aumento, ò deterioro que despues haya, es de su cuenta, y no de los legatarios (3). Mas si el Testador tiene herederos forzosos, no hay quarta, porque estos deben llevar su legítima íntegra sin condicion, ni gravamen (4), y solo tendrán lugar los legados en el tercio, ò quinto, segun las relaciones del Testador con sus herederos.

227 La deducion de la quarta Falcidia, que hoy se usa poco en estos Reynos de Castilla por el modo con que se estienden las clausulas de herederos, debe hacerse en esta forma: primero se ha de separar todo lo que el Testador esté debiendo, aunque sea al mismo heredero, à menos que lo prohiba expresamente, que en tal caso no se separará el débito de éste: despues la expensas funerales ocasionadas con motivo de su muerte; y luego el dinero que destine para comprar siervos que mande manumitir; bien entendido, que si lega alguna cantidad à persona determinada para que dé libertad al suyo, puede el heredero sacar de ella la quarta parte; pero si manda que el dinero se entregue à alguno para que compre los de otro, y se consume todo en su compra, no debe sacarla de él, mas del sobrante puede hacerlo (5).

228 No puede deducirse segun nuestro derecho, de los legados hechos à Iglesias, Hospitales, ù otro lugar religioso, o à pobres, ò para redimir cautivos, ò para otra obra pía: ni de lo que lega à alguno el Testador que es soldado, ò Caballero, y está en campaña, aunque nada le quede que heredar; pero no estando en campaña, no goza de este privilegio (6): ni de lo que entre-

(1) Ley In quartam, ff. ad Leg. Falcid. & ibi Rip. n. 3. 6. 24. y 86. (2) Ley 1. tit. 11. Partid. 6. (3) Leyes 1. y 3. tit. 11 Partid. 6. Gom. lib. 1. Variar. cap. 12. num. 26. (4) Leyes 17. tit. 1. y 4. tit. 11. Part. 6. Auth. Novissima, Cod. de Inofficios. testam. (5) Ley 2. tit. 11. Part. 6. (6) Ley 4. tit. 11. Part. 6.

ga por mandato del Testador al que tiene prohibicion legal de ser heredero, bien que no está obligado à cumplir su precepto (1); ni de lo que dexa vinculado: ni de la dote que el marido lega à otro para que la entregue y restituya à su muger; ni de lo que mandase à alguna muger de lo suyo por razon de dote: ni si cancela maliciosamente el testamento, ò las mandas, para que no valgan, ò si hurta alguna cosa de las legadas, ò maliciosamente la niega, diciendo que es suya y no del Testador: ni tampoco quando éste le prohibe expresamente su detraccion, pues no basta la prohibicion tácita (2). Mas si no se la prohibe expresamente, y la institucion se ordena segun se estila, en estos términos::: *Y despues de cumplido, y pagado todo lo contenido en este testamento, en el remanente de mis bienes muebles, raices, derechos y acciones nómbro por mi heredero à Pedro, &c.* no podrá deducirla, antes bien debe contentarse con lo que quede, segun el sentir de muchos AA.; pero en mi concepto podrá executarlo no constando claramente ser aquella la voluntad del Testador: lo primero, porque la ley se la concede por solo haber sido nombrado, y no debe ser de peor condicion que los legatarios, sino de mejor: lo segundo, porque dicha clausula se estiende asi por estilo, y no por precepto de los Testadores: y lo tercero, porque en el hecho mismo de no haber usado el Testador de la facultad que la ley le concede para prohibir al heredero el sacarla, es visto habersela concedido para ello. Sin embargo para evitar las dudas que pueden ocurrir, ordenará el Escribano la institucion de herederos estraños en la forma siguiente::: *Nombro por heredero de mis bienes muebles, raices, derechos y acciones que se hallen al tiempo de mi muerte, à Pedro, &c.* sin el adietamento de la clausula anterior, y asi no se fomentarán pleitos sobre si se ha de sacar, ò no la quarta Falcidia. Vease al Señor *Gregorio Lopez* en la ley 6. *tit.* 11. *Partid.* 6. *glos.* 3. *per tot.*

220 De todo lo demás puede el heredero sacar la quarta, si la cosa legada tiene cómoda division, y si no, se ha de apreciar, y de su importe hacer la deduccion; pero aunque quiera tomar la parte que en una alhaja le corresponde, de la legada à otro, no debe hacerlo sin su permiso, porque la deduccion de la

(1) Ley 5. tit. 11. Partid. 6. (2) Ley 6. tit. 11. Partid. 6. y en ella el Sr. Gregor. Lop. Sr. Molin. de Hisp. primog. lib. 1. cap. 17. num. 12. y sig

quarta ha de ser respectivamente de cada legado (1). Asimismo si paga por entero algunas mandas, creyendo que en la hacienda restante le queda lo suficiente para sacarla, debe satisfacer en la propia forma las demás, à menos que despues de haber empezado à pagarlas, aparezca alguna deuda grande, de que hasta entonces no habia tenido noticia, que en este caso puede retenerla de las que no estén entregadas (2).

221. Para la deduccion de la quarta Falcidia debe el heredero hacer previamente en el término legal inventario formal de todos los bienes del Testador. Si no lo hace, no podrá deducirla (3), y ademas estará obligado à pagar enteramente las mandas y deudas que dexó (4): si lo hace, y satisface aquellas antes que éstas, deben los acreedores reconvenir primero à los legatarios, y por lo que falte, al heredero (5) (*a*).

§. XIV.

De la revocacion del testamento.

222 El testamento se puede revocar ò desatar. Se *revoca*, quando el Testador manda en otro testamento perfecto posterior que no valga el precedente; y se desata por varias causas, à saber, quando el Testador pierde el estado que gozaba en la sociedad, ò sufre alguna mudanza ò alteracion en él; quando no instituye heredero, quando le nace algun hijo despues que lo hizo, ò despues que muere, y por otras que se refieren en las leyes 18. 19. 20. 21. y 22. tit. 1. Partid. 6. La mudanza de estado que en latin se llama *capitis diminutio*, antiguamente era de tres maneras: *maxima*, *media y minima*. Maxima, quando alguno se vendia voluntariamente por precio, ò era condenado por delito atroz à ser siervo de pena: ò el siervo que por haber sido ingrato à su Señor, aunque estuviese manumitido, lo volvia à su poder, y todos perdian la Ciudad, la libertad y la familia: *media*, quando era desterrado para siempre á alguna Isla, se le privaba

(1) Ley 2. tit. 11. Partid. 6. (2) Ley 6. tit. 11. Partid. 6. Señor Olea, de Ces. jur. tit. 4. quæst. 5. (3) Ley 7. tit. 11. Partid. 6. 4) Ley 10. tit. 6. Partid 6. (5) Ley 7. tit. 6. Partid. 6. Señor Gregorio Lopez en ella, verb. Quarta parte, glos. 10. y 11. (*a*) Nota 36.

del agua y del fuego, y perdia la Ciudad y la familia: y mudaba quando se dexaba prohijar, y caia por tanto en poder del que lo prohijaba, ò su padre lo emancipaba, pues por la emancipacion salia de su poder, y mudaba el estado que antes tenia (1).

223 Pero procediendo à tratar de la revocacion, que es la materia de este párrafo, digo que asi como no hay cosa mas natural que disolverse una cosa del modo que se liga (2); tampoco puede ninguno hacer su testamento con tanta solidez y firmeza, que no tenga arbitrio y facultad de revocarlo por otro hasta su muerte, aunque prometa y se obligue à no hacerlo; y la razon es, porque no puede imponerse él mismo una ley, de la qual no le sea lícito apartarse; siendo como es su voluntad mudable hasta la muerte (3). Por lo mismo debe cumplirse la última siendo arreglada, pues dos testamentos no pueden subsistir; porque el segundo perfecto revoca el primero (4); lo que no sucede con los codicilos, como explicaré quando trate de ellos. Esto se entiende, no solo quando una persona testa por sí sola, sino quando testan dos de conformidad, v. gr. marido y muger, pues el que sobrevive puede revocar su testamento, como si hubiera testado solo (5). Pero una vez hecho con todas las circunstancias y solemnidades prevenidas por las leyes, no se invalida ni se entiende revocado, aunque haya transcurrido mucho tiempo desde su otorgamiento. Instituyendose marido y muger en el testamento que otorgan de conformidad por usufructuarios, y à otro por heredero de ambos; si muere antes el marido, y luego revoca la muger su testamento nombrando otro heredero de sus bienes, estará éste obligado como tal à restituir el usufructo percibido por la muger de los del marido, al heredero instituido por ambos.

224 Pero aunque el testamento posterior otorgado con la solemnidad prescripta por derecho revoque el primero, será éste firme en dos casos. El uno, si creyendo el Testador haberse muer-

(1) §§. 1. 2. y 3. Instit. de Capitis diminut. y ley 18. tit. 1. Partid. 6. Ferrar. Biblioth. verb. Testament. art. 5. num. 34. al 37. (2) Ley 35 ff. de Regul. jur. (3) Leyes 25. tit. 1. Partid. 6. Quod si 4. y Transactio 6 ff. de Admend. legat. y Si quis 22. ff. de Legat. 3. Gutier. de Juramento Confirmat. part. 2. cap. 1. Gom. en la ley 3. de Toro, num. 89. y sig. Ferrar. Biblioth. verb. Testam. art. 5. Murill. dicho lib 3. tit. 26. num. 250. al fin. (4) §. Posteriore, Institut. Quibus modis Testamenta infirmant. (5) Suar. in leg. Quoniam in Prioribus, limit. 5. ad leg. Fori. Alciat. in leg. Licet, Cod. de Pact. Burg. de Paz, Consil. 2. Ferrar. ibi n. 8. y sig.

to el heredero instituido en aquel, nombra à otro en el segundo, expresando la causa de la nueva institucion, pues verificandose que el primero vive, será suya la herencia; bien que las mandas y demás cosas que ambos contengan, valdrán en todo lo que haya lugar (1).

225 El segundo caso es, quando el Testador otorga su testamento con clausulas derogatorias generales, ò particulares, y en el que hace despues, no se mencionan. Las generales son, v. gr. ésta: *Quiero que este testamento sea válido, y no otro que antes tenga hecho; ni el que haga despues de él, pues los revoco y anulo todos enteramente, excepto el presente.* Las particulares son, v. gr. *Quiero que este testamento, y no otro que antes ó despues haya otorgado, sea válido, excepto que el posterior à éste contenga à la letra tales palabras,* (las quales deben individualizarse) *pues si las contuviere, ha de ser subsistente el último, y no éste, ni los precedentes.* Con esta prevencion será ineficaz el ultimo, si carece de las palabras, à menos que en él instituya herederos legítimos, y en el primero un estraño, como se prueba de la *ley* 22. *tit.* 1. *Partid.* 6. que en su segunda parte dice: *La otra es, quando el Testador dice asi: este mio testamento que ahora fago, quiero que vala para siempre, è non quiero que vala otro testamento, que fuese fallado que oviese fecho ante de éste, nin despues. Cá si acaeciese que éste á tal mudase su voluntad, è ficiese otro testamento, non quebrantaria por ende el otro, que oviese ante fecho.*

226 Pero como estas disposiciones se presumen cautelosas, y de ellas resultan infaustas consequencias, se duda si la revocacion regular del ultimo testamento es suficiente para anular los precedentes, que contengan cláusulas derogatorias, porque muchas personas por miedo, reverencia, y eficáz persuasion y sugestion hacen testamento con ellas, instituyendo por sus herederos à los que no quieren que lo sean. Y para que no haya necesidad de especificar las palabras del primer testamento, à fin de que quede revocado, evitar todo duda, y que el Testador pueda testar libremente, y esplayar su voluntad à su satisfaccion, se ordenará la revocacion en estos términos: *Y por el presente revoco, y anulo todos los testamentos y demás disposiciones testamentarias, que antes de ahora haya otorgado por escrito, de palabra, ò en otra*

(1) Ley 21. tit. 1. Partid. 6.

forma, para que ninguna valga, aunque haya sido formalizada con solemne juramento de no ser revocada, y contenga los mayores vinculos, firmezas, penas, palabras, oraciones, cláusulas derogatorias por derecho permitidas, y qualesquier pretextos y fundamentos para derogar ésta, (de todo lo qual por no acordarme, ni de su solemnidad y particularidades no hago especifica mencion, pero lo doy aqui por inserto, como si literalmente lo fuera), ni haga fé judicial ni extrajudicialmente, excepto este testamento, que por ser ordenado con pleno uso de mi libre alvedrio, y no los demás, como lo juro en solemne forma legal, quiero y mando que se estime y tenga por tal, y por mi última deliberada voluntad en la via y forma que para su mayor estabilidad y validacion mejor lugar haya en derecho. En cuyo testimonio asi lo otorgo ante el presente Escribano en esta Villa de, &c.

227 Con esta cláusula me persuado quedará revocado el primero, aunque contenga juramento de no serlo, y cláusulas, ò palabras derogatorias que no se inserten en el último; pues sin embargo de que la referida *ley* 22. no dice expresamente que queda revocado aunque no se haga especifica mencion de las palabras, tampoco previene que se inserten, como se reconoce de su contexto: *Fueras ende si el Testador dixese en el postrimero testamento señaladamente que revocaba el otro, è que non tubiese daño à aquel testamento, que agora facia, las palabras que dixera en el primero.* Vease á *Ferrar. Biblioth.* verb. *testamentum artic.* 5. y à los que cita. Se previene al Escribano, que para ordenar el testamento con dichas cláusulas, debe instruir previamente al Testador de sus efectos, y ponerlas de su orden, y no de motu propio, pues de lo contrario será responsable en el fuero interno de los perjuicios que se causen à los verdaderos interesados. En quanto à si valdrá ò no el testamento otorgado hallandose gravemente enfermo el Testador con esta cláusula. *Si fallezco de esta enfermedad, instituyo à Fulano por mi heredero*; en el caso de que convalezca, vease à *Gomez* en la *ley* 3. *de Toro* num. fin.

§. XV.

De los Codicilos.

228 El codicilo *es una manera de escritos pequeños, que facen los omes despues que han fecho sus testamentos, para crescer ò menguar, ò mudar alguna de las mandas que habian fechas en ellos* (1). Entre los Romanos eran los codicilos unas cartas que escribian los Testadores à sus amigos ò herederos, explicandoles sus intenciones. Lucio Lentulo, que estando en Roma habia hecho su testamento instituyendo por sus herederos à su hija, y á Augusto, hizo despues desde Africa, donde se hallaba, varios codicilos, en que les previno diesen ciertos legados à las personas que designó. Augusto los miró como actos de la ultima voluntad de Lentulo, y fueron pagados puntualmente. Desde entonces se hicieron muy comunes estas disposiciones testamentarias; y por ultimo, con el parecer de los mejores Jurisconsultos de aquel tiempo, se les dió la misma fuerza que à los testamentos; pero únicamente respecto à las mandas, legados y fideicomisos, y en quanto à explicar alguna duda que pudiera ocurrir en alguna disposicion del testamento. El que es capaz de testar puede hacer codicilo, con tal que intervenga para su validacion la solemnidad de testigos, que en el número final de este párrafo expresaré (2). Puede asimismo hacer codicilo solo, antes ò despues del testamento, ò con éste; si lo hace antes, y no otorga luego testamento, es válido, à menos que lo revoque por otro; pero si otorga testamento, se revocará, no expresando en éste lo contrario, ò no confirmandolo en él; y si lo hace despues del testamento, tambien valdrá si no lo revoca por otro (3).

229 No debe el Testador nombrar directamente heredero en el codicilo (4), bien que si lo instituye, se estimará por testa-

(1) Ley 1. tit. 12. Partid. 6. (2) §. Codicillis autem Institut. de Codicillis, y ley Hæreditatem 2 Cod. de Codicil. Ferrar. Bibl. verb. Testamentum, art. 4. num. 3. 4. 28. y 25. Parlador. different. 14. n. 15. (3) Institut. de Codicill. § Non tantum : : : y leyes 1. tit. 12. Part. 6 Si quis 3. ff. de Jur. codicillor. Ante tabulas 5. ff. de Legat. & fideicomis. y Sive initio. 4. Cod. de Codicil. (4) Ley 2. tit. 22. Partid. 6. & ibi glos. 1.

mento, aunque se llame codicilo (1). Tampoco debe quitar la herencia al que instituyó en el testamento, ni imponer condicion al que fue instituido sin ella en él: excepto que en éste diga: *que lleve la herencia con las condiciones, y en la forma que expresará en el codicilo, y no de otra suerte*, en cuyo caso valdrá la condicion, porque solo declara en el codicilo la que es, mas no se la impone, lo qual es muy diverso; y fuera de este caso aunque se la imponga, no está obligado à cumplirla, ni por este defecto dexará de percibir la herencia. Tampoco puede mudarlo, ni desheredar à sus herederos forzosos, pero podrá manifestar el delito, que contra él cometieron, pues si fuere de los expresados en el párrafo VII., y se probáre, perderán la herencia. Asimismo no puede hacer substitucion mandando que si el heredero nombrado en el testamento muere antes de entrar en la herencia, le suceda en ella el que instituya en el codicilo, porque esto es hacer segunda institucion, lo qual le está prohibido (2); mas no obstante, se le permite nombrar indirectamente heredero universal, que es por fideicomiso, rogando ò mandando al instituido en el testamento que entregue la herencia al que establece en el codicilo: bien que aun quando no se lo mande, ni ruegue, tiene obligacion de entregarsela, quedandose con la quarta Trebelianica si es estraño, y siendo forzoso, con su legítima, y dandole aquello de que el Testador puede disponer, que es del tercio, ó quinto, segun sea (3), pues la institucion directa hecha en el codicilo, ò en testamento imperfecto con la clausula codicilar, se convierte en fideicomisaria (4). Pero se previene que aunque nombre directamente heredero en el codicilo, no incurrirá en pena el Escribano por autorizarlo, porque ninguna ley se la impone, ni se lo prohibe. Igualmente puede declarar, y especificar en el codicilo el nombre del que quiere sea su heredero, y

(1) Ley Insulam, ff. de Præscript. verb. ley Sed & si possessori, §. Item si juravero, ff. de Jure jurand. ley fin. Cod. de Posthum. hæred. instituend. y ley Titius. §. Lucius, ff eod. tit. cap. Intelligentia, de verbor. significat. Sr. Greg. Lop. en la ley 2. tit. 12. Partid. 6. glos. 1. Matienz. en la 2. tit. 4. lib. 5. Rec. glos. 9. num. 19. Roman. Consil. 31. n. 3. y Consil 180. num. 5. (2) Leyes 103. tit. 18. Part. 3.: 7. y 8. tit. 3. y 2. tit. 12. Partid. 6. y Hereditatem 2. y Si idem Cod. de Codicil. y §. fin. Institut. eod. tit. (3) Leyes 7. y 8. tit. 3. y 2. tit. 12 Partid. 6. Parlador. different. 14 num. 10 y 11. (4) Ayllon, ad Gom. lib. 1. Var. cap. 4. n. 8. vers. Quod directa: y otros que cita.

señalar en él al nombrado en el testamento la parte y porcion de herencia que ha de percibir, y en qué bienes, si en éste expresó que lo declararia, y se la designaria en aquel, y no de otra suerte, en cuyo caso llevará lo que le designe, y no mas: si nada le señala, heredará todos sus bienes; pero si los herederos instituidos en el testamento son dos, ò mas, partirán igualmente la herencia (1). Lo propio milita en memoria testamentaria citada en el testamento, y no de otra suerte, como dexo dicho en el §. II. de los herederos, porque en ella no se altera la substancia de la institucion, solamente se trata del señalamiento de la quota y de la calidad de bienes, lo qual es muy distinto, y no está prohibido. Tambien puede nombrar en el codicilo tutor à sus hijos; pero deberá despues confirmarlo el Juez para que pueda usar de la tutela (2), lo que no es preciso siendo nombrado en testamento.

230 Ninguno puede hacer dos testamentos de modo que ambos valgan, porque por el segundo perfecto se revoca el primero (3), como dexo sentado; pero sí dos codicilos, ò todos los que quiera, sin que el segundo se revoque por el primero, sino en lo que sean contrarios: ò que la revocacion sea expresa en el todo (4) (*a*). La razon de disparidad consiste en que en los codicilos se legan, ò dexan solamente cosas singulares, por lo que pueden legarse unas en uno, y otras en otro, y subsirtir todas sin repugnancia, ni contrariedad; pero en los testamentos se dexa necesariamente la herencia, que es sucesion en todo el derecho del Testador difunto (5), y por eso se rompe el testamento primero por el segundo, à causa de no poder subsistir ambos con la contrariedad de dexarla toda à cada uno, ni por consiguiente verificarse ser integramente heredero de ella. Sin embargo de que despues de hecho el codicilo nazca hijo, ò hija al Testador, no se romperá total, ni parcialmente por esta causa; pero el testamento sí por la preterición, ò supernascencia de alguno (6), excepto que la institucion se ordene en la forma prevenida en el §. VIII.

(1) Ley 9. tit. 3. Partid. 6. (2) Ley Testamento 3. & ibi. Bald. ff. de Testamentar. tutel. Parlad. differ. 14. num. 14. (3) §. Posteriore 2. Institut. Quibus mod. testamenta infirmant. (4) §. Codicillos autem 3. de Codicil. Instit. y leyes Cum proponatis 3. Cod. de Codicil. y Divi. §. 1. ff. de Jure Codicil. (5 Ley Hæreditas 62. ff. de Reg. jur. (6) Leyes 20. tit 1. y fin. tit. 12. Part. 6. (*a*) Nota 37.

231 El codicilo puede ser abierto, ò cerrado, y en su otorgamiento se requiere la solemnidad, y calidad de testigos que en el del testamento nuncupativo, como lo dice la *ley* 2. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop.* ibi ::: *Y en los codicilos intervenga la misma solemnidad que en el testamento nuncupativo ò abierto, conforme à la dicha ley del Ordenamiento.* Se puede revocar el codicilo como el testamento, interviniendo en su revocacion la solemnidad que en su formacion, y lo propio milita en la donacion por causa de muerte, y en otras últimas voluntades (1). Pero se duda si esta legal disposicion debe entenderse solo para los codicilos abiertos, ò ampliarse à los cerrados, respecto no distinguir la ley, y tratar ésta de su solemnidad à continuacion de la que prefine para el testamento cerrado. Algunos dicen que bastan tres testigos vecinos, y el Escribano, y cinco si no son vecinos; y otros, que son precisos los cinco, y que firmen con éste como en el testamento escrito (2). Pero para quitar dudas, y escrupulos, haga el Escribano que presencien el otorgamiento los cinco, pudiendo ser habidos, y de esta suerte no se podrá alegar nulidad por defecto de solemnidad, pues por las leyes de Partida (3) se requieren los mismos cinco, los quales deben firmar con el Escribano encima del quaderno como en el testamento cerrado; y no pudiendo encontrarlos lo expresara en el otorgamiento, para que conste.

§. XVI.

De la clausula codicilar.

232 La cláusula *codicilar* es casi desconocida para muchos Escribanos; y otros la ponen solo por estilo, ignorando los efectos que produce. Diré lo muy necesario para instruccion de unos y otros, remitiendome à los AA. que cito, que tratan de la materia con toda extension. Esta cláusula es de dos maneras: *expresa, y tácita.* La expresa se pone de esta suerte. *Si este testamento por*

(1) Ley Si quis 22. ff. de Leg. 3. Leyes Quod si 4. y Translatio 6. ff. de Admend. legat. Ferrar Biblioth. verb. Testament. art. 5. n. 38. al 40. (2) Matienzo en la ley 2. tit. 4. lib. 5. Recop. glos. 9. num. 3 y sig. Gom en la ley 3. de Toro, n. 76. versic. Quæro tamen:. (3) Leyes 1. 2. y 3. tit. 12. Partid. 6.

falta de alguna solemnidad no pudiere valer como tal, valga como codicilo. Y la tácita *es aquella en que se dice: si este testamento no vale como tal, valga del mejor modo que pueda valer, ò que por derecho haya lugar.* Se entiende puesta en tres casos aunque se omita: el primero, quando el testamento contiene la tácita referida (1). El segundo quando se liga con juramento, ya sea jurando el Testador *que quiere se observe todo quanto en él ordena*, ò mandando à su heredero *que jure cumplirlo, y pagarlo* (2). Y el tercero, quando testa entre hijos, y descendientes legítimos (3). Esta cláusula suple tambien muchos defectos en los testamentos, pues quando que por derecho sean nulos, valdrán si la contienen, en quanto codicilos (4); en los quales conviene ponerla, y la *de que el testamento hecho antes, valga en todo lo que no fuere contrario à lo dispuesto en el codicilo.* De esta suerte serán firmes uno y otro en lo que no se opongan, como advierte *Parlador. different.* 14. *n.* 15. y lo practican los inteligentes.

233 Seis son los efectos de esta cláusula. El primero es, que si el testamento escrito carece de la solemnidad prescripta por nuestro derecho Real, y no de la de los codicilos, ni de la cláusula referida, valdrán todos los legados que contengan, y los herederos *ab intestato* estarán obligados à darlos à los respectivos legatarios, pero no si no la contiene.

234 El segundo es, que si el Testador por no tener herederos forzosos, instituye à un estraño en testamento cerrado, y éste no consta de la solemnidad de testigos que requiere, pero sí de la de los codicilos, y de la cláusula codicilar, se convertirá la institucion directa en fideicomiso universal, que quiere decir: que los sucesores *ab intestato* del Testador se apoderarán de la herencia, deberán restituirla al estraño instituido, como si à ello los hubiese gravado expresamente por fideicomiso, y retendrán para sí la quarta *Trebelianica*, porque mediante la cláusula codicilar es visto que el Testador grava tácitamente à sus herederos *ab intestato* à restituir por via de fideicomiso todo lo que

(1) Ley Codicillis 88. §. Lucius Titius, ff. de Legat. 2. & ibi. D. D. (2) Ley Cum pater, §. Filius matrem, ff. Eod. tit. & ibi Bart. Bald. & D. D. (3) Glos. in leg. Cohæredi, §. Cum filiæ, ff. de Vulgar. & pupillari substit. Gom. en la ley 3 de Toro n.62. y 74. Gom. Arias en ella n.71. y 72. (4) Leyes Sæpissime 1. ff. de Jure codicilor. Ex ea scriptura 29. ff. Qui testam. facere pos. Si jure 11. Cod. de Testamentar. manumis. y fin. §. 1. Cod. de Codicil.

dispuso por palabras directas en testamento menos solemne. Se previene que estos dos efectos solo pueden verificarse hoy en el testamento escrito, porque segun la *ley* 3. *de Toro*, el nuncupativo, y el codicilo requieren igual solemnidad de testigos.

235 El tercero es, que si el padre, ù otro ascendiente no instituyó con cierta ciencia, ò injustamente deshereda à algun descendiente legitimo, è instituye por heredero à un estraño, razon por la qual se irrita, y anula despues su testamento, se convierte la institucion del estraño en fideicomiso; de suerte que el descendiente no instituido ò sin causa legitima desheredado, está obligado à restituir al estraño el remanente del quinto, que es de lo que segun la *ley* 28. *de Toro* pudo su padre disponer, y no mas; y si el no instituido ò desheredado fué ascendiente, le restituirá el tercio que en virtud de la sexta de Toro tuvo facultad de dexarle.

236 El quarto es, que si el padre testa entre hijos, ù otros descendientes legitimos, y nombra à uno de ellos, ò à mas por sus universales herederos, no instituyendo ò injustamente desheredando à los restantes, ò instituyendo à todos por tales, pero dexando à algunos menor parte de herencia, que la que por su legitima debe tocarles; aquel hijo, ò hijos instituidos por universales herederos no solo percibiran su legitima, sino que se reputarán, y tendrán por mejorados en el tercio, y remanente del quinto, que es en lo que la *ley* 18. *de Toro* permite à su ascendiente mejorarlos; y los preteridos ya sean los que viven entonces, ò los que viviendo su padre, nacen despues de la institucion, ò los injustamente desheredados, ò perjudicados en su legítima, solo percibirán ésta íntegra, porque su padre no tuvo potestad de desfalcarsela, ni gravarsela; pero si los preteridos nacen despues de la muerte del Testador, habrá sus dificultades en quanto à ser gravados en el tercio, porque si hubieran nacido antes, y vivieran, puede ser que no los dexase de instituir, ni los gravase, y para evitarlas, conviene ordenar la institucion en los términos que dexo dicho en el §. VIII.

237 El quinto es, que si consta que alguno quiso hacer codicilo, y le hizo efectivamente con la solemnidad competente, y con institucion directa de heredero, no dexará de ser valido, conteniendo la clausula codicilar, y asi los herederos *ab inte tato* siendo descendientes, percibirán toda la herencia menos el quinto: si

son ascendientes, las dos terceras partes de ella, y siendo parientes, la restituirán al nombrado en el codicilo, reteniendo la quarta Trebelianica, porque se reputa por fideicomiso; lo que no sucederá, si el codicilo carece de la citada cláusula, pues el heredero nombrado en él nada llevará.

238 Y el sexto efecto es en quanto à la substitucion pupilar, pues si el padre substituye pupilarmente à su hijo, ò hija en codicilo, mediante ser de solemnidad, y forma de esta substitucion que se haga en testamento, y no en codicilo, pasará la herencia del pupilo à los parientes que deben heredarle *ab intestato*; pero tendrán que restituirla al substituto reteniendo para sí la quarta Trebelianica, y entonces se tendrá el substituto por heredero fideicomisario del pupilo, y estimará como si hubiera sido instituido por éste, siendo adulto. Los referidos seis efectos se reducen à dos, el uno acerca de la solemnidad, y el otro acerca de la voluntad. El que quisiere mayor instruccion de esta cláusula, vea los AA. que cito (1), pues para la del Escribano me parece suficiente lo expuesto.

§. XVII.

Del poder para testar.

239 El poder para testar es un acto y disposicion, por el qual da comision el Testador à alguna persona *para ordenar, y disponer su voluntad última, declararla, y distribuir à su arbitrio y eleccion sus bienes.* Esta persona se llama apoderado, ò comisario, y se diferencia del testamentario, porque à éste solo se comete la execucion de lo que el Testador dexa mandado, (2) (*a*). El executor, y al mismo tiempo comisario, es el nombrado por el Testador en su testamento, ò en otra ultima disposicion para executar y ordenar su voluntad (3); y asi pueden concurrir en un

(1) Gom en la ley 3. de Toro, num. 75. al 88. Ant. Thesaur. decis. 141. Ferrar. Biblioth. verb. Testamentum, art. 4. num. 20. y sig. Matienz. en la ley 2. tit. 4. lib. 5. Recop. glos. 1. n 9. Parlador. different. 248. num. 7. y siguient. (2) Carpio de Executorib. lib. 1. cap. 1. n. 37. y lib. 3. cap. 1. y 2. al principio. (3) Nulli Cod. de Episcop. & Cleric. Carpio dicho cap. 1. n. 44. (*a*) Nota 38.

sugeto ambas qualidades y facultades, ò la una solamente, à arbitrio del Testador. Confieren dicho poder los que no pueden, ò no quieren disponer determinadamente todas sus cosas, para no morir intestados; y el que tiene potestad de testar, puede darla al varon, ò hembra que no está privado de ser personero, ò apoderado, para que en su nombre ordene, y formalize su testamento, con arreglo à lo que en el poder mande, y le comunique, y execute lo que el mismo Testador haria por sí mismo (1), pues el poder no es testamento, ni por tal se estima (*a*); y si es recíproco, solo sirve para el que fallece primero, por lo que el que sobrevive tiene que hacer nueva disposicion, si no quiere morir intestado. En quanto à si dexando hijos menores el Testador podrá nombrar personas de su confianza que extrajudicialmente hagan entre ellos inventario, y particion de sus bienes sin necesidad de que intervenga Juez en cosa alguna, vease el lib. 1. cap. 1. num. 16. y la nota sexta puesta en el cap. 10. lib. 2. de mi segunda parte, en donde lo trato latamente.

240 El apoderado, ò comisario para testar debe ceñirse precisamente à las expresas facultades que el Testador le ha conferido, y asi no puede hacer legados, fundaciones, mejoras, substituciones vulgar, pupilar, exemplar, ni otra alguna à sus hijos, y descendientes, desheredarlos, ni darles tutor, sin que para cada una de las cosas referidas le conceda facultad especifica; previniendo que aunque se la dé genérica, è indistinta para instituir heredero à su arbitrio, tampoco puede elegirlo, ni nombrarlo, porque este acto es privativo, y personalisimo del Testador, y como tal debe hacerlo por sí propio en el poder, y no nombrandolo, no vale la institucion que el comisario haga (2), como queda expuesto en el §. II.

241 Pero no está obligado el Testador à nombrar directa, y determinadamente al mejorado, desheredado, substituido, ò tutor de sus hijos por su nombre, como al heredero, pues basta que conceda facultad genérica al comisario para mejorar, desheredar, substituir, ò dar tutor, eligiendo de personas ciertas qualquiera de ellas, v. gr. si tienen tres; ò quatro hijos, que mejore al que de ellos quisiere, ò que de Pedro, Juan, Diego y Fran-

(1) Ley 6. tit. 5. lib. 3. del Fuero Real. (2) Ley 31. de Toro, que es la 5. tit. 4. lib. 5. Recop. (*a*) Nota 39.

cisco sus amigos pueda nombrar al que le parezca por tutor de sus hijos, (lo qual se llama nombrar persona incierta de ciertas) porque en este caso la substancia de la mejora, desheredacion, substitucion ó tutela, no se dexa à la voluntad de tercero, sino la eleccion de la persona, que es accesoria, como dicen los AA. (1); lo qual se prueba claramente de la ley 5. que abaxo se cita y cerca del fin dice: *Salvo si el que le dió el tal poder para facer testamento, especialmente le dió el poder para facer alguna cosa de las susodichas en esta manera: el poder para facer heredero, nombrando el que dá el poder por su nombre à quien manda que el comisario faga heredero; y en quanto à las otras cosas, señalando para que le dá el poder; y en tal caso el comisario pueda facer lo que especialmente el que le dió el poder, señaló, y mandó, y no mas.* En quanto à si podrá el comisario delegar, ó substituir de propia autoridad su comision en otro, ù otros para practicar lo que el Testador le ordenó, y no pudo, ó no quiso hacer por sí, digo que no, porque es acto de nudo ministerio para el qual eligió su persona. Pero si para delegar le confirió especial facultad, podrá hacerlo, con tal que sea à alguna, ó algunas personas inciertas de las ciertas que el mismo Testador haya nombrado, v. gr. de los Abogados de tal Colegio, al que quisiere, pues en otros términos tampoco puede substituir su comision, no obstante la facultad especifica; y lo mismo procede para nombrar executores testamentarios. Si el Testador lo dispone, pasará por muerte del comisario su comision à su heredero; y lo mismo se entiende quando la comision se dió al que obtuviese cierta dignidad, pues no se extingue con la persona, antes bien pasa al sucesor en la misma dignidad, à quien elige y de quien confia (2); y asi es diverso este caso de los dos primeros, lo que tendrá presente el Escribano para quando le ocurra.

242 Si el Testador dió solamente facultad genérica al comisario para ordenar su testamento, y no nombró heredero en el poder, no puede por virtud de éste hacer mas que descargar su conciencia pagando sus deudas, y repartiendo el remanente del quinto de su hacienda por su alma; pues el resto se ha de divi-

(1) Matienz. en la ley 5. tit. 4. lib. 5. Recop. glos 3. à la 8 Gom en la 31. de Toro, num. 4. Gutier. lib. 2. Pract. quæst. 42. (2) Tello Fern. en la ley 31. de Toro num. 4. Matienz. en la 5. tit. 4. lib. 5. Recop. glos. 8. n. 2. al 4. Carpio lib. 3. cap. 7.

dir entre los parientes que *ab intestato* deben heredarle, y no teniendo, debe el comisario disponer de él à beneficio de su alma, y no en otra cosa, dexando à su viuda si la tuviere, lo que por derecho la toque (1), y aunque el Testador se la conceda para consignar la mejora, no debe hacer la consignacion, porque le está prohibido (2), como en el §. IV. queda sentado.

243 Tampoco puede revocar en todo ni en parte sin poder especial el testamento que el Testador hizo, (3), ni el que el mismo comisario otorgó en virtud del poder: ni despues de hecho otorgar codicilo, aunque sea en favor de causas pias y reserve en sí la facultad de revocarlo, ni añadir, disminuir, ò hacer alguna declaracion (4), porque si esto se permitiera, se cometerian muchisimos fraudes; y asi debe evaquarlo todo en el testamento que ordenó en uso del poder, si éste carece de dicha circunstancia.

244 Quando el Testador instituyó heredero en el testamento, y en este estado dió poder al comisario para que lo concluyese, no puede éste mandar despues de cumplidas todas las disposiciones de él, mas que el quinto de sus bienes, y si mas mandare, no valdrá, à menos que para ello le haya conferido especial facultad (5). De esta legal disposicion se prueba que el testamento puede principiarse en vida del Testador, y concluirse despues de muerto (6).

245 Para cumplir y executar todo lo expresado, y ordenar el testamento del Testador, no concede el derecho (7) al comisario mas término que el de quatro meses perentorios, contados desde el dia de su muerte, estando en el lugar al tiempo de ella: seis, si está ausente de él, y dentro del Reyno; y un año, si existe fuera de éste. Si el término referido espira sin haber otorgado su testamento, ni practicado lo demas para que le confirió el poder, no puede usar de él, ni hacer el testamento, ni aunque pida mas término alegando que estuvo ausente, y no llegó à su

(1) Ley 32. de Toro, que es la 6. tit. 4. lib. 5. Recop. (2) Ley 19. de Toro, que es la 3. tit. 6. lib. 5. Recop. Matienz. y Gom. en ellas. (3) Ley 34. de Toro, que es la 8. tit. 4. lib. 5 Recop. (4) Ley 35. de Toro, que es la 9. tit. 4. lib. 5. Recop. Matienz. en ella, glos. 3. y 4. (5) Ley 37. de Toro, que es la 11. tit. 4. lib. 5. Recop. (6) Sr. Castillo, lib. 4. Controv. cap. 40. n. 40. Matienz. en dicha ley 11. glos. 1. num. 2. (7) Ley 33. de Toro, que es la 7 tit. 4. lib. 5. Recop.

noticia, se le debe prorogar; y los bienes pasarán à los herederos *ab intestato*. Pero si el Testador nombró heredero, ò hizo legados, ò dispuso especifica y señaladamente otras cosas en el poder, está obligado el comisario à evaquarlo todo, y si no lo hiciere, será habido por hecho (1), y valdrá, constando el poder de la solemnidad legal, y no de otra suerte; de modo que pasado el respectivo término referido, bien podrá el comisario hacer el testamento ciñendose à lo literal, y expreso del poder; mas no exceder de lo que éste contenga especifica y expresamente, como quando lo ordena dentro del término.

246 Para evitar el perjuicio que se puede causar al heredero, y demás interesados por la negligencia, malicia, ò imposibilidad del comisario, conviene que el Testador le prorogue el término, no solo para cumplir lo que dexa expresado, y ordenado en el poder como si fuera testamentario ò albacea, sino para hacer su testamento, disponer, y declarar en éste en virtud del poder lo que le tiene comunicado, y comunicará, y evaquarlo todo; pues como la ley de Toro no le prohibe prorogarselo, antes bien fué establecida en su favor, para que su voluntad se cumpla pronta, y exâctamente, puede hacer la prorogacion para uno, y otro, y renunciar todo lo que cede en su privativo beneficio (2); por lo que conteniendo la proroga el poder, no se detendrá el Escribano en ordenar en su virtud el testamento con todo lo que diga el comisario le comunicó el Testador, y mandó declarar, y executar, aunque esté pasado el término legal; pero si carece de ella, no lo autorice, à menos que sea únicamente para evaquar lo que expresa, y señaladamente se disponga en el poder, porque con el término legal espira su potestad para lo demás.

247 Si el Testador nombra dos ò mas comisarios, y no se conforman en el modo de cumplir su voluntad, ni siendo requeridos, quieren, ò no pueden todos usar del poder, ò muere alguno de ellos, por el mismo hecho pasa el poder à los demás, y estando discordes, se ha de observar lo que resuelva la mayor parte; pero si en igual número discordan, deben elegir por ter-

(1) Ley 33. de Toro citada, vease à Carp. lib. 3. cap. 1. per tot. (2) Leyes Si quis in conscribendo 29. Cod de Pact. y Ipsis rerum 1. Cod Ut in posses. legat. Gom. en la 33. de Toro, num. 2. Gutier. lib. 2. Pract. quæst. 45.

cero al Gobernador, Corregidor, ò Alcalde mayor del pueblo, y en su defecto al Alcalde Ordinario, y si hay dos Ordinarios, ò mas, y los comisarios no concuerdan en qual ha de ser, deben echar suertes, juntarse con aquel à quien toque, y executar lo que la mayor parte determine (1). Para precaver este inconveniente, es bueno que el Testador confiera à cada uno *in solidum* la facultad de practicarlo todo, y de esta suerte podrá usar exclusivamente del poder el que haya empezado, y asi se practica.

248 En el otorgamiento del poder para testar ha de intervenir la misma solemnidad, número, y calidad de testigos que en el del testamento nuncupativo (2): insertarse, y relacionarse el poder en el testamento que en su virtud se ordene, para documentarlo, y el comisario declarará que no le está revocado, suspenso, ni limitado, y que el Testador falleció baxo de él, como por el testamento que extenderé se instruirá el Escribano.

§. XVIII.

De los testamentarios.

249 Testamentario, albacea, cabezalero, ò executor de ultimas voluntades, *es aquel de quien el Testador hace confianza, ò es instituido por derecho para cumplir lo que en su testamento, ò en otra ultima disposicion dexa ordenado.* Puede hacerle este encargo estando presente, ò ausente al tiempo que le nombra (1), ya sea à uno, ò à muchos, à su heredero, ò estraño, Clerigo, ò lego (4). Su oficio es pio y privado: por su muerte no pasa à su heredero, y asi no puede delegarlo sin expresa facultad del Testador, y aun concediendosela, no valdrá en todos casos (5), especialmente si con su mal proceder contraxo el testamentario algunas obligaciones, pues entonces queda obligado à su cumpli-

(1) Ley 38. de Toro, que es la 12. tit. 4. lib. 5. Recop. (2) Ley 39 de Toro, que es la 13. tit. 4. lib. 5. Recop. (3) Prœm. y ley 1. tit. 10. Partid. 6. Carp. lib. y cap. 1. de Executorib. & commissar. Testamentar. num 36. (4) Ferrar. Biblioth. verb. Testamentum, art. 3. num. 50. y otros que cita. Carp. ibi cap. 2. (5) Cap. 2. §. Sane, de Testament. in 6. Carpio dicho lib. 1. cap. 19. y 20.

miento, aunque haya delegado su encargo (1). En quanto à las cosas en que conviene el oficio del testamentario con el del Juez, vease al Doctor *Francisco Carpio* en el prefacio del tratado selecto que escribió *de Executorib. & commisar. testamentar.* y por lo tocante à si por incertidumbre se vicia el nombramiento de testamentarios, vease el lib. 1. cap. 16. donde hace varias distinciones.

250 No puede ser albacea (regularmente hablando,) el que tiene prohibicion de testar, por lo que están privados de serlo el loco, el sordo mudo por naturaleza, o por accidente, el ciego, el alevoso, el herege, y traydor declarados, el siervo, y el condenado à muerte civil, ò natural, el judio, el infiel, el Religioso profeso sin licencia expresa de su Prelado, y los de San Francisco aunque la tengan; bien que podrán ser nombrados para dar consejo à los demas albaceas, pues esto no les está prohibido (2). Tampoco pueden serlo la muger, ni el menor (3); pero sin embargo la muger lo es por costumbre inconcusa, y generalmente observada, y por derecho Canónico no se la prohibe (4). Igualmente puede serlo el mayor de 17 años, porque de esta edad le permite el derecho (5) ser Procurador en qualquier negocio extrajudicial, y asi en cumpliendolos no se le excluye de este encargo, antes bien por costumbre se le tolera como à la muger, no obstante la prohibicion de la ley del fuero Real que se cita, porque estas solo tienen fuerza de tales en donde son usadas, y guardadas, como lo ordena la primera de Toro, vease à *Carpio* en dicho lib. 1. y cap. 7. y 8. que lo trata latamente con distincion de casos. Asimismo puede serlo el Escribano que autoriza el testamento; porque à mas de no estarle prohibido, no adquiere otra cosa que trabajo, y responsabilidad en cumplir la voluntad del Testador, y tener que dar estrecha cuenta de su encargo; y

(1) Bart. in leg. A filio 15. n. 3. ff. de Alim. & cibar. legat. Arvilar. en dicho cap. 2. quæst. 7. Bequadel. Biblioth. verb. Testamentum, num. 146.
(2) Ley 8. tit. 5. lib. 3. del Fuero Real, cap. Religiosus Executor. 2. de Testam. in 6. Clem. Religiosis. de Testam. Clementin. Privil. § Verum etiam: de Verbor. signific. y §. Verum tamen: al fin. Carpio ibi cap. 5 y 14.
(3) Ley 8. tit. 5. lib. 3. del Fuero Real, & ibi glos. (4) Matienzo en la ley 5. tit. 4. lib. 5. Recop. glos. 8. num. 5. Ferrar. ibi num. 51. Carpio lib. 1. cap. 6.
(5) Ley 19. al fin. tit. 5. Partid. 3. cap. Qui generaliter 5. §. fin. de Procuratorib. in 6. Matienzo en la ley 14. tit. 4. lib. 5. Recop. glos. 1. num. 6. Ferraris Biblioth. verb. Testamentum, art. 3. n. 52. y otros que cita

asi no se le debe hacer cargo de crimen que no comete, como algunos Visitadores de Escribanos poco instruidos lo practican, por abultar cargos que no hay. Pero si le resulta comodidad, no podrá serlo (1), y se tendrá por no escrito, excepto en algunos casos.

251 Los executores de ultimas voluntades son de tres clases, (como los tutores de huerfanos) à saber: *legitimos*, *testamentarios*, *y dativos*. Los legitimos son aquellos, à quienes compete por derecho cumplir la voluntad del Testador. Los testamentarios son los que éste elige en su testamento, ò en otra última disposicion. Los dativos son los que nombra de oficio el Juez ò Magistrado en caso que el electo en el testamento, ò el heredero no quieran cumplir lo dispuesto por el difunto. Los testamentarios, y dativos se dividen en *universales*, *y particulares*. Los universales son los electos para evacuar integramente la voluntad del Testador, y distribuir todos sus bienes à pobres, ò en otras obras pias, ò profanas: y sobre si son, ò no tenidos en lugar de herederos, y en qué casos, vease à *Carpio de Executorib. lib.* 3. *cap.* 9. *per tot.* Los particulares son los que éste nombra para cumplir únicamente lo concerniente à su alma, legados, ù otra cosa particular, todos los quales no deben ser compelidos à evaquar su encargo (regularmente hablando,) à menos que lo acepten expresa ò tácitamente, ni à su admision, porque ésta es libre y voluntaria en ellos; pero una vez aceptado, están obligados à evacuarlo (2): ni tampoco pueden conmutar lo que se dexa â causas pias, en otros usos, aunque sean evidentemente mejores, si la voluntad del Testador se puede cumplir justa y comodamente (3), à menos que intervenga autoridad del Papa, ò del respectivo Supremo Principe por causa justa y necesaria (4) (*a*).

252 Por tres causas pueden los testamentarios demandar judicialmente los bienes del Testador à su heredero, ò al que los tenga en su poder, aunque lo resista. La primera, quando la

(1) Carpio, dicho lib. 1. cap. 10. per tot. (2) §. Mandatum Instit. Mandat. ley In commodato 17. §. Sicut, y ley Si mandavero 22. §. Julianus, ff. Commodati. Carpio de Executorib. & commissar. testament. lib. 1 cap. 17. num. 2. al 11. Cap. 19. de Testam. Señor Cobarr. en él, n. 3. Ferraris. Biblioth. verb. y artic. cit. num. 46 y 62. (3) Cap. Nos quidem 3. de Test. cap. Ultima voluntas. 4. causa 13. quæst. 2. Clement. Quia contingit 2. de Relig. domib. Ferraris ibi. n. 69. (4) Cap. Conquæstus 16. de Foro comp. Conc. Trid. Sess. 22. c. 6. de Reformat. Begnud. Biblioth. verb. Testamentum, n. 140. (*a*) Nota 40.

manda es para obras pías, ò para socorro de huerfanos, ù otras personas. La segunda, quando el Testador lega alguna cosa, à otro juntamente con ellos. Y la tercera, quando les confiere poder amplio para pedir judicial y extrajudicialmente sus bienes, à fin de cumplir lo que dexa dispuesto (1); bien que los legatarios pueden demandar sus legados al que los tuviere (2). Se previene que aunque en todos los testamentos aparece dada la facultad à los testamentarios *para apoderarse de los bienes del Testador, venderlos en pública almoneda, ó fuera de ella, y de su producto cumplir su voluntad*, no deben mezclarse los particulares en otra cosa que en lo respectivo à su alma, si los herederos son forzosos, porque esta cláusula se pone en los testamentos por estilo, y no por precepto de los Testadores, por lo que no debe tener mas vigor, que para lo referido, ni los Escribanos ponerla sino con la limitada expresion de lo que el Testador les encarga especificamente; fuera de que el heredero es el verdadero testamentario, como dice el Señor *Covarrubias*, y contra él debe proceder de oficio el Juez Eclesiástico por lo concerniente à lo pío, y el Real à pedimento de los interesados en legados, y otras cosas, y no es justo que un estraño, ò aunque sea pariente, se apodere con el espacioso título de testamentario de los bienes de herederos legítimos, ò forzosos; pues éstos deben percibirlos directamente del Testador, y no por mano y restitucion de otro. Pero si son estraños, y el testamento contiene la cláusula siguiente: *Nombro por mis testamentarios à Pedro y Juan, y à cada uno in solidum, y les confiero ámplio poder, y absoluta facultad para que luego que fallezca, sin intervencion, ciencia, ni concurrencia de mis herederos, ni de la Justicia recojan las llaves de mi casa, entren, y se apoderen de mis bienes, hagan ante Escribano descripcion, ò inventario extrajudicial de ellos, y los tasen, à cuyo fin elijan peritos, paguen lo que estoy debiendo, y con motivo de mi fallecimiento se adeudáre en mi entierro, Misas, y demás cosas que ocurran, y para ello vendan en almoneda, ò fuera de ella los suficientes, pidan judicial ò extrajudicialmente, y den, tomen y ajusten cuentas, nombrando contadores, y personas prácticas, y tercero en discordia, ò pidiendo se nombre de oficio en rebeldía, aprobandolas, si están arregladas, y en su defecto exponiendo, y acla-*

(1) Ley 4. tit. 10. Partid. 6. (2) Dicha ley 4. al fin.

rando los agravios que incluyan; transijan y comprometan todos los creditos y deudas que tengo à mi favor, y contra mí, y los pleitos que actualmente están pendientes, y en adelante se susciten; cobren judicial y extrajudicialmente lo que por qualquier motivo se me está debiendo, y debiere, y formalicen los competentes resguardos à favor de los pagadores, y fastos à los que pagaren por otros como sus fiadores, ò mancomunados; entreguen à los legatarios sus legados; dividan y apliquen à mis herederos el residuo de mis bienes con arreglo à la institucion, deduciendo primero todos los gastos que se ofrezcan, y recogiendo de unos, y otros las respectivas cartas de pago para su seguridad; y practiquen finalmente en todas, y cada una de las cosas explicadas, y sus incidentes quanto yo practicaria si por mí mismo lo hiciera, hasta que se concluya mi testamentaria; consultando en lo que hubiere duda, con dos letrados de conocida ciencia y experiencia, y executando lo que unánimes resuelvan por escrito, à fin de justificar su conciencia y conducta, con sus pareceres; pues para todo lo referido, y lo incidente, y para substituir este poder, ò en su virtud darlo à otras personas si les fuere preciso, se lo confiero, y à cada uno in solidum en amplia forma, con libre, franca, y general administracion: los constituyo dueños, y los subrogo en mi propio derecho y lugar; les prorrogo el término legal por el que necesiten sin limitacion; y prohibo à todo Juez Eclesiástico y Secular se mezcle en cosa alguna con apariencia de zelo, ni impida à mis apoderados el uso de las amplias facultades que les dexo concedidas, y si lo intentáre, mando se quexen de el al Superior, para que le inhiba enteramente. Y asimismo mando que si alguno de mis herederos, ò legatarios reclamáre, ò se opusiere total, ò parcialmente à lo que executen, (ò el que primero tome conocimiento en mis bienes,) ò se mezcláre sin su beneplacito en ello, ò intentáre judicial ò extrajudicialmente interpretar, limitar ò tergiversar las facultades que les dexo, se entienda por el mismo hecho excluido, y no llamado al goce de su parte, pues por el presente le excluyo y privo enteramente de ella, quiero se reparta entre los demás de su clase, y que mis testamentarios, ò el que de ellos intervenga, cumpla con hacer dicha descripcion, y manifestar à mis herederos relacion jurada de los gastos ocurridos, y que estos estén obligados à darle el resguardo correspondiente à su seguridad, sin tener accion para decir de agravio de dichos gastos, y division, ni pretender otra cosa, que tomar la parte que mis testamentarios di-

gan les toca, porque todo lo fio à su conciencia, y ha de ser visto que en la propia forma se lo doy, y lo reciben de mi mano, pues asi es mi deliberada voluntad, la que encargo al Señor Juez, ante quien se agraviaren haga se observe literalmente como suena, para evitar de esta suerte pleitos, gastos y desazones á mis testamentarios, y herederos; y que estos paguen las costas que causaren à aquellos, y además queden privados de la herencia; si contiene esta cláusula podrán hacerlo todo como testamentarios universales, no perjudicandolos en la quarta Falcidia, à menos que el Testador prohiba que se saque, y mande que se contenten con el sobrante, aunque les toque menos que à los legatarios, y que en este caso unos y otros se estimen por sus herederos particulares, porque como es dueño absoluto de sus bienes, y ninguno de estos herederos tiene derecho à ellos, puede gravarselos, è imponerles todas las posibles y honestas condiciones que quiera, las que deberán cumplir, y de lo contrario perderán la herencia. Pero aunque el Testador confiera à los Testamentarios universales la facultad de vender sus bienes para cumplir lo que dispone, no deberán venderlos sino en pública subhasta, ò almoneda, como lo manda la ley 62. tit. 18. Partid. 3. al fin, para evitar todo fraude y sospecha contra ellos.

253 Están obligados los testamentarios universales, y no los particulares à hacer inventario, ò descripcion formal ante Escribano, y testigos de los bienes del Testador, y dár cuenta de lo recibido y gastado, aunque les releve de ello, y sean regulares (1); sobre lo qual he visto varias executorias del Consejo, y por eso lo puse en la inserta cláusula. El Obispo de su Diocesi puede compelerlos, siendo negligentes, al cumplimiento de las disposiciones piadosas que contenga el testamento, sin embargo de que se lo prohiba el Testador (2), porque la persona privada no tiene facultad para impedir lo que es de derecho público, civil ò Eclesiástico (3); y si se resisten, cumplirlo por sí, ò elegir otros; y lo mismo procede quando el Testador no los nombró, si su here-

(1) Auth. Licet. Cod. de Episcop. & Cler. Su glos. Nov. 131. Clement. Religiosis, de Testament. Reinfest. lib. 3. tit. 26. §. 23. numer. fin. Ferrar. Biblioth. verb. Testamentum, art. 3. num. 60 Carpio de Executor. lib. 3. cap 10. y otros que cita. (2) Ley 7. tit 10. Part. 6. Cap. Nec quidam 3. Si haeres 6. y Tua nobis 17. de Testam. y su glos. verbo. Interdici. (3) Leyes 32. tit. 9. Partid. 6 y Nemo potest ex 2. de Leg. 1.

dero no lo cumple, pues éste lo es, y qualquiera del Pueblo tiene accion para darle cuenta (1).

254 Tienen de término para cumplir su encargo el que prefine el Testador, ya sea mayor, ò menor que el legal, y si ninguno les señala, deben evacuarlo lo mas breve que puedan. Si no pueden concluirlo con tanta brevedad, les concede el derecho un año contado desde el dia de su muerte; y si son muchos y todos no pueden, ò no quieren intervenir en él, vale lo que uno ù dos executen (2); y para precaver este inconveniente se conferirá à cada uno *in solidum* la facultad de cumplirlo, con la qual el que primero empiece à usar de ella, puede proseguir hasta su conclusion, sin que tenga precision de avisar à los demás, ni éstos que mezclarse en cosa alguna.

255 Si el Testador lega alguna cosa, ò cantidad para todos los testamentarios, deben dividirla con igualdad; y en caso de fallecer alguno de ellos, ò no aceptar su encargo, se acrece à los otros en la misma forma (3). Si lega algunas cosas para redimir cautivos, y no elige albaceas, ha de percibirlas el Obispo, è invertirlas en dicho destino; y aunque segun nuestro derecho Real (4) debe entregarselas por inventario el Juez secular, y el Obispo dar cuenta à éste (pasado el año) de haberlas empleado en la redencion, no se observa esta legal disposicion, pues el Obispo no dá tal cuenta, antes bien si el heredero no cumple, elige albaceas, ò le compele al cumplimiento.

256 Los testamentarios que fueron amonestados para cumplir su encargo, si no lo hacen por descuido ò malicia, y por esta causa se les priva judicialmente de él, pierden por el mismo hecho lo que el Testador les legó, excepto que sean hijos suyos, pues con ellos no se entiende esta pena (5). No solo incurren en ella los testamentarios, sino el que tiene en su poder el testamento cerrado, y no lo manifiesta à la Justicia dentro de un mes siguiente al dia de su fallecimiento; pero si nada les legó, deben pagar al interesado el daño que se le irrogue, y dos mil mrs. à la

(1) Ley 7. tit. 10. Partid. 6. Sr. Covar. de Testam. n. 8. Mantica de Conject. lib. 3. tit. 1. (2) Ley 6. tit. 10. Partid. 6. (3) Ley Unic. Cod. de Caduc tollend. §. Ubi autem legatar. 11. (4) Ley 5. tit. 10 Partid. 6. Señor Gregor. Lopez en ella, glos. 5. y 6. Gutierr de Tutel. part. 8. c. 45. num. 20. (5) Ley 8. tit. 10. Partid. 6. Aut. Hoc amplius, Cod. de Fideicomis. Matienzo, en la ley 7. tit. 4. lib. 5. Recop. glos. 5. n. 6.

Real Cámara (1); y si compran algo de los bienes del difunto, à mas de ser nula la venta, incurren en la pena del quatro tanto, aplicado al Fisco; y lo mismo sucede à los tutores (2).

257 En quanto à si se deberá, ò no dar salario à los testamentarios por su trabajo, están discordes los AA. Unos afirman que sí. Otros dicen que no se debe al nudo, ó mero executor, que ha de expedir brevemente su comision, pero que si ésta tiene tracto sucesivo con cargo de administracion, sí. Y otros lo niegan absolutamente; y esta opinion es la segura. Lo primero, porque entre el Testador y el executor de su ultima voluntad se celebra verdadero contrato de mandato, que consiste no en la cosa, ò hecho, sino en el consentimiento, y buena fé, por lo que se puede celebrar entre presentes, y ausentes, y se induce de las palabras: *ruego*, *quiero*, ò *mando*, del mismo Testador (3). Lo segundo, porque el oficio de Testamentario es privado, por cuya razon no puede ser compelido à su aceptacion el mandatario; bien que ésta es libre y voluntaria en él, pero una vez que lo aceptó, está obligado à cumplir el mandato (4), pues lo que al principio es gracioso, se constituye despues coactivo. Y lo tercero, porque el contrato de mandato, como que trae su origen de oficio, confianza, amistad ò piedad, es gratuito por su naturaleza; pues de lo contrario degeneraria, y se convertiria en locacion (5); por lo que siendo gratuito, y aceptandolo el comisario ò executor, es visto por su aceptacion que se obliga à evaquarlo graciosamente; y por consiguiente ya sea, ò no oficial que viva de su trabajo, y la execucion de su encargo tenga ò no trato sucesivo con cargo de administracion, no se le debe salario, porque lo resisten la naturaleza del contrato, el nombramiento hecho simplemente, y la aceptacion subsequente. Esto se entiende, excepto que al principio se haya convenido lo contrario entre el Testador y el executor, ò comisario; ò que éste acostumbre locar su trabajo, y por conjeturas se colija que de otra suerte no aceptaria la comision, ni el Testador, le encargaria el cumplimiento de su voluntad; pues en estos casos por tácita convencion entre los dos le señala-

(1) Ley 14. tit. 4. lib. 5. Recop. (2) Ley 23. tit. 11. lib 5. Recop. (3) Ley 1. ff. de Mandati, y ley 24. tit. 12. Partid. 5. & ibid glos. 1. à la 4. (4) Ley In commodato 17. §. Sicut: y ley Si mandavero 22. §. Julianus, ff. Commodati, y § Mandatum, Instit. mandat. (5) Dicha ley 1. § 2. ff. Mandati, y § fin Institut. eod. tit.

rá el Juez à su prudente arbitrio el competente salario, atendidas la quantidad y qualidad del negocio, y la ocupacion, ò ttabajo, y no se graduará de mandato, sino de locacion. Pero lo que expenda de su caudal en lo tocante à su comision, se le debe pagar. Vease à *Carpio de Executorib. & commissar. testamentar. lib. 3. cap. 11. per tot.* que con presencia de quanto escribieron *Baeza*, *Parladorio*, *Espino*, *Acebedo*, *Escobar*, y otros, lo resuelve en la forma expuesta, y es lo que concibo se debe seguir, y siempre he visto practicar. Es de advertir, que aunque el testamento se rompa por pretericion, ò desheredacion, ò el Testador no haya instituido heredero; ò éste no haya querido aceptar la herencia, vale el nombramiento de testamentarios, y todo lo demás que el testamento contenga, si consta de la solemnidad legal de testigos (1). Su oficio espira con su muerte; con la revocacion del Testador; por enemistad que sobrevenga entre los dos; por impedimento, locura, ò fatuidad del mismo testamentario; por remocion de su oficio por sospechoso; por el transcurso del tiempo, ò término asignado para evacuar su comision; por complemento y execucion de ella; y por haber cesado la causa porque fué constituido. El que apetezca radical instruccion de esta materia, vea à *Carpio* en su célebre citada obra *de Executorib. & commissar. testamentar.* que en los 66. capitulos de los quatro libros que escribió acerca de ella, la explicó mejor que ningun otro, como que la trató de intento.

§. XIX.

De la declaracion de pobre.

258 La declaracion, ò testamento de pobre es una última disposicion que hace el que no tiene bienes. Debe contener para su validacion los quatro requisitos explicados en el §. I. num. 35. è intervenir en su otorgamiento la misma solemnidad de testigos que en el del testamento nuncupativo, porque realmente lo es, y

(1) Ley 1. tit. 4. lib. 5. Recop. Carpio de Executorib. lib. 1. cap. 25. n. 39. y 40.

solo se diferencia de el del rico en que no contiene legados, fundaciones, ni mejoras, porque el pobre no tiene de que hacerlas, y por eso pide al Párroco en cuya Parroquia fallezca, ò à otro sugeto, que lo mande enterrar de limosna, y haga el bien que pueda por su alma.

259 Dudan algunos Escribanos si por esta disposicion podrá el Testador capáz de testar hacer mejoras, substituciones, legados, fundaciones, y todo lo demás que por el testamento; y se responde que por lo respectivo al estado en que se halla, no; porque carece de bienes, pero de los que pueda adquirir en lo sucesivo, sí; porque à ninguno está prohibido prevenirse quando está bueno, y disponer de los bienes que adquiera en adelante, lo que tal vez no podrá entonces, por hallarse enfermo, ò incapáz; y si para que sea válida su disposicion, nombra heredero de ellos, que es lo mas, mejor podra hacer todo lo referido, que es lo menos; por cuya razon no se detenga el Escribano en autorizarla con todo lo que quiera el Testador disponer legalmente, hablando siempre de bienes futuros, pues no incurrirá por ello en pena alguna (1).

§. XX.

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

260 Aunque el Testador puede disponer de sus bienes como mejor le parezca, y su voluntad es una ley que debe observarse, suele acontecer que por ignorancia ò por motivos de gratitud y de amor no se conforma en la institucion de heredero, ò en los legados y mandas que hace à lo que por derecho está prevenido. El Escribano en estas circunstancias debe instruirle de las leyes, para que arregle á ellas su disposicion, previniendole que aunque las renuncie expresamente no tiene lugar la renuncia. He aqui algunos casos en que no se cumplirá la voluntad del Testador.

261 Está reprobada por derecho la siguiente cláusula: *Pro-*

(1) Gomez en la ley 3. de Toro num. 16. Matienzo en la 3. tit. 4. lib. 5. de la Recop. glos. 7.

hibo à los Arzobispos, Obispos y sus Vicarios que zelen sobre el cumplimiento de las cargas, y administracion de bienes de la Capellania colativa, ò Memoria de Misas que dexo fundada, y mando que si se intrometieren en su conocimiento, se convertirán en otros fines los bienes afectos à ella, y en este caso la revoco, y anulo en todas sus partes. Esta cláusula es injusta; lo primero, porque dichos Principes Eclesiásticos por sus Dignidades, y empleos son cumplidores de últimas voluntades pias (1), y ningun Testador puede quitarles la accion y conocimiento que el derecho canónico les tiene concedido, y por el propio hecho de la fundacion les confiere el mismo Testador, porque en ellos renunció el suyo; bien que el Juez secular no está excluido de serlo, y asi puede hacer que se cumpla lo ordenado por el Testador, ya sea, ò no piadoso, con tal que no sea espiritual, porque esto le está prohibido, por ser de fuero mixto, acerca de lo qual vease á *Carpio de Executorib. testam. cap. 21. per tot. lib. 1.* Lo segundo, porque interin tuvo éste los bienes en su poder, pudo hacer de ellos lo que quiso como dueño, pero una vez erigidos en Eclesiásticos, aceptados, y poseidos como tales por personas Eclesiasticas, y sujetos á esta jurisdiccion, no tiene derecho para desposeerlos de la nueva aunque accidental naturaleza que adquirieron. Y lo tercero, porque de executarse la referida voluntad, à mas de ser implicatoria, y opuesta à sí misma por el hecho de erigir Capellania colativa, y prohibir su cuidado al Juez privativo à quien compete, seria abrir la puerta à muchos fraudes, quedarian ilusorias, è ineficaces las ultimas disposiciones; los administradores de bienes destinados à obras pias consumirian su producto, mayormente estando asegurados de que no habian de dar cuenta de su administracion, è inversion, y los interesados en ellos carecerian del alivio que les subministró por este medio el Testador. Nada obsta la revocacion que incluye la cláusula inserta, porque fundada la Capellanía, inmediatamente la hace colativa el Juez Eclesiastico, ò por mejor decir la aprueba, y confirma lo que el Testador dispuso, con cuyo acto quedan sujetas sus fincas à su jurisdiccion, el Capellan electo toma luego posesion de ella, y despues se visita; de modo que quando se intro-

(1) Concil. Trident. Ses. 22. cap. 9. de Reformat. Señor Salg. de Regia protect. part. 2. cap. 11. Gutier. repet. leg. Nemo potest n. 449. al 451.

mete à zelar sobre su cumplimiento, y administracion de sus bienes, ya nada es del Testador ni de sus herederos, y asi no se observará su voluntad.

262 Tampoco debe cumplirse la de los ascendientes en quanto: *prohiben que à los tutores de las personas, y bienes de sus hijos se pida cuenta de su administracion, y distribucion de su producto*; pues por el dolo que pueden cometer, deben darla.

263 Si el Testador manda: *Que no valga la costumbre, y fuero que hay en el lugar de su domicilio, ò de el en que tiene bienes en quanto à lo que en su testamento dexa ordenado, y dispuesto, y que se observe solamente el contexto de su testamento, y no la costumbre, ni fuero*, no se observará su voluntad; y la razon es, porque ninguno puede derogar el derecho público y costumbre inconcusamente observada, que tiene fuerza de ley (1): y solo podrá hacerlo quando es personalisimo à él mismo; por lo que en este caso será lo mejor que vincule los bienes à título de mayorazgo, pues se entra à su obtencion y goce por derecho de sucesion, con arreglo al llamamiento, y no por derecho hereditario como en los libres, que segun el fuero de la tierra deben volver al tronco, y la raiz à la raiz.

264 Se estimará por irrita y nula, *si dexando à alguno por heredero usufrutuario de sus bienes, y à otro por propietario, manda que éste no pueda compeler à aquel à inventuriarlos, ni dar fianzas de restituirselos, y usar de ellos como es obligado*; porque el que adquiere derecho à su propiedad en el instante que el Testador fallece, es el propietario, el qual queda por legítimo y verdadero dueño de ellos, y por esta razon puede pedir, y se le debe dar la posesion de su dominio directo desde entonces, y la del útil para desde el dia siguiente à el en que el usufruto espire, pues mientras dura, está suspenso; pero finalizada se consolida con la propiedad, y no necesita el propietario tomar nueva posesion para gozarlo, por lo que puede compeler al usufrutuario à la formacion del inventario, ò descripcion de ellos, con asistencia suya, y à que dé fianzas saneadas de restituirselos, y no disiparlos, y le entregue los titulos de su pertenencia, si los tiene, pues de no darlas,

(1) Inst. de Jure natur. gent. leyes Testandi causa 13. Cod. de Testam. y 1ta autem citada, §. Ex non scripto, y todo el tit. Cod. Quæ sit longa consuetudo.

si los consume, ò dexa en tan deplorable estado, que el propietario no halle que heredar, no tendrá contra quien repetir, y además se le dá ocasion à delinquir, por lo que no bastará su caucion juratoria (1).

265 Pero si el Testador *le confiere amplia facultad para vender los raices, y muebles preciosos que necesite, sin pedir licencia al propietario, ni à la justicia, en cuyo caso le instituye por heredero de los que venda con necesidad, sobre lo que le encarga la conciencia, y manda, que el propietario no pueda compelerle à dár cuenta de su consumo, ni deterioro, ni fianzas, y que se contente con los que dexe en el estado en que se hallen, y si no se contentare, que se estime por su universal heredero el usufrutuario*, en este caso me parece que no podrá apremiarle el propietario à darlas, y que debe contentarse con los bienes que se encuentren por su muerte, porque el Testador es árbitro de su voluntad, y como dueño de ellos puede hacer lo que quisiere, y legalmente esté permitido.

266 Para que el Escribano sepa qué es usufruto, cómo debe el usufrutuario dár la fianza, y otras cosas, trataré de ellas de paso, porque no es materia correspondiente à este capitulo. El usufruto *es un derecho de usar, y gozar el fruto de las cosas agenas, sin deteriorarlas ni disminuirlas* (2). Es de quatro maneras: *natural, industrial, legal, y convencional.* El natural es aquel para cuya produccion no es necesaria la industria humana, por bastar la naturaleza. El industrial es el que la necesita. El legal es el que no es producido por la naturaleza, ni por industria, sino unicamente por ministerio, y concesion de las leyes. Y el convencional es el que proviene de la voluntad del hombre por contrato, ò ultima voluntad. Otras divisiones hacen los AA., pero el que quisiere saberlas, y quánto tiempo dura el usufruto, cómo debe gozarlo el usufrutuario, qué obligaciones tiene, por qué se gana, y pierde, qué diferencia hay entre uso, y usufruto, usuario, y usufrutuario, y sus facultades, y otras especies concernientes à esta materia, vea las leyes, y AA. que se citan (3).

(1) Sr. Castillo de Usufruct. cap. 15. y 26. Gutier. de Inventar. lib. 4. cap. 2. ex n. 1. al 24. (2) Instit. de Usufructu, leyes 1. ff. eod. tit. y 20. 22. y 27. tit. 31. Partid. 3. (3) Leyes 20. hasta la final tit. 31. Partid. 3. Señor Castillo de Usufructu, Sr. Covar lib. 2. Var. cap. 2. Garcia de Expensis, cap. 10. y 11. Gom. lib. 2. Variar. cap. 15. Morquecho, lib. 4. cap. 11. n. 44. y sig. Ferrar. Biblioth. verb. Usufructus, y otros que estos citan.

267 En quanto à la fianza, digo que si los bienes que ha de usufrutuar son raices, v. gr. tierras, viñas, olivares, huertas, montes, dehesas, ò ganados productivos, en quienes se verifica propiamente usufruto, porque producen, y su producto es distinto, y se separa de la propiedad; ò casas, que aunque por su naturaleza no producen, se verifica en ellas no solo usufruto, sino uso y habitacion, ò comodidad, ha de dar la de usarlos y gozarlos à arbitrio de buen varon, conservando su propiedad de tal suerte que por su culpa ù omision no se destruyan, ni deterioren, para volverlos y restituirlos à sus herederos del mismo modo que los recibió; y el modo de usarlos à arbitrio de buen varon es labrar las tierras, viñas y olivares como buen labrador, y si algunas cepas, olivos, ò arboles se secan, ò arrancan, plantar otros, dar de comer, y tratar bien à los ganados, y si algunos fallecen, reemplazarlos con los hijos que procreen, y hacer en las casas y edificios para su subsistencia y conservacion los repáros menores que necesiten, v. gr. retejos, blanqueos, compostura de puertas y ventanas, y otros semejantes, que cada uno no exceda de ciento y cincuenta reales; pues los mayores; v. gr. si se hunde la casa, ò parte de ella por caso fortuito, ò amenaza ruina alguna pared, y todos los que exceden de dicha cantidad, segun la comun práctica, y estimacion de esta Corte son de cuenta del propietario, el qual como dueño debe executarlos del mismo modo que si la usufrutuára, porque estos reparos no solo miran à que la casa no se deteriore, sino à que no perezca. Todo lo qual se entiende, à menos que la ruina provenga de culpa ù omision del usufrutuario, que entonces puede ser compelido à repararla à sus expensas, ò del inquilino, pues estará obligado à lo mismo, porque debe saber y mirar à quien la alquila, y como la usa; sobre lo qual vease al *Señor Castillo de Usufructo cap.* 15. *y sig.*

268 Si son muebles ò cosas de las que se cuentan, miden, ò pesan, y se consumen enteramente con el uso, en el qual consiste su usufruto, y guardandolos no pueden conservarse regularmente mas de tres años, v. gr. vino, trigo, aceyte, miel, y otros semejantes, (por lo que su usufruto se llama *quasi usufructo*) y el Testador los dexa en su casa, trox, ò bodega, podrá el usufrutuario dar la fianza alternativa, que es de restituir la cosa reservada: quiero decir que si estos bienes se valúan, y aprecian, como

debe hacerse, al tiempo que se entregan al usufrutuario, la dará de restituir el mismo valor, y estimacion, ù otros tantos del propio género, calidad, y bondad; si no se valúan, de volver otros iguales en especie, numero, peso, medida y valor; y si es dinero, la cantidad número identica que recibe; y la razon es, porque de estos bienes se le transfiere el dominio, y puede hacer lo que quisiere (1), lo que no sucede con los expresados en el número precedente. Pero si quando el Testador fallece, no están cogidos, ni separados del suelo, sino pendientes, y mostrados en el campo, ò arboles que los producen, nada de ellos debe restituir el heredero usufrutuario, ni por consiguiente dár fianza, porque por el mismo hecho de haber sido instituido por heredero, los hace suyos, y como tales se contemplan parte del fundo, y no cosa distinta; ademas que el derecho no concede usufruto de usufruto, ni servidumbre de servidumbre. Pero si las tierras están sembradas, ò beneficiadas, y no aparecen los frutos, se han de apreciar las labores, y semillas, y de su importe constituir la fianza alternativa mencionada. Lo qual procede, ya sean propias del Testador, ò agenas las fincas que los producen, pues siendo locadas, cumple con satisfacer su arrendamiento del fruto como hipotecado tácitamente por ministerio legal à su solucion, al modo que lo pagaria el Testador; y asimismo debe pagar las demás cargas de las alhajas, aunque hayan sobrevenido al usufruto (2), y à ello puede ser compelido, porque quien se lleva el provecho, debe sufrir el gravamen (3).

269 Si el usufruto es de animales no productivos, v. gr. machos, bueyes, &c. en los quales se verifica mero uso, debe dar la fianza *de usarlos à arbitrio de buen varon, sin estár obligado à responder de su estimacion, perdida, muerte ni deterioro, à menos que provenga de culpa suya.* Lo mismo ha de practicar con los muebles que no se consumen, ò aniquilan, sino que se envejecen, y deterioran con el uso, v. gr. trastos de casas, vestidos, y otros semejantes, porque en ellos se verifica solamente uso, y debe obrar la propia disposicion legal; por lo que si con el continuado

(1) Leyes 1. y 2. ff. de Usu, & usufructu rerum quæ usu consumuntur. §. Constituitur Instit. de Usufructu, y cap. Cum constet. 8. de Pignor. (2 Leyes Si pendentes 27. §§. 3. y 4. ff. de Usu, & usufructu, y 22 tit. 31. Partid. 3 (3) Ley Secundum naturam 10. ff. de Reg jur. y 29. tit. 34. Partid. 7. y cap. Qui sentit 55. de Reg. jur. in 6.

uso se mueren, ò consumen algunos, ò ponen en estado tan deplorable que quedan inútiles, cumple con restituirlos de la suerte en que se hallen, y no está obligado à responder de los que perecieron sin su culpa (1); pues de lo contrario se verificaria que el Testador no le dexa mas que trabajo en custodiarlos, y conservarlos, y que lejos de beneficiarle, le perjudica. Y aunque algunos afirman que debe dar la propia fianza que de los que se consumen con el uso, porque se le transfiere igualmente su dominio, no me conformo con su dictamen por las razones expuestas. Se previene al Escribano que el heredero usufrutuario de todos los bienes del Testador, ya sea su muger, ù otro, debe pagar de ellos, y no de los suyos, ni del usufruto las deudas, y legados que dexó, porque su solucion toca al propietario, y el usufruto se entiende del residuo que quede libre, bajado lo ageno; (2) y asimismo debe hacerle sus exequias conforme á su calidad, haberes, y estilo del pais, à menos que mande, ò de su voluntad se congeture lo contrario. Tambien toca al propietario quando legó el usufruto de la mitad, ò tercera parte de ellos, bien que entonces no se bajarán las deudas, sino que las pagará el heredero de los demás, como obligado à su solucion, y no el legatario (3), lo que tendrá presente el Escribano, por si como Contador se le ofrece hacer alguna particion de esta naturaleza. De esta materia trato con mas extension en el cap. 7. lib. 1. de mi segunda parte, y acerca de ella vease à *Guerreir. de Inventar. lib. 4. cap. 2. ex n.* 25. hasta el fin, que explica las opiniones que hay, las que omito por no ser de importancia.

270 El derecho de usufrutuar no puede ser vendido, ni enagenado, porque es personal, y no transmisivo; y si el usufrutuario lo enagena, lo pierde, y tambien el que lo compra, ò recibe, y pasa al propietario para siempre, porque segun derecho se consolida con la propiedad, y asi no há lugar al retracto, como en

(1) Ley Quid ergo, 7 §. 3. ff. de Usufructu. Señor Castillo, de Usufructu cap. 17. 18. y 77. Ayora de Partitionibus part. 2. quæst. 24. (2) Leyes fin. ff de Usufructu legat. y Usufructu, ff. Ad Leg. Falcid. y subsignatum, §. Bona ff. de Verb. signif. Balb. in Consil. 178. lib. 2. Paul. de Cast. in leg. ult. §. Sin autem Cod. de Bonis, quæ liberi; & in Consil. 294. lib. 2. Señor Covar. lib. 2. Variar. cap. 2. num. 4. Morquecho de Divis. bonor. cap. 11. num. 98. y 99 lib. 4. (3) Sr. Covar. ubi sup. num. 2. Ayora de Partition. part. 2. quæst. 21. num. 67. per tot.

su lugar diré ; pero puede arrendar los frutos que produzcan los bienes dados en usufruto , y cederlos y enagenarlos por toda su vida , ò por tiempo determinado , pues por esto no enagena el derecho formal del usufruto , ò de usufrutuar , sino su utilidad , y comodidad (1). Se previene que quando uno de los conyuges queda por usufrutuario de los bienes del otro , debe hacer inventario , ò descripcion , particion , y separacion de todos con asistencia del propietario , ò de quien su poder tenga , para que se sepa los que entra à usufrutuar , y sus herederos han de restituir, pues de no hacerlo asi , servirá de confusion , y pleitos , y con dificultad se podrá averiguar el caudal de ambos ; y asimismo que si los bienes , ò parte de ellos consisten en tierras que están barbechadas ò sembradas , y no se vé el fruto , se han de dividir por mitad como gananciales las labores , y semillas echadas en ellas, lo que no deberá hacerse estando los frutos pendientes , y mostrados , de lo qual se instruirá mejor el Escribano en el cap. 5. lib. 1. de mi segunda parte à donde le remito.

271 Es reprobada por derecho la voluntad del Testador en quanto manda : *Que aunque su muger se case segunda vez, no pierda , ni se la quite la tutela , y administracion de los bienes de sus hijos* (2) , porque suele amar tanto al nuevo marido que olvida enteramente el cuidado de ellos , y aun muchas veces maquina su daño (3). Lo mismo sucede respecto de la abuela , y asi no solo se quitará à las dos la tutela , sino que se sacarán los hijos y nietos de su poder , quedando sus bienes , y los del nuevo marido tácitamente obligados à la responsabilidad del deterioro que hayan padecido los de sus hijos , durante la tutela. Si estos quedan huerfanos de padre en la edad pupilar sin tutor , y su madre no pide al Juez que se le nombre , pierde el derecho de heredarlos, en caso que mueran intestados ; y lo mismo sucede à los parientes que deben heredarlos *ab intestato* (4).

272 El estrangero , no domiciliado en el Reyno donde vive à la sazon que hace su testamento , debe tener presente que si la

(1) Ley 24. tit. 31. Partid. 3. ley Si usufructus , versic. Et si extraneo, ff. de Jure dot. y §. Finitur , institut. de Usufruct. Gom. en la ley 74 de Toro num. 33. (2) L. y 5. tit. 16. Partid 6. (3) Ley 4. tit. 16. Partid. 6. (4) Leyes 5. y 12. tit. 16. Part. 6. Señor Greg. Lop. en dicha ley 12. glos. 3. y 4. Gutierrez de Tutel. part. 1. cap. 5. y 19.

ley, estatuto, ò costumbre de él habla simple è indistintamente, se amplía y estiende à todos los que lo habitan, aunque no sean regnicolas, por cuya razon han de observar la solemnidad establecida; pero si habla con cierto número de personas, no está obligado à observarla, y solo deberán ceñirse à ella aquellas con quienes habla determinadamente, porque en las cosas que miran à la solemnidad del juicio, se atiende únicamente al lugar en donde se celebra el acto; mas en las que conciernen à la substancia y decision de la causa, al lugar y fuero de la persona actora, pues la ley no puede legitimar la del que no es subdito suyo (1). Si está domiciliado, y tiene bienes en el Reyno y en su patria, ha de disponer de aquellos conforme à las leyes de él, y de éstos segun las de su patria, y no de todos de un modo, porque la ley ò estatuto no puede estender sus efectos fuera de los límites à que se estiende la potestad del Legislador, ni por consiguiente comprende à los bienes situados fuera de ellos, ni à persona que no es en aquella parte subdita suya. Lo mismo procede para con el hijo de familia que fallece en otro Reyno (2), en quanto à poder ó no testar como he sentado en el num. 9. Lo propio deberá observar por identica razon, aunque no sea estrangero, si posee bienes en Provincia que se gobierna por algun fuero especial ò municipal, como en Navarra, Vizcaya, Aragon y Cataluña, pues con arreglo à éste, y à las leyes del pueblo en que testa, se han de partir los bienes que en cada parte tenga. Si está conaturalizado, el rescripto de conaturalizacion servirá de regla para lo que se debe practicar, pues el Principe como Legislador, y viva ley, puede dispensarle que teste de ambos modos de los bienes situados en sus dominios, y no fuera de ellos.

273 Si el Testador nombra heredero en su testamento, ò en poder para testar en esta forma: *Quiero que sea mi heredero el sugeto, ò persona, cuyo nombre tengo escrito de mi puño en un papel, ò memoria que está en tal cartera, ò en poder de fulano*; (nombrandolo) *ò el que Pedro tiene instituido en su testamento*, y concurre à su otorgamiento el competente número de testigos que oigan esta expresion, no se detenga el Escribano en autorizarlos;

(1) Gomez en la ley 3. de Toro num. 20. (2) Paul. Paris Consil. 2. Volum. 3. Gozadin. Consil. 49. Aceb. en la ley 4 tit. 4. lib. 5. Recop. num. 15. Gom. en la ley 5. de Toro num. fin.

pues siendo arreglados, verificandose el nombramiento en el papel, y no dudandose de la fé de la memoria, ò cédula privada, serán válidos; pero no, si hablare de futuro, v. gr. *Quiero que sea mi heredero el que escribiere de mi puño, ò que fulano instituyere*: la razon es, porque en este caso no se nombra persona cierta, como en el otro (1).

274 Puede prohibir el Testador que su testamento cerrado, ò la parte que de él lo sea, se abra y publique hasta el dia que prefine (2), y por consiguiente puede ser en parte abierto, y en parte cerrado un mismo testamento. El motivo porque los Testadores suelen imponer esta prohibicion, es porque si tienen algun hijo pupilo, ò loco, ò fatuo, y lo substituyen, ò le dexan algun legado, nombrando à otro à su goce en caso que fallezca dentro de la pubertad, ò que sea incapaz de testar, no maquine su muerte el substituto por heredarle (3); y la cláusula se ordena en el otorgamiento de esta forma: *Mando que hasta tal dia de tal mes y año, de ningun modo se abran, ni publiquen tales hojas*, (ha de expresar quantas son) *cosidas* (ò cerradas, segun estén) *dentro de este quaderno: que se cumpla inviolablemente lo que en sus cláusulas dexo dispuesto, y ordenado, y que lo demás del citado testamento se abra y publique con la solemnidad prescrita por derecho luego que se verifique mi fallecimiento; y encargo al Señor Juez que de su apertura conociere, no altere, ni permita se tergiverse, ni interprete total, ni parcialmente esta disposicion, porque asi conviene, y es mi deliberada voluntad.*

275 Si el testamento es nuncupativo, se han de cerrar las hojas que el Testador prohibe que se publiquen, y en lo que queda abierto expresar con toda claridad las que son, y quantas cláusulas contienen, pero no su contexto. Si el Testador puede escribirlas, ò firmarlas, lo executará, porque esto es lo mas seguro. La solemnidad de cinco testigos no vecinos, ò tres que lo sean es suficiente en su otorgamiento. Si es cerrado, se cerrarán igualmente las hojas, y el otorgamiento será el regular, añadiendo so-

(1) Gutier. repet. leg. Nemo potest. n. 248 y lib. 2. pract. quæst. 41. num. 4. y 5. Sr. Castillo lib. 4. cont. ov. cap. 20. n. 29. y siguient. Mantica de Conject. lib. 4. tit. 4. num. 6. y sig. Alvarad. de Conject. mente defuncti lib. 3. cap. 2. §. 1. num. 2. Matienz. en la ley 1. tit. 4. lib. 5. Recop. glos. 16. num. 13. (2) Leyes 5. y 6. tit. 2. Part. 6. (3) Ley 6. tit. 2. Partid. 6.

L 2

lamente la cláusula que dexo estendida en el número precedente.

276 El testamento como acto puramente extrajudicial puede otorgarse de dia, y de noche (1), al modo que los contratos (2). Quando el Escribano tome la minuta, ò razon de él para estenderlo, ha de estar solo con el Testador, sin permitir que otro alguno, aunque sea su Confesor, lo presencie sin su expreso mandato, para evitar de esta suerte toda sugestion, especialmente si se halla enfermo, y dexarle en libertad de explayar su voluntad, y descargar libremente su conciencia, pues la experiencia ha acreditado que de lo contrario suelen hacerse unas disposiciones violentas, repugnantes, y perjudiciales, que no sirven de otra cosa que de discordias y pleitos. Nadie ha de saber su contexto si es abierto, hasta el acto del otorgamiento, que deben presenciar únicamente los testigos; pero si la enfermedad se agrava de manera que no dé tiempo para tomar la razon, entonces podrán asistir éstos à la toma de razon, y la firmarán, à fin de que precedidas sus contextes deposiciones, se reduzca à escritura pública, y se declare por testamento, y ultima voluntad del Testador, como si lo hubiera hecho en cédula ante ellos sin Escribano; y aunque para evitar estos gastos puede éste estenderlo con arreglo à ella, leerlo luego ante los mismos testigos, y hacer que lo firme uno de ellos en el protocolo, por estar ya otorgado formalmente, quedandose con la minuta por lo que puede ocurrir, si se dudáre de su contexto; lo mas seguro es lo expuesto, para que no se arguya de nulidad por faltar su lectura y publicacion despues de estendido. Pero sin embargo de que el testamento sea nuncupativo, à nadie mas que al Testador mientras vive, debe manifestarlo, ni revelar su contexto, no obstante que para ello se pretexte que es instrumento público, pues se llama asi porque se otorga ante persona con autoridad pública, y testigos; pero no es público para otros mas que para estos, por lo que tampoco debe dar copia, ni testimonio de todo, ni parte de él à otro que al Testador; y despues de su muerte solo à los interesados, y únicamente de la parte que les corresponda (3).

(1) Ley Ad testium 22. §. Posse. ff. Qui testamenta facere pos. (2) Ley Non minorem 20. Cod. de Transact. Parlador. lib. 2. capit. 20. num. 10. Ley 103. tit. 18. Partid. 3.

277 El Escribano debe preguntar indiferentemente al Testador: *à quién dexa por su heredero*, sin nombrarle ni traerle à la memoria sugeto alguno ni hacerle señas, pues la pregunta ha de ser verbal, clara, y en términos generales, para que de esta suerte se conozca que la respuesta es producida, y nacida de su libre voluntad. Sin embargo si él ò qualquiera otra persona que no sean interesados ni sospechosas se lo nombrasen, diciendole: *si instituye por heredero à fulano*, y responde que sí à presencia de los testigos, bastará, porque, ya manifiesta su voluntad, y no la confiere en la de tercero, como dicen los AA. (1), y dexo expuesto; pero lo mejor es que no lo haga, para que no se le atribuya à pasion, ò interés, de los que debe estár enteramente desnudo, y no hacer propios los negocios agenos en ningun caso, ni con pretexto alguno, porque su oficio es, y debe ser absolutamente imparcial.

278 Si le llaman para hacer el testamento del que está convulso, y tiene trabada la lengua, de suerte que aunque hable, es lo mismo que si nada profiriera, porque no se le entiende; ò del que ha perdido enteramente el habla, que es propiamente mudo, no autorize semejantes disposiciones, porque es preciso que el Testador manifieste su voluntad con palabras claras, y perceptibles, y no bastan señas, aunque responda haciendolas con la cabeza (2); bien que algunos dicen que son suficientes, pero yo no seguiré esta opinion por ser contra derecho. Pero si se le entiende lo que habla, puede testar, aunque esté tardo en la pronunciacion (3); y tambien quando sabe leer, y escribir, y escribe por sí mismo su testamento. Todo lo referido no se entiende de los codicilos, pues éstos pueden hacerse por señas, estando el otorgante en su juicio, como lo afirma *Gom. en la ley 3. de Toro, num. 111.* apoyandolo con varios textos civiles; pero aconsejo al Escribano que no lo haga, aunque por hacerlo no incurrirá en pena.

279 Queda explicado que el loco puede testar principiando, y concluyendo su testamento durante los lucidos intervalos. Y para

(1) Gom. en la ley 3. de Toro num. 110 y sig. Matienzo en la 1. tit. 4. lib. 5. Recop. glos. 16. n. 4. al 9. Señor Castilllo. lib 4. Controv. cap 27. num. 14. Mantica de Conject. lib. 2. tit. 6. num 9 (2) Ley Jubemus 29. Cod. de Testam. versic. Si enim: : Gomez en la Ley 3. de Toro, num. 110. Señor Covar. cap. Cum tibi n. 4. de Testam (3) Ley Quoniam indignum. 15. Cod. de Testam.

evitar dudas, y controversias sobre si lo hace, ò no dentro de ellos, dirá el Escribano à algun hijo, ò pariente de él, que acuda al Juez haciendo relacion de la enfermedad del paciente, y que algunas veces está en su acuerdo, con la solicitud de que dé facultad al Escribano para que del mejor modo que pueda explore su voluntad, con asistencia de Medico y Cirujano, que previamente declaren con juramento si está, ò no capaz, y estandolo, ordene su testamento ante ellos, y el competente numero de testigos, y todo se ponga por testimonio; y obtenida la judicial facultad, declararán conforme à la ley el Medico, y Cirujano si está, ò no en su juicio, y constando estarlo, y pareciendo lo mismo al Escribano, y no de otra suerte, (pues no se ha de fiar de lo que otros dicen, sino de lo que vea y advierta por sí para dar fé) à su presencia, y à la de los testigos prevenidos por la ley, ò mas, preguntará al Testador todo lo concerniente à su última disposicion, y especialmente al nombramiento de heredero, y otras cosas aunque sean contrarias à sus mismas respuestas, ò no vengan al caso, para cerciorarse mas bien de la sanidad actual de su juicio y de la firmeza de su voluntad, y practicará todo lo demás que le dicte su prudencia, y sea conducente à evitar dudas, portandose con la mayor maduréz, imparcialidad, y reflexion, sin dexarse llevar de pasion, ni interés, é irá estendiendo lo que le responda, y las declaraciones del Medico, y Cirujano à continuacion de la providencia judicial, y no pasará à estender una cláusula antes que satisfaga à la anterior. Si sabe, y puede firmar hará que lo firme con todos los concurrentes que supieren, y luego lo autorizará; y evaquado todo, se presentará al Juez, à fin de que lo apruebe para su mayor validacion, precediendo el exâmen de todos los concurrentes al acto.

280 Si el Testador ni habla ni entiende el idioma del Escribano, escribirá por sí mismo su testamento à presencia del Escribano, y testigos. Si no pudiese escribir, porque su enfermedad no se lo permita, se buscara un sugeto que entienda su idioma, y le dictará su disposicion: despues la leerá por sí mismo el Testador, ò se la leerá el interprete, y la firmará. Los testigos y el interprete firmarán tambien, y rubricarán à mayor abundamiento todas las hojas, y el Escribano autorizará en forma este testamento expresando en él todo lo ocurrido. En un caso semejante lo que importa es asegurar la identidad del papel donde está escrita y con-

signada la voluntad del Testador; y esto se consigue por el medio indicado, evitandose en lo posible los fraudes que pueden cometerse en los testamentos de estrangeros que no entienden el idioma del pais en que testan. Si en el pueblo hubiese un interprete autorizado por el Gobierno, deberá buscarsele con preferencia; ó por mejor decir, solo en su falta es quando otra persona qualquiera inteligente en la lengua del Testador hará sus veces. El interesado en la herencia solicitará que se traduzca esta disposicion, que los testigos reconozcan sus firmas y depongan lo que pasó ante ellos, y que el Juez la declare por testamento. Es verdad que los testigos no podrán serlo de lo que no entendieron, pero servirán sus dichos para probar que no se cometió fraude alguno antes ni despues del otorgamiento.

281 Por dos razones no puede el Escribano autorizar el testamento cerrado en que está instituido heredero. La primera, porque el heredero, y fideicomisario universal tienen prohibicion de ser testigos, y de escribirse por herederos en el testamento segun el Senado Consulto Liboniano (*a*), y el Escribano hace veces en él de dos testigos: la segunda, porque su aprobacion, y autoridad se requiere esencialmente para su validacion, pero puede autorizar su testamento cerrado, y nuncupativo por sí con la solemnidad legal, porque como trata de su propio negocio, à nadie daña (1). Tambien puede autorizar el nuncupativo en que es establecido heredero, interviniendo la solemnidad de testigos y demás requisitos prescriptos por la ley quando no concurre Escribano, y deponiendo luego los mismos testigos de su tenor, como si ante ellos solos lo formalizára en cédula, (à cuyo efecto firmarán el protocolo, y rubricarán sus hojas para que no se presuma suplantacion, ò engaño) porque la fé y autoridad que se dá al testamento, no consiste solo en que el Testador permita que un tercero se instituya, y escriba por su heredero, sino en que lo presencien los testigos necesarios, y les manifieste su voluntad, à fin de que si se duda de su contexto, puedan deponer de él, y no se cometa fraude. Lo mismo sucede con otro qualquier instrumento que no sea à su favor, haciendo protocolo, y obser-

(2) Fragoso de Regimine Reipublicæ part. 1. lib. 5. disp. 13. §. 11. num. 314. y sig. Molin. de Just. & Jure, tit. 1. disp. 125. numer. 2. 3. y 5. (*a*) Nota 41.

vando la solemnidad, y formalidad prefinidas por derecho, porque en el Escribano concurren dos personalidades, una pública, y otra privada, y puede usar de ambas en un mismo acto, al modo que separadamente, ò en distintos de cada una (1).

282 Se duda si en el testamento, ò en otra última disposicion es requisito preciso para su estabilidad que el Escribano dé fé del conocimiento del Testador, ò bastará que depongan de él dos de los testigos instrumentales, al modo que para los contratos lo manda una ley Recopilada (2). Algunos AA. dicen que por lo que puede ocurrir en lo sucesivo, y para que se sepa si el Testador es, ò no el mismo que expresa ser, debe intervenir uno de dichos requisitos; y otros siguen la contraria opinion, porque el testamento no es contrato obligatorio, del que pueda irrogarse perjuicio à tercero, sino una manifestacion de última voluntad, que el Testador tiene potestad de revocar hasta su muerte.

283 Mi dictamen, conformandose con el de estos AA., es que ninguno de los dos requisitos es preciso, y que aunque la ley 54. tit. 18. Partid. 3. que trae la forma de ordenar los instrumentos, dice: : *E debe ser muy acucioso el Escribano de trabajarse de conocer los omes à quien face las cartas, quien son, è de que lugar, de manera que non pueda y ser fecho ningun engaño*, y la 14. tit. 25. lib. 4. Recop. manda al Escribano que si no conociere à alguna de las partes que quisiere otorgar el contrato, ò escritura, no la haga ni reciba, à menos que presente dos testigos que digan que la conocen, expresando de dónde son vecinos, y que si las conociere, dé fé de su conocimiento; esto debe entenderse en los contratos, y aun en estos conviene mas esta diligencia los contrayentes por el perjuicio que se les puede causar de ignorar con quien contraen, que no el Escribano, pues éste no sirve de otra cosa que de autorizarlo, y ordenarlo conforme à derecho para su mayor estabilidad, y de un testigo público, à fin de que los contrayentes no puedan retraerse; por lo que en diciendo: *que lo otorgaron asi, y expresaron tener aquellos nombres y apellidos*, y dando fé de ello, parece que à nada mas estará obligado; y si quando el Escribano, y testigos no conocen à los

(1) Angel. in §. Idem juris, n. 32. Institut. de Exception. Parlador. lib. 2. Rer. cap. 20. n. 23. (2) Ley 14. tit. 25. lib. 4. Recop. Matienz. en la 2. tit. 4. lib. 5. Recop. glos. 7. num. 6.

otorgantes, se dá por contento aquel, à cuyo favor se celebra el contrato, del conocimiento del otro, no corre riesgo, ni se anula, aunque carezca de este requisito, ni será cargo contra el Escribano, porque como no hay engaño, cesa el fin de la ley. Y si esto procede en los contratos, con mas razon debe proceder en los testamentos, y últimas disposiciones, en que no puede resultar perjuicio a tercero, por lo que aunque carezcan de los requisitos mencionados, no los anulan las leyes citadas, ni otra alguna, y seria cosa durisima que por no contenerlos fuese inutil el testamento, ò no pudiese el Testador manifestar su voluntad, y descargar su conciencia.

284 Esta opinion se funda además en que si alguno de dichos requisitos fuera substancial, y de esencia para la validacion de los testamentos, y últimas voluntades, lo prevendrian las leyes Recopiladas, y de Partida (1), que tratan de su ordenacion y solemnidad (2), no permitirian otras que los peregrinos y romeros testasen, ni realmente podrian testar, porque en tierra estraña de nadie son conocidos. Por estas razones soy de sentir, y aconsejo al Escribano que aunque no conozca al Testador, ni haya quien lo conozca, no dexe de autorizar su testamento, pues es menor inconveniente que carezca de esta circunstancia, que el que muera intestado. Pero para poder dar fé de su conocimiento, ya sea en contrato, ò última disposicion, no es menester que sea de su lugar; ni que le haya tratado desde niño; basta que lo haya visto, y hablado tres veces, y sepa que comunmente se le llama por el nombre, y apellido que dice tener, y que por tal es conocido.

285 Los Religiosos de San Francisco son incapaces de adquirir, y retener bienes temporales en comun, y en particular, como tambien de todo dominio, y accion civil; de dar poderes para cosas tambien temporales; y de constituir obligacion acerca de ellas; y asi quien lo ha de practicar todo es su Sindico como Procurador autorizado plenamente en ámplia forma por la Silla Apostolica, à la qual toca su propiedad, y dominio, y el uso simple, natural, y de hecho à los Religiosos; de suerte que el Sindico ha de sonar, è intervenir únicamente en los contratos,

(1) Leyes 1. y 2. tit. 4. lib. 5. Recop. y 103. tit. 18. Partid. 3. (2) Leyes 30. tit. 1. Partid. 6. y 2. tit. 12. lib. 1. Recop.

pleitos, y demás actos civiles y profanos à nombre de la Silla Apostolica, ya sean promesas, ventas, donaciones, ò qualquiera otros que se celebren para utilidad, y socorro de los Religiosos, y sus Conventos, ò que por su parte deban hacerse à favor de alguna persona; y no se ha de decir que ellos, ni sus Prelados le dán su consentimiento, ni facultad para celebrarlos, pues no pueden darla, sino que por parecerles conveniente le piden que los celebre, haga ò admita; pero para las cosas puramente espirituales pueden conferir poderes, por no prohibirselo su regla; lo qual han declarado varios Sumos Pontifices.

286 Sin embargo de lo expuesto, como no se les prohibe admitir para su uso, y sustento las limosnas de los fieles; para que por no estender como corresponde, atenta su regla, las cláusulas de herencias, y legados que les dexen, y no queden privados de ellos, debo advertir al Escribano que si los legados son de trigo, cebada, aceyte, vino, ù bienes muebles, de los que pueden usar licitamente en propia especie para su sustento, ò para otra qualquiera necesidad, v. gr. materiales para obras, calices, casullas, albas y otras cosas para decir Misa; sabanas, mantas, colchas, y colchones para la enfermeria; libros para estudiar; sitio para fundar, ensanchar, ò alargar su Convento, ò hacer huerta para su uso, &c. valen, ya se hagan à los Conventos, ò à qualquiera de sus Religiosos, y pueden admitirlos. Pero si las cosas legadas son tales que no pueden usarlas, v. gr. una bacada, yeguada, manada de ovejas, colmenas, barras de plata, oro, armas, ù otras semejantes, tierra, viña, olivar, casa, censos, ù otros derechos perpetuos, y se las dexan *para que las posean, y usen ò las vendan por sí mismos, y con su producto remedien sus urgencias*, no vale el legado, ni pueden admitirlo; y asi para que no carezcan de esta limosna, ni la voluntad del Testador dexe de cumplirse, ha de estender la cláusula en esta forma: *Mando que tal cosa* (la que sea) *se dé al Sindico de tal Convento de San Francisco, para que en nombre de la Silla Apostolica, ò en el mio la trueque, venda, ò enagene, y con su precio remedie las necesidades de sus Religiosos; cuya manda, y limosna le hago en los términos, via, y forma que mejor lugar haya en derecho, à efecto de que no caduque, antes bien sea válida y admisible, y logren el alivio que les deseo.* Tambien puede mandar el Testador à sus testamentarios que hagan lo mismo que el

Síndico dandoles poder para ello; porque lo contrario es opuesto à la mendicidad Apostolica; por cuya razon no pueden admitir herencias, ni legados dexados en otra forma, segun lo tienen declarado varios Sumos Pontifices. Del mismo modo se ha de poner la cláusula de legado de debitos que el Testador tenga à su favor, ò de dinero que quiera dar de limosna à los Religiosos, ò à sus Conventos. Y si quisiere imponerles alguna carga de Misas, ù otra, se expresará en la cláusula la que sea. Pero de lo que se les dexa para la Sacristia, ò culto Divino, ya sea, ò no perpetuo, no tienen prohibicion de admitirlo, porque no es para ellos. Todo lo qual tendrá presente el Escribano, consultando en caso de duda, si el tiempo se lo permitiere, con Religiosos de la Orden bien instruidos en sus reglas, para proceder con acierto, y que no queden privados de las limosnas de los fieles; y para mayor seguridad podrá ver el Manual de Escribanos escrito por el P. Fr. Diego Bravo, añadido à la exposicion de la regla de San Francisco que compuso el P. Fr. Diego Navarro, en cuyo Manual trae estendidas muchas cláusulas, y explica latamente lo que se debe observar para el fin referido, y otros.

§. XXI.

De las diligencias que se deben practicar para la apertura de los testamentos y codicilos cerrados, y para reducir à instrumentos públicos los que se hacen de palabra, ò en cédula ante testigos.

287 Dexo ya explicado todo quanto concierne à la solemnidad de los testamentos y codicilos cerrados. Paso à expresar dentro de qué término está obligada la persona en cuyo poder exîsten, à manifestarlos à la Justicia: en qué pena incurre si no lo hace: quién es parte legitima para pedir su apertura, y cómo debe pedirla: por qué Juez se han de abrir, y cómo: y si antes de publicarse podrá hacerse transaccion, ò concierto sobre su contexto. El que tiene en su poder el testamanto cerradò baxo de que falleció el que lo otorgó, debe presentarlo ante la Justicia Ordinaria del pueblo en que éste murió, dentro de un mes siguiente al dia de su muerte, y no cumpliendolo, pierde el legado que le

dexó, el qual se ha de distribuir por su alma; y no habiendo legado, debe pagar al interesado el daño que se le irrogue, y dos mil maravedis à la Real Cámara sin excepcion de personas. No se exîme de este cargo el Clerigo con pretexto de ser lego el Juez, porque lo es competente segun está declarado en la Real Cédula de 13 de Junio de 1775, que se inserta à la letra en el lib. 1. cap. 1. §. 1. de la segunda parte, y en las leyes que se citan (1).

288 El que tiene interés en el testamento, ù otro en su nombre con su especial poder puede pedir se abra, expresando haber fallecido el Testador baxo de él, jurando no pedirlo de malicia, y si solo por presumir que es interesado, ò la parte à quien representa; cuyo pedimento debe dar ante el Juez Ordinario secular, y no ante otro. Estando en el lugar el testamento dispondrá el Juez que se traiga inmediatamente para abrirlo, y si está en otro, prefinir plazo al sugeto que lo tenga, para que lo presente (2).

289 Antes de su apertura ha de proveer auto mandando comparecer à su presencia los testigos instrumentales, los quales baxo de juramento que les recibirá (porque la ley no le permite cometer su exámen al Escribano ni à otro por ser éste un acto personalisimo) reconocerán sus firmas, y la del Testador, ò del que por éste, ò por algunos de ellos firmó, é igualmente el testamento, ò quaderno que se les manifieste, y depondrán de su fallecimiento por haberlo oido, ò visto cadaver, y no sabiendolo, pondrá el Escribano fé de él à continuacion del auto con expresion de haber conocido vivo al Testador, y estár al parecer muerto; y si no lo conoció, de que en su casa y vecindad le aseguraron que era el mismo sugeto, pues sin que por uno de estos dos medios se acredite su fallecimiento, no se debe abrir, y constando la certidumbre del otorgamiento, y viendo el Juez que el testamento, ò quaderno en nada está sospechoso, debe abrirlo ante el Escribano y los testigos, y entregarlo à éste para que lo lea, y publique delante de todos, y despues de abierto, y publicado, reducirlo à escritura pública por otro auto, mandando que se tenga y estime por testamento, y última voluntad del difunto: que se dén à los interesados en él los traslados, y testimonios que pidie-

(1) Leyes 1. y 2. tit. 2. Part. 6. y 14. y 15. tit. 4. lib. 5. Recop.
(2) Ley 2. tit. 2. Part. 6.

ren de lo que les corresponda; y que se protocolice en los registros del Escribano, ante quien se abra, interponiendo à todo para su mayor firmeza la autoridad de su oficio quanto haya lugar en derecho, pues hasta que se abre no se debe tener, ni estimar por escritura pública, ni lo es por no haberse publicado su contexto.

290 No pudiendo ser habidos todos los testigos referidos, basta que comparezca la mayor parte, (que à lo menos han de ser quatro) y despues lo ha de enviar à los demás para el mismo efecto, si están en otro lugar, ò enfermos, ó son personas muy condecoradas, ù honradas, y aunque alguno niegue su firma, no ha de dexar por eso de abrirlo. Si no pueden comparecer todos, ni la mayor parte, y el Juez conoce que de esperarlos, y omitir su apertura, resultará perjuicio, debe llamar hombres buenos, abrirlo ante ellos, mandarlo trasladar, y leer, y que los tales hombres lo firmen, y luego volver à cerrarlo, y sellarlo: y despues que vengan los testigos instrumentales, manifestarselo para que lo reconozcan en la forma prevenida. Si practicadas estas diligencias, no resultase cosa en contrario, las mandará unir à las otras, y que de todo se dé traslado à los interesados, ò de lo que à cada uno corresponda. Hasta aqui la ley de Partid. (1) (*a*).

291 Pero si han fallecido todos los testigos, (como puede suceder) ò están en esa opinion, ò ausentes sin saberse su paradero; se debe hacer informacion de ello, de la legalidad del Escribano ante quien se otorgó si ha muerto, de que al tiempo del otorgamiento vivian, y estaban en el lugar, y de que eran personas que podian testificar, y hacer fé sus deposiciones; y si alguno cònoce sus firmas, que las reconozca, ò se comprueben, (pues todo conduce para la mayor estabilidad del testamento) y luego el Juez lo mandará abrir en la forma explicada (2); y si quisiere, rubricará sus hojas sin embargo de que no es preciso, previniendose asi en la diligencia de apertura. Si el Escribano ante quien se otorgó, vive, está en el lugar, y no se abre ante él, ha de reconocer tambièn su signo, y firma, bien que no es rigorosamente necesario por no mandarlo las leyes. La apertura del codicilo requiere la misma solemnidad.

292 No puede hacerse pacto, concierto, ni transaccion antes

(1) Ley 3. tit. 2. Partid. 6. (*a*) Bas theat. jur. prud. part. 1. cap. 5. y 6. (2) Nota 42.

de la publicacion del testamento cerrado sobre la herencia, ò legados que contiene, y si se hace, es nula, porque puede haber dolo, y ser engañado el interesado en ellos (1); por lo que aunque uno afirme con juramento que el Testador le legó cierta cosa, demande al heredero sobre su entrega, y en virtud del juramento se la dé, si despues de abierto resulta ser incierto, debe restituirsela (2). El Juez debe mandar que se dé traslado integro del testamento à los herederos del Testador; y à los demás interesados en él de solo lo que les pertenece; sin mencionar el dia, mes, ni era en que fué hecho, para que no pueda cometerse falsedad, segun lo previenen dos leyes de Partida (3). Lo que actualmente se practica, es dar testimonio al interesado con insercion à la letra de la cláusula que le compete, cabeza, y pie del testamento, y nada mas, de lo qual no resulta perjuicio, falsedad, ni fraude.

293 Prohibiendo el Testador (por motivos que le asistan, y no necesita manifestar, ni deben indagarse) que su testamento, ò parte de él se abra hasta el tiempo que prefine, ò que se publique, y dé traslado de cláusula determinada que señala, debe observarlo asi el Juez; y si éste entiende que puede resultar perjuicio de dar copia de alguna cosa que contenga, debe mandar que no se dé aunque el Testador no lo haya prohibido (4); y por eso es buena prevencion que el Juez sin separarse de la presencia de los testigos, y Escribano, lo lea para sí antes de entregarlo à éste para su publicacion, por si contiene algo que no deba publicarse, como lo hacen los doctos y expertos, que saben su oficio.

294 Si el testamento está dispuesto en cédula, ò esquela simple ante el competente numero de testigos hábiles para serlo, la presentará el heredero al Juez con pedimento, expresando si el Testador la escribió, ò quién, lo que pasó en aquel acto, y que por no haber Escribano en el paeblo, (ò por el motivo que haya habido) formalizó su disposicion en aquellos términos, y que falleció baxo de ella, y pretenderá que precediendo informacion de todo, y reconocimiento de las firmas de los testigos

(1) Ley 1. tit. 2. Part. 6. y De his controversiis, ff. de Transact. (2) Ley 25. tit. 11. Partid. 3. (3) Leyes 103. tit. 18. Part. 3. y 5. tit. 2. Partid. 6. (4) Leyes 5. y final, tit. 2. Partid. 6.

presenciales, se declare por testamento nuncupativo, y última voluntad del difunto lo que contiene la cédula, se dén à los interesados las copias, y testimonios correspondientes, se protocolice todo en los registros del Escribano ante quien se presente, y que à ello, y à sus traslados interponga el Juez la autoridad de su oficio en legal forma. En vista de este pedimento, y cédula la habrá por presentada, mandará recibir la informacion, y que evacuada se lleve para proveer; y estandolo, dará otra providencia, por la qual lo declarará todo por testamento nuncupativo, y última voluntad del difunto, y deferirá à lo demás pretendido; de lo que se instruirá el Escribano por las diligencias que estenderé en el §. fin. Si el Testador lo dispuso de palabra ante el mismo número de testigos, se practicarán las propias diligencias, à excepcion de que en el pedimento se ha de pretender: *Que las deposiciones de los testigos se declaren por testamento del difunto*, y omitir la presentacion de cédula, porque no la hay, y declaradas por testamento, valdrán como tal, aunque despues se mueran los testigos: todo lo qual es conforme à una ley de Partida (1), que no está derogada, ni corregida, y lo que se practica. Lo mismo se observará con el que pase ante Notario meramente Eclesiástico, como diré en su respectivo lugar.

§. FINAL.

Escrituras correspondientes á este capítulo.

Testamento regular.

295 En el nombre de Dios Todo-poderoso, Amen. Yo Don Francisco de Solis y Guzman, natural y vecino de esta Corte, hijo legítimo de legítimo matrimonio de Don Juan de Solis y Guzman, y de Doña María de Toledo difuntos, naturales que tambien fueron de ella, hallandome por la Divina misericordia bueno y sano, y en mi entero juicio, creyendo y confesando, como firmemente creo y confieso el Misterio de la Trinidad, Padre, Hijo y Espíritu Santo, tres Personas, que aunque realmente distintas, tie-

(1) Ley 4. tit. 2. Partid. 6.

nen los mismos atributos, y son un solo Dios verdadero, y una esencia y substancia, y todos los demás Misterios y Sacramentos que cree y confiesa nuestra Santa Madre la Iglesia Católica Apostolica Romana, en cuya verdadera fé y creencia he vivido, vivo, y protesto vivir y morir como católico fiel christiano: tomando por mi intercesora y protectora á la siempre Virgen, è Inmaculada Reyna de los Angeles Maria Santisima, Madre de Dios y Señora nuestra, al Santo Angel mi Custodio, los de mi nombre y devocion, y demás de la Corte Celestial, para que impetren de nuestro Señor y Redentor Jesu-Christo, que por los infinitos méritos de su preciosísima Vida, Pasion y Muerte, me perdone todas mis culpas, y lleve mi alma à gozar de su presencia; temeroso de la muerte, que es tan natural y precisa à toda criatura humana, como incierta su hora, para estár prevenido con disposicion testamentaria quando llegue: resolver con maduro acuerdo y reflexion todo lo concerniente al descargo de mi conciencia, evitar con la claridad las dudas y pleitos, que por su defecto pueden suscitarse despues de mi fallecimiento, y no tener à la hora de éste algun cuidado temporal que me obste pedir à Dios de todas veras la remision que espero de mis pecados: otorgo, hago y ordeno mi testamento en la forma siguiente.

Encomiendo mi alma à Dios nuestro Señor, que de la nada la crió, y mando el cuerpo à la tierra de que fué formado, el qual hecho cadaver, quiero se amortaje con el habito de nuestro Seráfico Padre San Francisco, y sepulte en la Iglesia Parroquial, de donde al tiempo de mi muerte fuere parroquiano.

Es mi voluntad que asistan à mi entierro (si fuere en público), el número completo de Sacerdotes de mi Parroquia, 30 Religiosos de San Francisco de Observancia de esta Corte, otros tantos del Colegio de Santo Tomás, Orden de Santo Domingo, igual número de San Francisco de Paula, 24 Pobres del Real Hospicio de San Fernando, y 18 Niños de la Doctrina, los que acompañen mi cuerpo hasta la Iglesia; y si fuere de secreto mando que mis testamentarios distribuyan en Misas por mi alma à su eleccion sin perjuicio del derecho de la Parroquia el importe de la limosna que por su asistencia se les habia de dar, y que en este caso à nada tengan derecho.

Mando que en el dia de mi entierro siendo hora, y si no, en el inmediato, se celebre por mi alma Misa cantada de cuerpo pre-

sente con Diácono, Subdiácono, Vigilia y Responso, y que asistan à oficiarla el número de Sacerdotes referido, pagandose la limosna que se acostumbra (a).

Mando igualmente que se celebren doscientas Misas rezadas por mi alma, las de mis padres, y abuelos, y demás de mi obligacion, satisfaciendo de limosna por cada una tres reales de vellon, de que sacada la quarta parte correspondiente á la Parroquia, las restantes se celebrarán en las Iglesias, y Altares que elijan mis testamentarios, como tambien las referidas en la cláusula anterior.

Lego por una vez para la conservacion de los Santos Lugares de Jerusalen, y Tierra Santa, Redencion de Cautivos Christianos, y demás mandas forzosas veinte reales de vellon, y otros tantos con arreglo à lo que está mandado à los Reales Hospitales de esta Corte, con cuya limosna aparto à todos del derecho, y accion que podian pretender à mis bienes.

Para ayudar à la curacion de los pobres enfermos del Hospital de San Juan de Dios de esta Corte mando se entreguen al Padre Prior de él quinientos y cincuenta reales de vellon por una vez, y le encargo que los distribuya en este destino, y no en otro, y sobre ello la conciencia.

Á Don Antonio de Solís mi hermano lego la caxa, y espadin de oro de mi uso diario, y à Doña Teresa mi hermana mil ducados de vellon en dinero por una vez, para tomar estado, ò para los fines que quisiere, y les pido me encomienden à Dios.

Al criado mayor que me sirva al tiempo de mi muerte, lego toda mi ropa de lana, y seda, que entonces tubiere: à la criada que me asista, y hubiere en mi casa, la cama completa, en que durmiere con sus tablas, colchones, quatro almohadas, otras tantas sabanas, la manta, y colcha, que usáre en ella, y asimismo cincuenta ducados de vellon en dinero por una vez, y si hubiere dos, perciba todo este legado la mas antigua, y à la moderna se dén solo cincuenta ducados, y les pido me encomienden à Dios.

(a) Algunos Testadores ricos suelen mandar que en su Parroquia, ò en otra parte se les haga Novenario, y Cabo de año sin mas expresion; y se duda si esto ha de ser con el mismo fúnebre aparato que el entierro; y para quitar dudas y pleitos entre los herederos, y Parroquias ò Conventos, prevendrá el Escribano al Testador que lo exprese con toda claridad, pues de omitirlo, se ocasionan gastos, y difiere el cumplimiento de su voluntad.

Declaro me hallo casado legitimamente con Doña Gertrudis Meneses, en cuyo matrimonio hemos procreado, y tenemos por nuestros hijos legítimos à Don Alexandro, Don Antonio, Don Josef, Doña Manuela, y Doña Maria Josefa de Solis, menores en la edad pupilar, de los quales, y de los demás que procreáremos constante él, usando de las facultades que me confiere la ley 3. tit. 16. de la Partid. 6. nombro à la referida mi muger por tutora, y curadora de sus bienes ínterin subsista viuda: y en atencion á su buena conducta, aplicacion, gobierno, y maternal amor que les profesa, y à que por consiguiente cuidará con el mayor zelo, y vigilancia de la conservacion, y aumento de ellos, la relevo de fianzas, y consigno frutos por alimentos para su crianza y manutencion. Suplico al Señor Juez ante quien se presente testimonio de esta cláusula, apruebe, y confirme este nombramiento, y la decierna este encargo con la relevacion, y consignacion mencionadas, que asi es mi voluntad; pero si volviere à casarse, mando que aunque dé fianzas se la quite la tutela, y saquen de su poder à mis hijos y sus bienes; y se entreguen à la persona mas christiana, y abonada que pareciere à dicho Señor Juez, el que les señale para su manutencion, y crianza lo que contemple preciso segun su calidad, y no frutos por alimentos, y el sobrante se deposite, y emplee quando haya proporcion, para aumento de sus legítimas, sobre todo lo qual le encargo la conciencia, y me conformo con la ley 5. del mismo título, y Partida.

Declaro que tengo un Esclavo llamado Antonio de los Santos, (*aqui se expresarán su color, edad, y demás señales que tenga, y el motivo porque lo hubo*), al qual por haberme servido bien, y convertidose à nuestra Santa Fé, ofrecí antes de ahora dar libertad, y cumpliendo esta oferta, mando que desde el dia de mi fallecimiento en adelante sea libre, y como tal pueda tratar, contratar, testar, comparecer en juicio por sí, ò por su Procurador, y hacer todo quanto se permite al que es naturalmente libre, pues para ello le concedo plena libertad, y el mas amplio poder que necesite; y en conseqüencia de lo que previene el derecho, me desisto, y aparto, y á mis herederos, y sucesores de el de Patronazgo que tengo sobre él: se lo remito, y cedo enteramente para que de esta suerte sea mas firme, y eficáz su manumision y libertad, y jamás pueda reclamarla; y mando se le dén cien

ducados de vellon en dinero por una vez, y toda su ropa, à fin de que pueda grangear, y ganar su vida, y le pido me encomiende à Dios.

Usando de la potestad que me confieren las leyes de estos Reynos, mejoro en el tercio que quede de mis bienes despues de deducido el quinto, al expresado Don Alexandro mi hijo, el que le consigno en las tierras sitas en tal parte término de esta Villa, y mando que si su valor no alcanza à completarlo, se le reintegre lo que falte, en bienes muebles, y si excede, el sobrante sea para parte de pago de su legítima paterna.

Á la mencionada Doña Gertrudis mi muger lego el remanente del quinto de mis bienes, el que la consigno en una casa que poseo en esta Corte en tal calle, bien entendido, que si volviere à casarse, aunque sea pasado el año de viuda, lo ha de restituir incontinenti à mis hijos, para que se divida entre ellos con igualdad, y no à prorata, à cuyo fin para desde el dia en que tome estado en adelante, la privo enteramente de su propiedad, posesion, goce, y usufruto, y de que pueda enagenarla antes, ò despues, y en este caso revoco, y anulo este legado; y mando que el quinto se deduzca primero que el tercio, pero que no exceda de la legítima que à cada uno de mis cinco hijos debe tocar, sin embargo de qualesquier razones, y fundamentos que haya para deducirse del total de mis bienes.

Si entre mis papeles, ò en poder de mi Confesor, ò de otra persona se halláre una memoria con fecha posterior á este testamento, y relacion de él, ò sin fecha, firmada de mi puño, ò escrita por mí, aunque no esté firmada, que contenga mandas, declaraciones, fundaciones, remisiones, ampliacion, mutacion, restriccion, ò revocacion de todo, ò parte de lo que dexo ordenado, ù otras cosas concernientes à mi última voluntad, mando que se tenga, y estime por parte integral de él, que como tal se protocolice sin necesidad de precepto judicial en los registros del presente Escribano: que su contexto se observe exâcta, íntegra, è inviolablemente sin tergiversacion, como si aqui fuera especificado: y que á los verdaderos interesados se dén las copias, y testimonios que pidan de lo que les corresponda, pues asi es mi voluntad; pero no estando escrita, ò firmada por mí, no haga fé judicial, ni extrajudicialmente.

Para cumplir todo lo pio que contiene este testamento, y

contubiere la memoria en caso de dexarla, nombro por mis testamentarios à Don Fulano, y Don Fulano, y à cada uno *in solidum*, y les confiero amplio poder para que luego que fallezca se apoderen de mis bienes, vendan de los mas efectivos los precisos en pública almoneda, ò fuera de ella, y de su producto lo cumplan, y paguen, todo cuyo encargo les dure el año legal, y el mas tiempo que necesitáren, pues se lo prorogo.

Despues de cumplido, y pagado todo lo expresado, del remanente de mis bienes, muebles, raices, derechos y acciones presentes, y futuros instituyo por mis únicos, y universales herederos à los expresados Don Alexandro, Don Antonio, Don Josef, Doña Manuela, y Doña Maria Josefa de Solís y Meneses, mis cinco hijos, y de la referida Doña Gertrudis Meneses mi muger, y à los demás descendientes de legítimo matrimonio que tuviere al tiempo de mi muerte, y deban heredarme, para que los hayan, y lleven por su órden, y grado segun su representacion, y lo dispuesto por leyes de estos Reynos con la bendicion de Dios, y la mia.

Y por el presente revoco, y anulo todos los testamentos, y demás disposiciones testamentarias, que antes de ahora he formalizado por escrito, de palabra, ò en otra forma, para que ninguna valga, ni haga fé judicial, ni extrajudicialmente, excepto este testamento, y memoria citada, que quiero, y mando se estime, y tenga por tal, y se observe, y cumpla todo su contexto como mi ultima deliberada voluntad,, ò en la via, y forma que mejor lugar haya en derecho. Asi lo otorgo, y firmo ante el presente Escribano de su Magestad en esta Villa de Madrid à tantos de tal mes, y año, siendo testigos Pedro, Juan, Francisco, Diego, y Anselmo de tal, vecinos de ella, y al otorgante yo el Escribano doy fé que conozco. *La ley* 103. *tit.* 18. *Partid.* 3. trata de la extension del testamento.

Diferentes cláusulas de testamento.

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

296 Declaro que quando Doña Fulana mi muger se casó conmigo, traxo à mi poder por dote, y caudal suyo propio en bienes muebles que se tasaron, tanta cantidad, y tanta en dinero, que toda ascendió à tanto: y que la ofrecí tanta en arras, y donacion *propter nuptias*, y de ello otorgué à su favor el correspondiente resguardo. Mando que se la haga pago de su dote íntegramente, y en quanto à las arras se tenga presente mi capital, y caudal que me tocáre, y si cupiere en la decima parte de mis bienes, se la entregue sin descuento lo que la ofrecí; y no cabiendo, se la satisfaga la parte que quepa.

Declaracion del capital que llevó el marido.

297 Declaro que quando contraxe matrimonio con Fulana, llevé por caudal mio propio tantos mil reales, de que otorgó à mi favor el capital correspondiente en tantos de tal mes, y año ante Fulano Escribano Real. Mando se tenga presente para la deduccion de los gananciales, ò menoscabos, que pueda haber.

Otra de los hijos, que el Testador tiene, y de lo que dió à uno de ellos en cuenta de su legítima.

298 Declaro que del matrimonio que contraxe con Fulana, tengo por mis hijos legítimos à Francisco, Pedro, y Juan, de los quales Francisco se ha casado, y le dí tantos mil reales en cuenta de su legítima paterna. Mando que los traiga à colacion, y particion con sus hermanos, y los reciba en parte de pago de ella, y si excediere, se tenga el exceso por mejora.

Legado del quinto por alimentos à un hijo natural.

299 Declaro que tengo un hijo natural llamado Pedro, que lo hube en Fulana, estando ambos solteros, y sin impedimento canónico no solo al tiempo de su concecion, sino al de su nacimiento, de suerte que podiamos casarnos sin dispensacion; y mediante hallarme con descendientes legítimos procreados en Fulana mi muger difunta, usando de la facultad que me conceden las leyes 10. y 28. de Toro, le lego el remanente del quinto de todos mis bienes, derechos y acciones, que es lo que en este caso puedo dexarle por razon de alimentos, y si al tiempo de mi fallecimiento no tuviere otro legítimo, sea mi universal heredero.

Institucion de heredero à un hijo natural por falta de decendientes legítimos.

300 Por quanto me hallo sin descendientes legítimos, y con un hijo natural reconocido llamado Francisco, que procreé en Fulana, estando ambos solteros, y sin impedimento canónico para contraer matrimonio; por tanto sin embargo de que tengo legítimos ascendientes, usando de la potestad que me concede la ley 10. de Toro, instituyo por único heredero de todos mis bienes, derechos, y acciones al expresado Francisco, para los que haya, y herede con la bendicion de Dios, y la mia.

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

301 Declaro que del matrimonio que contraxe con Fulana, tenemos por nuestros hijos legítimos á Francisco, y Juana: que ésta se halla casada con Fulano, y que quando se casó, la dí en dote tanta cantidad; y respecto no poder ser mejoradas las hijas en contrato entre vivos por razon de dote, ni casamiento, mando que traiga à colacion, y particion con su hermano la dote que la entregué; pero mediante no estár prohibido que lo sean por

ultima disposicion, la mejoro en el tercio, y remanente del quinto de mis bienes, que la consigno en tales tierras, para que lo haya, y herede à mas de su legítima; y mando asimismo que en la deduccion del quinto se observe la ley del Estilo, segun se practica comunmente, y que el tercio se saque del residuo de la herencia.

Mejora que hace el padre à un hijo à quien por contrato oneroso prometió mejorar.

302 Declaro que quando mi hijo Fulano contraxo matrimonio con Fulana, prometí mejorarlo en el tercio, y quinto de mis bienes, y á ello me obligué en la escritura de capitulaciones que precedieron; y cumpliendo la obligacion que contraxe, y lo que en este caso manda la ley 22. de Toro, le mejoro en dicho tercio y quinto, para que lo haya, y herede à mas de su legítima, que debe percibir, y el tercio se sacará de los bienes que queden baxado el quinto.

Legado de cosa empeñada en poder del Testador.

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

Revocacion ad cautelam *con cláusulas derogatorias del testamento que otorga una muger.*

304 Y por el presente revoco, y anulo todos los testamentos, y demás disposiciones testamentarias que antes de ahora formalicé por escrito, de palabra, ó en otra forma, para que ninguna valga, ni haga fé judicial, ni extrajudicialmente. Y porque si

tomo estado de matrimonio, ò aunque no lo tome, puede suceder que el miedo, respeto reverencial, ò las eficaces persuasiones ò amenazas de mi marido, ù de otras personas me seduzcan, y violenten á variar de disposicion, especialmente si estoy enferma, y tal vez compelida manifestaré exteriormente que condesciendo, y quedaré privada del uso de la natural libertad de testar à mi satisfaccion, como ahora lo hago; para que esta disposicion no se frustre en todo, ni en parte, declaro que la ordeno de mi libre, y espontanea voluntad, me obligo à no revocarla en manera alguna, y mando que si falleciendo sin herederos forzosos, hiciere otra total, ò parcialmente contraria, no se entienda, ni estime revocada ésta à menos que aquella contenga en forma especifica tales palabras, (aqui expresará las que sean) y se cite en ellas este testamento, y la obligacion que incluye de no revocarlo, y no lo uno sin lo otro, pues en tal caso ha de tenerse aquella, y no ésta por mi última deliberada voluntad, ò en la via, y forma que mejor lugar haya en derecho: en cuyo testimonio asi lo digo, otorgo, y firmo ante el presente Escribano en esta Villa de &c. (a).

Cláusula de exheredacion.

305 Mediante que mi hijo Pedro con desprecio de los mandamientos divinos, y de la misma ley de la naturaleza, tuvo la osadia de poner en mí tal dia à presencia de tales personas las manos ayradas para herirme, ò matarme, y profirió contra mi honor palabras infamatorias, porque le reprehendí como padre sus vicios, amonestandole se abstuviese de ellos, y procurase vivir con el arreglo que como christiano temeroso de Dios debe tener, y que por este exêcrable exceso es indigno de titularse hijo mio, y tener parte en mis bienes, desde luego para que no quede impune, y sirva à otros de exemplo, y escarmiento, en uso de las facultades que me confieren las leyes del tit. 7. Partid. 6.

(a) En el §. 14. de este capitulo queda estendida la cláusula que revoca el testamento que contiene la anterior, por lo que omito aqui su extension, como tambien la de las substituciones, fundaciones de Vinculos, Patronatos, Aniversarios y Capellanias por via de mejora, que se pondrán en sus respectivos lugares.

le abdico, y desheredo enteramente de la legítima paterna que despues de mis dias le podia tocar; le privo, y aparto del derecho que à ella podia pretender, y quiero, y mando que por razon de alimentos, ni por otro título, ni motivo no sea admitido total, ni parcialmente à su goce, ni tenido por hijo mio, como si no hubiera nacido; protesto no nombrarlo en este testamento por mi heredero, ni legatario, sin que por esta preterícion, y desheredacion pueda anularse en tiempo alguno.

Otorgamiento de testamento cerrado, y diligencias para su apertura.

306 En la Villa de tal à tantos de tal mes, y año ante mí el Escribano, y testigos Francisco Lopez vecino de ella, y natural de &c. (*aquí se expresará su filiacion, y naturaleza como en el testamento nuncupativo*) hallandose enfermo de la enfermedad que Dios nuestro Señor se ha sido servido darle, y en su entero juicio, creyendo &c. (*aquí se pondrá la protestacion de la fé, y deprecacion, como en dicho testamento,*) dixo que tiene escrito, y ordenado su testamento en este quaderno cerrado que me entrega para este acto: que en él dexa señalado entierro, habito, y misas, y nombrado albaceas, y heredero: que quiere subsista de esta suerte el resto de su vida, y despues de muerto se abra, y publique con la solemnidad legal, y que revoca, y anula por él todos los testamentos, y demas disposiciones testamentarias que antes de ahora ha formalizado por escrito, de palabra, ó en otra manera, para que ninguna valga, ni haga fé judicial, ni extrajudicialmente: manda que solo este testamento se tenga, y observe por tal, y por su ultima deliberada voluntad, ó en la via, y forma que mas haya lugar en derecho. Asi lo otorga, y firma, à quien doy fé conozco, rogó à los testigos presenciales, que lo fueron Pedro, Juan, Diego, Alonso, Martin, Tomas y Esteban de tal, vecinos de esta Villa que firmasen tambien, y por los que expresaron no saber, que lo hiciese el referido Tomás=Francisco Lopez=fuí testigo: Pedro de tal=fuí testigo Tomás de tal=fuí testigo Antonio de tal=fuí testigo Josef de tal=fuí testigo Domingo de tal=testigo à ruego de Juan de tal: Tomás de tal=testigo à ruego de Diego de tal: Tomas de tal=ante mí Fulano de tal=

Yo Fulano de tal Escribano del Rey nuestro Señor, y del numero de esta Villa de tal presente fuí al anterior otorgamiento, y en fé de ello lo signo, y firmo=en testimonio de verdad: Fulano de tal.

Pedimento para la apertura del testamento cerrado.

307 Pedro Fernandez vecino de esta Villa ante Vm. como mas haya lugar, digo que Francisco Lopez vecino tambien de ella estando enfermo otorgó el testamento escrito que en debida forma presento, ante Fulano Escribano de este numero en el dia tantos de tal mes, y baxo de él falleció hoy á las siete de la mañana poco mas, ò menos, y respecto tener entendido que me dexó por su testamentario, (*ò lo que sea*;) para que se cumpla lo que en él dispuso = Á Vm. suplico que habiendolo por presentado, se sirva mandar se abra, y publique con la solemnidad legal, y que reduciendolo à escritura pública, se den à los interesados los traslados y testimonios que pidan, y les competan, interponiendo à ello para su mayor validacion la judicial autoridad quanto há lugar en derecho, pues asi procede de justicia que pido, juro no pedirlo de malicia, y para ello &c.

Auto.

308 Por presentado el testamento que se refiere: hagase la justificacion que se pretende con los testigos instrumentales, à cuyo fin comparezcan en este Juzgado, y evacuado en la parte que baste, se traiga todo para proveer. El Señor Don Fulano, Corregidor de esta Villa de tal lo mandó en ella à tantos de tal mes, y año, &c.

Informacion.

PRIMER TESTIGO.

309 En tal Villa à tantos de tal mes y año, Pedro Fernandez contenido en el pedimento, y auto anteriores, cumpliendo con lo que por éste le está mandado, presentó por testigo à Fulano vecino de ella, de quien por ante mí el Señor Don Fulano, Corregidor

de esta Villa recibió juramento por Dios nuestro Señor, y una señal de cruz en forma de derecho, y baxo de él prometió decir verdad, y lo que supiere sobre lo que fuere preguntado, y siendolo por el referido Señor Corregidor al tenor del pedimento citado, y habiendole manifestado el testamento, y quaderno presentado: Dixo es cierto que Francisco Lopez vecino que fué de esta Villa, estando enfermo, y al parecer con pleno uso de sus potencias, y sentidos, otorgó en tal dia su testamento cerrado ante Fulano Escribano de este número, cuyo acto presenció el declarante como testigo llamado, y rogado con los demás que en él constan, y à vista de todos expresó con palabras claras, y perceptibles que lo que dentro de dicho quaderno, ò volumen cerrado estaba escrito, era su testamento, y última voluntad: que en él dexaba elegido habito, entierro, y misas, y nombrado albaceas, y heredero: que no queria se abriese hasta que falleciese, y que entonces procediese para ello la solemnidad prescripta por derecho; y asimismo que por él revocaba todos los testamentos, y demás disposiciones testamentarias que antes hubiese formalizado, segun del otorgamiento consta. Todo lo qual expresó ante el declarante, y demas testigos instrumentales, que à un propio tiempo lo oyeron de su boca, porque estaban juntos en la pieza en que se hallaba enfermo, lo vieron, y concurrieron à dicho acto, y el declarante firmó como testigo con el Testador, y otros que supieron, cuya firma, que dice, *Fulano de tal*, es suya propia, la que acostumbra hacer, y por tal la reconoce, como tambien el quaderno, que está del mismo modo que quando firmó, y por los que dixeron no saber firmó Fulano, y todos encima de la cubierta del mencionado quadernò, é igualmente dixo que el otorgante falleció en este dia de la enfermedad que padecia, por haberlo visto cadaver, (ú oidolo decir), y no le consta haya otorgado posteriormente otro testamento de palabra, ni por escrito. Que es lo que sabe, y puede declarar, y todo la verdad baxo de dicho juramento, en que se afirma, ratifica, y lo firma con el Señor Corregidor, y expresa tener tantos años de edad, de que doy fé = Don Fulano = Fulano = Ante mí Fulano.

Nota. Las deposiciones de los demas testigos (que à lo menos han de ser quatro), irán contextes con la precedente, mudando lo conveniente, y preciso en quanto à las firmas, pues si el Testador, ò algunos de los testigos, que se exâminaren, no firma-

ron, dirá quien firmó por ellos. Si el Juez dá comision al Escribano para que las reciba, se pondrá en el auto, y omitirá en ellas su concurrencia, bien que debe concurrir à todo, como dexo espuesto en su lugar. Y si se quiere omitir algo del contexto del otorgamiento, se puede hacer, remitiendose à lo que de él consta, para que las declaraciones se despachen con mas brevedad, y luego corresponde el auto siguiente.

Auto.

310 Por lo que resulta de la informacion anterior, y mediante estár sin la mas leve sospecha de rotura, ni otra el testamento presentado, se abra, y por el presente Escribano publique en forma, y hecho, se proveerá á lo demas pretendido: el Señor Don Fulano Corregidor de esta Villa de tal lo mandó &c.

Diligencia de apertura.

311 Incontinenti el expresado Señor Corregidor quitó á mi presencia, y de los testigos exâminados el sello, (*lacre, oblea, ò lo que sea*) con que estaba cerrado el citado quaderno y testamento, y lo abrió, y leyó para sí tácitamente, y luego me lo entregó, à fin de que lo publique, el qual tiene tantas hojas utiles escritas en papel comun, (*ò sellado segun sea*) y al pie una firma que dice: *Francisco Lopez*, (si no está firmado, se dirá: *y está sin firmar*) y su literal tenor es el siguiente, de que doy fé = Fulano de tal.

Nota. Aqui se ha de insertar el testamento quando se saque copia de él; previniendo que primero se copian el pedimento, informacion, autos anteriores, y diligencia de apertura por órden, despues el testamento, luego su otorgamiento, y lo último el auto que se sigue.

Auto.

312 En tal Villa à tantos de tal mes, y año el Señor D. Fulano Corregidor de ella habiendo visto estos autos, dixo que reduce à escritura publica, y declara por testamento, y ultima voluntad de Francisco Lopez todo lo que en tantas hoias que contiene, y rubriqué, esta escrito; manda que se protocolice en los re-

gistros del presente Escribano, y traslade conforme à la ley, y que de él, y de estos autos se dén á los interesados las copias, y testimonios que pidieren, y les pertenecieren, pues para la mayor subsistencia, y validacion de todo interpone su autoridad en legal forma, y lo firma, de que doy fé. = D. Fulano. = Ante mí. = Fulano.

Nota. Si está escrito en papel sellado, se omitirá en el auto el precepto de que se traslade conforme à la ley, porque no es necesario. Algunos ponen baxo de un contexto la diligencia de apertura, y auto último sin separacion. Cada uno ajustese à lo que mejor le parezca, pues surte el propio efecto, y nada se varía en la substancia.

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

PEDIMENTO.

313 Francisco Perez, vecino de esta Villa, ante V. como mas haya lugar digo que Antonio Lopez, de la misma vecindad, hallandose en tal dia muy gravado de la enfermedad que padecia, pero en su juicio natural: y considerando que segun la crítica situacion en que estaba constituido, moriria *ab intestato*, por evitar que esto sucediese, mediante no haber Escribano en esta Villa, (ò *por el motivo que haya*) dió órden à un criado suyo para que llamase cinco testigos, todos vecinos de ella, que fueron Pedro, Sancho, Diego, Martin, y Juan de tal; y à su presencia precedida la protestacion de la fé, les dixo que se contemplaba mortal, y que por si Dios fuese servido llamarle à juicio, queria se enterrase su cadaver en su Iglesia Parroquial: que por su alma se celebrase el dia de su entierro siendo hora, y si no, en el siguiente, Misa cantada de cuerpo presente con Diacono, Subdiacono, Vigilia, y Responso, y tantas rezadas, su limosna à tanto: (*aquí se expresará lo demás que hubiere dispuesto*,) nombró por sus testamentarios à Lorenzo, y Josef de tal, y à cada uno *in solidum* para que evaquasen su voluntad dentro, ò fuera del término legal: me instituyó por unico, y universal heredero de sus bienes: revocó, y anuló todas las disposiciones testamentarias, que anteriormente tuviese hechas: y pidió à los testigos referidos

que lo fuesen de como todo lo expuesto queria se estimase, y cumpliese, por su testamento nuncupativo, y última deliberada voluntad, ò en la via, y forma que mejor lugar hubiese en derecho, y que asi lo declarasen en juicio, si sobre ello fuesen preguntados; y mediante haber fallecido hoy baxo de esta disposicion, para que tenga efecto=Á V. suplico se sirva mandar que al tenor de este pedimento se exâminen conforme à la ley todos los testigos nominados, y constando la certeza de su contexto, declarar sus deposiciones, por testamento nuncupativo, y ultima voluntad del prenotado Antonio Lopez, y asimismo providenciar que se protocolicen en los registros del presente Escribano, y dén à los interesados los traslados, y testimonios que pidieren, y fueren de dár, interponiendo à todo para su mayor validacion, y firmeza la judicial autoridad quanto ha lugar en derecho, pues así procede de justicia que pido, juro lo necesario, y para ello &c.

Auto.

314 Recibase à esta parte la informacion que ofrece por ante el presente Escribano, à quien para ello se dá comision en forma, y evacuada se traiga para proveer lo que haya lugar sobre lo que se pretende: el Señor Don Fulano, Corregidor de esta Villa de tal, lo mandó, y firmó à tantos, &c.

Informacion.

TESTIGO PRIMERO.

315 En tal Villa à tantos de tal mes, y año ante mí el Escribano Francisco Perez, vecino de ella, presentó por testigo para la informacion que tiene ofrecida, y le está mandada dar, à Pedro de tal vecino tambien de ella, de quien en virtud de la comision que en el auto precedente me está conferida, recibí juramento por Dios nuestro Señor, y una señal de cruz en forma de derecho, y baxo de él prometió decir verdad, y lo que supiere sobre lo que fuere preguntado, y siendolo por mí al tenor del pedimento que la motiva, dixo: que en tal dia à tal hora poco mas ò menos fué à la casa de Antonio Lopez difunto en consequencia de recado que le envió con un criado suyo, y à su presencia, y

de Sancho, Diego Martin, y Juan de tal todos vecinos igualmente de esta Villa, expresó que hallandose gravemente enfermo, y no queriendo morir intestado los llamaba para que fuesen testigos de su disposicion, y ultima voluntad; y con efecto empezó à decir que creia, y confesaba todos los Misterios, y Sacramentos de nuestra Santa Madre la Iglesia Católica Apostólica Romana, en cuya fé, y creencia habia vivido, vivia, y protestaba vivir, y morir como Católico fiel Christiano: que queria se enterrase su cadaver en su Parroquia à tal hora con tal fúnebre aparato, y acompañamiento, y se le amortajase con tal habito: que el dia de su entierro se celebrase por su alma misa cantada de cuerpo presente con Diacono, Subdiacono, Vigilia, y Responso, y tantas rezadas su limosna à tanto: (*aqui se pondrá lo demás que hubiere declarado, y mandado*) que nombraba por sus testamentarios à Lorenzo, y Josef, de tal, y à cada uno *in solidum*, y les daba amplio poder, y facultad para cumplir todo lo que dexaba ordenado, y para ello les prorrogaba el término que necesitasen: que instituia por unico heredero de todos sus bienes à dicho Francisco Perez, y que revocaba todos los testamentos, y demás disposiciones testamentarias que antes hubiese formalizado por escrito, de palabra, ò en otra forma, para que ninguna valiese, ni hiciese fé judicial, ni extrajudicialmente, excepto la que à presencia del declarante, y demás testigos expresados manifestó verbalmente, y dexa referida, la qual quiso se estimase y observase como su testamento, y última deliberada voluntad, ò en la mejor via y forma que hubiese lugar en derecho: todo lo qual expresó clara, y distintamente à los mencionados testigos à un propio tiempo, estando al parecer con pleno uso de su juicio, aunque enfermo, y les previno lo tuviesen presente, y declarasen, si en juicio fuesen preguntados; y sabe el declarante que el referido Testador falleció baxo de esta disposicion, porque oyó decir que no habia otorgado posteriormente otra. Que es lo que pasó en aquel acto, puede declarar, y todo la verdad baxo del juramento que dexa hecho, en que se afirma, ratifica, y lo firma, y dixo ser de tantos años de edad poco mas, ò menos, y que no es pariente de la parte que le presentó, doy fé = Fulano = Ante mí = Fulano.

Nota. Las declaraciones de los demás testigos han de ser arregladas, y conformes à ésta en todo, menos en quanto à las fir-

mas y edad, que variarán segun sea, y sepa el testigo, y luego corresponde el siguiente.

Auto.

316 En tal Villa à tantos de tal mes y año el Señor Don Fulano Corregidor de ella habiendo visto estos autos, dixo que mediante resultar por las contextes declaraciones de los cinco testigos instrumentales exâminados la disposicion baxo de que falleció Antonio Lopez vecino que fué de esta Villa, debia declarar y declaraba todo quanto está expresado en ellas por su testamento nuncupativo, y última deliberada voluntad; y en su conseqüencia mandó que como tal se observe, y cumpla íntegra è inviolablemente: que estos autos se protocolicen en los registros de escrituras publicas del presente Escribano, à que reduce dichas deposiciones: que por tal se estimen y tengan: y que de todo se dén à los interesados los traslados y testimonios que pidieren, y fueren de dar, de manera que hagan fé, pues para su mayor validacion interpone la autoridad de su oficio quanto puede, y há lugar en derecho, y lo firma, de que doy fé = Don Fulano. = Ante mí. = Fulano.

Nota. Si el testamento fuere dispuesto en cédula ante testigos, se practicará lo que dexo prevenido en el §. XXI. y respecto de que con ello, y con las diligencias estendidas puede el Escribano instruirse radicalmente de todo, omito su ordenacion, por evitar prolixidad nada necesaria. Tendrá cuidado de expresar si los testigos de estos dos testamentos son, ò no parientes del heredero, y si lo son, en qué grado, pues dentro del quarto civil les está prohibido serlo, como dexo expuesto en el §. I., y por esta razon puede viciarse el testamento, lo que no podrán decir en el otorgamiento, y apertura del cerrado, porque ignoran quién es el heredero, y por eso no lo puse como en el de palabra. Asimismo que el Notario meramente Eclesiastico no puede como tal autorizar testamentos, ni escritura pública entre legos, y si los autoriza, son nulos; (1) pero se pueden revalidar los testamentos hechos ante él, practicando las diligencias que con los referidos en esta nota, acerca de lo qual vease à *Flores de Mena Var. quæst. 1. num 13. al 18.* y à los que cita.

(1) Ley 19. tit. 25. lib. 4. Recop.

Codicilo abierto.

317 En tal parte à tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Francisco Lopez vecino de ella dixo, que en tal dia de tal mes y año otorgó su testamento ante Fulano Escribano Real, del qual ha deliberado quitar, y enmendar algunas cosas, y añadir otras, y poniendolo en execucion, por via de codicilo, ó en la forma que mas haya lugar en derecho ordena, declara, y manda lo siguiente.

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

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

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

Declara que despues de haber otorgado dicho testamento contraxo matrimonio Fulano su hijo, y que le dió tanta cantidad en cuenta de su legitima: manda que la traiga à colacion, y particion, y lo mejora en el tercio de todos sus bienes, cuya deduccion se ha de hacer despues de sacado el quinto.

Nota. Asi proseguirá con lo demás que quiera disponer, no excediendo de las facultades que el derecho le concede, y luego proseguirá en la siguiente forma.

Todo lo qual quiere que valga en la via, y forma que mejor lugar haya en derecho, y manda se guarde, cumpla, y execute inviolablemente; y revoca, y anula dicho testamento en todo lo que fuere contrario à este codicilo, y en lo que sea conforme con él, y en todo lo demás lo aprueba, ratifica, y dexa en su fuerza, y vigor para que se estime por su última deliberada voluntad, y con ningun motivo ni pretexto se contravenga. Asi lo otorga, y firma, à quien doy fé conozco, siendo testigos, &c. (a).

Otra. Si el Testador no tuviere hecho testamento, no se men-

(a) Han de ser los mismos en número, sexô, y edad que para el testamento nuncupativo.

cionará en el codicilo, y se omitirá en el pie de éste la cláusula de su revocacion y aprobacion que contiene. Si quisiere nombrar heredero en él, no se detenga el Escribano en ponerlo, pues aunque es verdad que el Testador no puede hacerlo, si lo hiciere, no se estimará por codicilo sin embargo de que se llame asi, sino por testamento, como dexo expuesto; y el que instituya, llevará la herencia, respecto no tenerlo hecho antes. Pero que lo tenga, ò no otorgado, podrá poner en él (si quisiere) la protestacion de la fé, naturaleza, y filiacion del Testador, como tambien en el cerrado, y la cláusula codicilar en ambos.

Otorgamiento de codicilo cerrado.

318 En tal parte à tantos de tal mes y año Francisco Lopez vecino de ella estando enfermo, (*ó sano*) y en su entero juicio, &c. dixo: que en tal dia, mes, y año otorgó su testamento ante Fulano Escribano, y por haber reflexionado con maduréz lo que en él tiene dispuesto, ha revocado, quitado, y enmendado algunas cosas, y añadido otras por el codicilo cerrado que expresa estár dentro de este quaderno, y me entrega, y por tal lo otorga: y quiere, y manda que despues que fallezca, y no antes, se abra y publique con la solemnidad por derecho prescripta, y que su contesto valga, y se cumpla, y execute sin tergiversacion como su última deliberada voluntad, ò en la mejor forma que haya lugar en derecho, pues en lo que fuere opuesto el citado testamento, lo revoca, y anula, y en todo lo demás lo ratifica, y dexa en su fuerza, y vigor: y revoca asimismo todos los codicilos que antes de ahora haya formalizado, para que ninguno valga judicial, ni extrajudicialmente. Asi lo otorga, y firma, á quien yo el Escribano doy fé conozco, siendo testigos &c.

Nota. En el otorgamiento del codicilo cerrado han de intervenir cinco testigos vecinos, pudiendo ser habidos, como queda expuesto, y firmar encima del quaderno como en el testamento escrito; pues aunque la ley no lo previene, ni manda, versa igual razon, y debe obrar la misma disposicion legal, por ser instrumento de la propia naturaleza, por lo que requiere su apertura identica solemnidad sin diferencia. En quanto à la protestacion, revocacion del testamento, quando no lo hizo antes, y otras cosas, vease la nota precedente.

Poder para testar.

319 En tal Villa à tantos de tal mes, y año ante mí el Escribano, y testigos Francisco Lopez vecino de ella &c. (*aquí se pondrá la naturaleza, y filiacion del Testador, y protestacion de la fé, è imploracion del Divino auxílio como en el testamento nuncupativo, y luego proseguirá*:) dixo que por quanto sus graves ocupaciones y otros motivos no le permiten disponer con la claridad, madurez, y reflexion que desea, y se requiere, las cosas concernientes à su última voluntad, y tiene suma satisfaccion, y confianza de que Juan Rodriguez vecino tambien de esta Villa, su íntimo amigo, las desempeñará con el acierto, prontitud y eficacia correspondiente, por haberselas comunicado, y estár bien cerciorado de ellas: Por tanto estando como por la infinita misericordia de Dios está bueno, y en su entero juicio, temeroso de la muerte, deuda tan precisa à todo viviente humano como incierta su hora, para que quando llegue, no le halle desprevenido de disposicion testamentaria, en la mejor forma que haya lugar en derecho=Otorga, y confiere al citado Juan Rodriguez tan amplio, firme, y eficaz poder como es necesario, para que en su nombre, y representando su persona, formalice, y ordene dentro ò fuera del término legal su testamento, y última voluntad, ò declaracion, ò disposicion de pobre segun el caudal que dexe, haciendo en él los legados pios, forzosos, y graciosos que le pareciere, y las fundaciones de Vínculos del tercio, y quinto, ò qualquiera de ellos por via de mejora en qualquiera de sus hijos varones con las sumisiones, substituciones, y gravamen de restitucion, y fideicomiso en el tercio, que prescribe la *ley 27. de Toro*; señalando el importe de la mejora en los bienes raices que dexare; substituyendo à sus hijos pupilos, dandoles por substitutos à sus hermanos, ò qualquiera de ellos, nombrando por su tutor à Pedro, Diego, ò Antonio de tal; y haciendo asimismo las declaraciones, remisiones de deudas, descargos de su conciencia, y demás cosas que el otorgante le tiene comunicado, y comunicará en lo succesivo, ò declarando haber muerto pobre, sino dexase bienes de que testar; pues aprueba todo lo que con arreglo à las referidas facultades practicáre, y quiere tenga la misma validacion, y subsistencia que si aqui fuera literalmente expresado,

y que por tal se estime ; para lo qual , le dá el mas absoluto , y eficaz poder con todas las firmezas y amplitudes convenientes que legalmente se requieren , con libre , franca , y general administracion ; y para ello, otorgar su testamento , ù otra disposicion , y evacuar enteramente todo lo que disponga , ordene , y declare en virtud de este poder , le proroga el término que el derecho prefine , por el que necesite sin limitacion , y solo reserva en sí lo siguiente.

Nota. Aqui se pondrá su entierro , Misas , y otras cosas si quisiere , y elegirá mas testamentarios , y si lo dexa todo à eleccion del comisario , omitirá la cláusula de reservacion , pero la siguiente es precisa , por estár prohibido al comisario instituir heredero , y consignar la mejora , y al Testador cometerle su consignacion.

Y en el remanente de todos sus bienes muebles , raices , derechos , y acciones instituye por sus universales herederos à Francisco , Diego , Juan , Maria , Michaela , y Antonia Lopez sus seis hijos legítimos , y de Ignacia Fernandez su muger , y à los demas descendientes de legítimo matrimonio que tuviere al tiempo de su muerte , y por su órden , y grado deben heredarle, para que los hayan con arreglo à lo que mandan las leyes de estos Reynos segun su representacion con la bendicion de Dios , y la suya ; previniendo que el quinto no ha de exceder de la legítima que à cada uno toque , y que si todos sus tres hijos varones , ò alguno de ellos hubieren muerto al tiempo de otorgar el testamento , no ha de haber mejora alguna en sus nietos , ni en otro descendiente de estos, pues en este caso la revoca en quanto à ellos.

Y por el presente revoca , y anula todos los testamentos , poderes para testar , y demás disposiciones testamentarias, que antes de ahora ha otorgado por escrito , de palabra , ò en otra forma, para que ninguna valga , ni haga fé judicial ni extrajudicialmente , excepto este poder , y testamento , ù otra disposicion que en su virtud se ordene , que quiere , y manda se tengan , y cumplan por su última deliberada voluntad , ò en la mejor forma que haya lugar en derecho. Asi lo otorga , y firma à quien doy fé conozco, siendo testigos Fulano, Fulano , Fulano , Fulano , y Fulano vecinos de esta Villa.

Testamento en virtud de poder.

320 En tal parte à tantos de tal mes, y año, ante mí el Escribano, y testigos Pedro Fernandez vecino de ella, en nombre de Francisco Lopez difunto, y en virtud del poder para testar que le confirió en ella á tantos de tal mes, y año ante Fulano Escribano Real, cuya copia original me entrega para documentar este testamento, è incorporarla en sus traslados, y su literal tenor es el siguiente.

Aqui la copia del Poder.

Concuerda el poder inserto con el que está en el protocolo de este testamento, de que doy fé, y asegurando el otorgante como asegura, y declara no estarle revocado, suspenso, ni limitado, que lo tiene aceptado, y por el uso de sus facultades aceptandolo nuevamente, dixo que el mencionado Francisco Lopez falleció en tal dia baxo del poder inserto, y en cumplimiento de lo que en él dexó ordenado, y le comunicó, se hizo en el siguiente su entierro en público, al qual asistieron el número completo de Sacerdotes de su Parroquia en la que fué sepultado su cadaver, veinte Religiosos de San Francisco, otros tantos de tal Religion, tantos Pobres del Real Hospicio de San Fernando, y tantos Niños de la Doctrina: se celebró por su alma misa cantada de cuerpo presente con Diacono, Subdiacono, Vigilia, y Responso, y por todo se pagaron los correspondientes derechos.

Quiso, y encargó el otorgante que se dixesen por su alma, è intencion tantas misas rezadas, su limosna à tres reales de vellon, y el otorgante cumpliendo con su encargo, declara haber mandado celebrar tantas, y quiere que las restantes se digan en la Parroquia, à la qual como quarta parte de todas tocan, pues ésta fué la voluntad del difunto.

Quiso igualmente que para la conservacion de los Santos Lugares de Jerusalen, Redencion de Christianos cautivos, y demás mandas forzosas se diesen tantos reales de vellon, por una vez, y otros tantos à los Reales Hospitales de esta Corte; y el otorgante en observancia de su voluntad, manda que se les entre-

guen, y con ellos los aparta del derecho que podian pretender á sus bienes.

Por el preinserto poder mandó que si se encontraba una memoria firmada de su puño, ò escrita de él, aunque no estuviese firmada, que contuviese cosas concernientes à su última voluntad, se tuviese por parte de este testamento, se protocolizase con él, y se observase integramente su contexto; y el otorgante declara que sin embargo de haber registrado, y reconocido exâctamente sus papeles, no la halló, ni tiene noticia de que la haya dexado.

Dió facultad al otorgante por el referido poder para mejorar à qualquiera de sus hijos en el tercio, y remanente del quinto de sus bienes, y en uso de ella, y en virtud de lo que le comunicó, mejora en ellos à Josefa Lopez su hija de edad de seis años, para que respecto no estár criada, le sirva su importe de ayuda à su crianza, y quando llegue el caso, para tomar estado, con la condicion de que el quinto se ha de deducir primero que el tercio con arreglo à la ley 214. del Estilo: agregarse su residuo si lo hubiere, al resto de la herencia, y de éste sacarse el tercio, y no en otros términos, pues ésta fué la voluntad de su padre; y mediante no haberle consignado bienes para la mejora, y carecer el otorgante de potestad para hacer su consignacion, lo omite.

Igualmente se la dió para elegir tutores de sus hijos menores con relevacion de fianzas, ò como le pareciese; y usando de ella, nombra por tutora, y curadora *ad bona* de la prenotada Josefa Lopez á Maria Rubio su madre relevada de aquellas, para que la eduque, y cuide de la conservacion de sus bienes, y en caso de que se vuelva à casar, ò muera antes que la expresada su hija llegue à la pubertad, nombra por su tutor à Juan Fernandez su tio vecino de esta Villa, y por su previo fallecimiento à Roque Rodriguez persona de integridad, y abono, y de la propia vecindad, con la calidad de que éstos han de afianzar á satisfaccion de la Justicia; y suplica, y encarga à los Señores Jueces ante quienes se presente testimonio de esta cláusula, aprueben, y confirmen esta eleccion, y en su conseqüencia los hayan por nombrados, y les disciernan su encargo en la forma enunciada, pues el Testador asi lo quiso, y comunicó al otorgante, el qual lo declara para que conste, y se observe inviolablemente su voluntad; y en quanto à los demás hijos menores mediante no ser pupilos, ni deber darseles tutor testamentario por tener facultad

de elegirlo por sí mismo, ni tampoco haberle comunicado el Testador cosa alguna sobre ello, omite la eleccion.

De esta suerte irá estendiendo el Escribano las demás cláusulas hasta la conclusion del testamento, arreglandose el comisario al poder, y à lo que el derecho permite al Testador en lo que le haya comunicado; y si no se hiciere algo de lo contenido en el poder, expresará el motivo.

Declaracion de pobre.

321 En el nombre de Dios Todo-poderoso. Amen. En tal Villa à tantos de tal mes, y año ante mí el Escribano, y testigos Juan Perez vecino de ella (*aqui se pondrá la naturaleza, filiacion, protestacion de la fé, è invocacion del patrocinio de los Santos como en el testamento; y luego proseguirá en esta forma:*) Declara que por la calamidad, è injuria de los tiempos se halla muy pobre, por lo que suplica al Señor Cura propio de tal Parroquia, de donde actualmente es Parroquiano, ò à el de donde lo sea al tiempo de su muerte, lo mande enterrar de limosna, y haga por su alma todo el bien que pueda, pues asi lo espera de su christiana piedad.

Nota. Aqui podrá el Testador hacer mandas, mejoras, y todo lo demás que en el testamento, disponiendo, y hablando de los bienes que pueda adquirir, por si llega à tenerlos, y luego la cláusula de heredero en la forma siguiente, y à su continuacion la regular de revocacion de otras disposiciones testamentarias anteriores.

Y por si en algun tiempo adquiriese, y le tocaren algunos bienes muebles, raices, derechos, y acciones por qualquier titulo, causa, ò razon, instituye por sus universales herederos à Pedro y Josefa Perez sus hijos legítimos, y de Maria Hernandez su muger y à los demás descendientes de legítimo matrimonio que deban heredarle, para que los perciban por su órden, y grado, segun su representacion en la forma prescripta por derecho Real con la bendicion de Dios, y la suya.

Aceptacion de herencia.

322 En tal Villa à tantos de tal mes, y año ante mí el Escribano, y testigos Francisco Lopez vecino de ella dixo ha llegado à su noticia que Juan Lopez su padre falleció en tal parte, tal dia, y dexó algunos bienes, y deudas; y respecto ignorar à quanto ascienden, para que en este caso no sea perjudicado, ni esté obligado à mas de lo que importe la herencia, en la via y forma que mejor lugar haya en derecho: = Otorga que acepta con beneficio de inventario, y no en otros términos la herencia, y bienes de su difunto padre, y en su conseqüencia pide al Señor Corregidor de la referida Villa la haya por aceptada, y mande à los coherederos hagan inventario formal, y tasacion de sus bienes sin ocultacion; y que à este fin elijan los tasadores prácticos, é inteligentes que les pareciere, pues el otorgante se conforma desde ahora con ellos, y se obliga à estár, y pasar por la que hicieren, sin impugnacion; y practicada que sea, protesta pedir en su vista lo que le convenga, y à ello quiere ser compelido por todo rigor de derecho, para lo qual dá ámplio poder al citado Señor Corregidor, lo recibe por sentencia difinitiva pasada en autoridad de cosa juzgada, &c.

Repudiacion de herencia.

323 En tal parte à tantos de tal mes, y año ante mí el Escribano, y testigos Francisco Lopez vecino de ella dixo que Juan Lopez su hermano falleció en tal dia baxo del testamento que habia otorgado en tantos de tal mes, y año ante N. Escribano, en que le instituyó por uno de sus herederos en atencion à no tenerlos forzosos; y mediante no convenirle la adiccion de su herencia, para que ninguno de sus acreedores tenga que intervenir, ni mezclarse con él en cosa alguna, y evitar los gastos que se le puedan ocasionar, en la via, y forma que mejor lugar haya en derecho, cerciorado del que le compete: = Otorga que no quiere ser heredero del expresado su hermano, y por lo mismo repudia enteramente la herencia que por su muerte le puede tocar; se desiste, quita, y aparta del derecho que en virtud de su testamento tiene à ella, y lo cede, renuncia y traspasa en los otros

coherederos, à quienes de la que sea en mucha, ò poca suma, hace gracia, y donacion pura, perfecta, è irrevocable entre vivos, con las seguridades necesarias, y confiere ámplio poder para que sin su intervencion formalicen, y hagan inventario, tasacion y particion del sobrante de sus bienes, deducidas deudas, del mismo modo que si el otorgante hubiera fallecido antes, ò no hubiera sido instituido, pues por tal quiere se le estime; que se apoderen, y dispongan de ellos como de cosa suya adquirida con legítimo, y justo titulo, y que tomen y aprehendan la real tenencia, y posesion que por virtud de este instrumento, y testamento citado les compete: y se obliga à no revocar, ni reclamar total, ni parcialmente esta renuncia, y si lo hiciere à mas de no ser oido, ni admitido judicial, ni extrajudicialmente, sea condenado por el mismo caso en costas, y visto haberla aprobado, y ratificado, añadiendo, fuerza à fuerza, y contrato à contrato dá ámplio poder à los Señores Jueces de esta Villa para que le compelan à su cumplimiento como por sentencia difinitiva pasada en autoridad de cosa juzgada, y consentida, &c.

Nota. Si el que repudia la herencia es hijo ù otro descendiente legítimo del Testador, mediante concederle la ley final del tit. 6. Part. 6. tres años, aunque sea mayor de 25, para recuperarla despues de repudiada, para que quede privado de esta accion, la renunciará con especificacion, y jurará no reclamar la renuncia, y de esta suerte no tendrán recelo los coherederos de que intentará su recóbro, bien que si dexa hijos, y muere antes que su padre, aunque la renuncia sea con juramento, y se contente con lo que su padre le dió, no estarán obligados sus hijos à pasar por ella, y asi solo lo serán à traer à colacion, y particion con sus tios lo que su padre recibió, y llegó à poder de ellos, y si algo mas les tocaba, lo llevaran por consideracion de sí mismo, porque son herederos forzosos de sus abuelos, en cuyo derecho por ser propio, privativo, y personalisimo suyo, no pudo su padre perjudicarles como afirman los AA., y se practica.

Licencia para testar.

324 En tal Villa à tantos de tal mes, y año, ante mí el Escribano, y testigos Francisco Lopez vecino de ella dixo que Fer-

nando Lopez su hijo legítimo le ha suplicado que mediante ser el otorgante su heredero forzoso *ex testamento*, *y ab intestato*, en caso de no dexar sucesion legítima, ò natural, no necesitar sus bienes para mantenerse, y no permitirle la ley sexta de Toro disponer de mas que del tercio de ellos en perjuicio de sus ascendientes sin su licencia, le conceda facultad para dexarlos todos à la persona que le parezca; y el otorgante en atencion al mucho amor, y cariño que profesa al citado su hijo, y à tener caudal suficiente para su decente manutencion, y por otros justos motivos que le impelen, ha deliberado condescender con su súplica; y para que tenga efecto, en la mejor forma que por derecho haya lugar, de su libre, y espontanea voluntad: = Otorga, y concede ámplia licencia, y facultad al expresado Fernando Lopez su hijo, para que disponga libre, y enteramente por testamento, codicilo, cesion, donacion, ò en otro qualquier instrumento *inter vivos y causa mortis* de todos los bienes muebles, raices, efectos, derechos, y acciones que ha heredado de su madre, abuelos paternos, y maternos, tios y otros parientes, y extraños, y adquiriere desde hoy en adelante, y puedan recaer en él por última disposicion, *ab intestato*, donacion, ù otro contrato lucrativo, ù oneroso por causa de presente, y de futuro sin restriccion, à favor de la persona, ò personas, que le pareciere, exheredando, y excluyendo al otorgante de su sucesion en uno, ò mas testamentos, y contratos, y usando de ellos, y repartiendolos à su eleccion del mismo modo que si no tuviera ascendiente alguno, pues el otorgante quiere que para este caso se le tenga por muerto; y en este concepto desde ahora se desiste, quita, y aparta enteramente, y à los demas sus descendientes, del derecho que à dichos bienes tiene, y puede adquirir, y pretender, excepto que su hijo muera intestado, y lo cede, renuncia, y traspasa para siempre à favor de la tal persona, ò personas, à las que constituye dueñas absolutas de todos, y como tales las confiere poder irrevocable con libre, franca, y general administracion para que tomen, y aprehendan de ellos la posesion que en virtud de la última disposicion, ò contrato que el nominado su hijo formalizáre, les corresponda, y los gocen, vendan, cambien, enagenen, y hagan de ellos lo que quisieren, como de cosa suya propia adquirida con legítimo, y justo título, sin intervencion del otorgante, el qual à mayor abundamiento desde aho-

ra para quando llegue el caso las hace de ellos gracia, y donacion pura, perfecta, è irrevocable con insinuacion, y todo lo demas que sea necesario para su validacion, y firmeza: las constituye Procuradoras actoras en su misma causa, y negocio: las pone en su lugar, grado, y prelacion con subrogacion en forma: y jura por Dios nuestro Señor, y una Cruz tal como esta ✠, que no revocará total, ni parcialmente, ni reclamará esta licencia, poder, y renuncia con pretexto de ser contrato celebrado entre padre, è hijo, ni de tener mas descendientes, ni de ser leso, y quedar privado, y excluido de los bienes que de dicho su hijo podia heredar, ni con otro alguno, ni los contratos, y últimas disposiciones que en su conseqüencia se formalicen, aunque en ellos no se mencione, ni inserte, y por legales estatutos le sea permitido, mediante no necesitar los bienes de su hijo para su manutencion como queda expuesto; y si lo hiciere, à mas de no ser oido, ni admitido judicial, ni extrajudicialmente, sea visto por el propio hecho haberla aprobado, y formalizado con mayores vínculos, y firmezas, y añadiendo fuerza à fuerza, y contrato à contrato; è igualmente jura que de este juramento no tiene pedido, ni pedirá absolucion, ni relajacion à quien pueda concedersela, y aunque de *motu propio* se le conceda, no usará de ella pena de perjuro, y de incurrir en infamia, y demas impuestas por derecho à los infractores de los juramentos solemnes, y que no tiene hecho juramento de no hacer renuncias, cesiones, ni donaciones, ni conceder licencias para testar, ni protesta ni reclamacion contra ésta, ni la hará; y si pareciere, la revoca, y anula, y hace un juramento mas que relajaciones se le puedan conceder, para la mayor validacion, y subsistencia de este instrumento, y de los que en su virtud se otorguen, à cuya firmeza obliga sus bienes muebles, raices, derechos y acciones, &c.

Nota. Los padres, y demas ascendientes no solo pueden conceder la licencia para testar à sus descendientes legítimos por escritura como la anterior, sino en el propio testamento, ò poder para testar que otorguen, aprobandolos, firmandolos, obligandose á no reclamarlos, ni la licencia, y poniendo las demas clausulas concernientes en los propios instrumentos, pues no basta que el Escribano, ò los otorgantes digan que se la conceden, antes bien es preciso que los mismos ascendientes lo digan, y juren no revocarla, y lo firmen si saben, ò un testigo por ellos como

si la dieran por escritura separada, lo que tendrá presente el Escribano para evitar dudas, y pleitos.

Nota. Los protocolos de los testamentos, y codicilos abiertos, y demás disposiciones testamentarias se han de estender en papel del sello quarto mayor, y siendo cerrados, pueden escribirse en el comun, con tal que despues de abiertos saque el Escribano ante quien se publiquen, copia íntegra en papel de dicho sello, y la ponga autorizada en el protocolo, (lo qual no es necesario, si lo están en él) y las copias de todos deben sacarse en el del sello tercero; pero si contienen fundacion de Vinculo, Mayorazgo, Memoria perpetua, Capellania, Aniversario, ò mejora de tercio, ò quinto, ò de ambos, se han de dar en el del sello primero; previniendo que no se deben llamar mejora el tercio, ni quinto, quando el Testador los dexa al que no instituye por su heredero, por no tocarle serlo, aunque sea su descendiente, sino solo dexandolos à uno de los herederos, ya sean legítimos, ò estraños, porque en este caso se verifica ser mejorado en la herencia, y en el otro ser mero legatario; por lo que quando son mejora, corresponde à las copias el sello primero, y quando legado, el tercero, y en el intermedio papel comun, lo que tendrá presente el Escribano, pues muchos ignorantes no distinguen, y lo confunden todo. Las copias de los poderes para testar requieren papel del sello segundo, porque las de todos excepto de el que es para pleitos, deben darse en él. Las declaraciones de pobres que mueren en el Hospital, y las que se hacen en favor de causas pias, pueden escribirse en papel comun y sus copias, deben darse en el del sello tercero, à menos que la parte interesada sea pobre de solemnidad, que en este caso se sacarán en el de pobres; pero si se otorgan en esta Corte, (que regularmente la hacen muchos, porque la Parroquia no lleve à sus herederos crecidos derechos) deben escribirse sus protocolos en papel del sello quarto, y las copias segun sea el otorgante, ò heredero; lo qual es conforme à la *ley* 45. *tit.* 25. *lib.* 4. *de la Recop.* que trata del que corresponde à los instrumentos, juicios, despachos, y otras cosas. Las aceptaciones, y repudiaciones de herencia se regularán por la cantidad, si la hubiere, segun las ventas, y censos; y no habiendola, se darán sus copias en papel del sello segundo. Las licencias para testar en el del sello segundo. Vease sobre esta materia la Real Cedula de 23 de Julio de 1794.

NOTAS DEL CAPITULO PRIMERO.

NOTA 1. En las notas del Febrero Reformado tomo 1. pag. 38. dándose una inteligencia equivocada á la ley 1. tit. 4. lib. 5. Rec. se niega que la institucion de heredero sea un atributo esencial del testamento, teniendo por ridícula, inutil y vana la distincion que hacen comunmente los intérpretes, entre lo que se llama propiamente testamento, el codicilo y la última voluntad. La institucion de heredero es la que le constituye esencialmente, y le distingue del codicilo, y de la última voluntad. Esta es la diferencia del codicilo nuncupativo, y del testamento nuncupativo de que trata con distincion la ley 3. de Toro.

Esta misma distingue el codicilo cerrado del testamento cerrado, y en ella se expresan muy por menor las razones en que se funda la mayor solemnidad exigida por la ley para el uno que para el otro. Solo es testamento propia y legalmente aquel acto en que el hombre nombra un sucesor que posea y goze sus bienes despues de su vida. ***Fundamento ó vàiz de todos los testamentos de qual natura quier que sean, es establecer herederos en ellos***, dice el Proemio del tit. 3. part. 6 Las demás disposiciones particulares, ó son codicilos, ó últimas voluntades que no excluyen la sucesion legal ab intestato. Estas voces conservan todavía acepciones ó significados diversos propios de cada una de ellas con derechos y reglas diferentes autorizadas por las leyes, y las de Toro que son posteriores á la referida ley 1. Rec. unas veces hacen esta distincion y otras la suponen La ley 4. en su texto usa de las tres palabras de testamento, codicilo ú otra qualquiera última voluntad. Quando v. gr. el testamento se rompe por causa de la preterícion ó exheredacion valen las mejoras, y asi lo ordena la ley 24 de Toro Este acto no es testamento, pues la ley lo declara roto. Tampoco es codicilo, es última voluntad que la ley quiere que valga. No separando las ideas, se trastornaria gran parte de la legislacion testamentaria, y se introduciria la confusion. El objeto de dicha ley 1. Rec. fué derogar un derecho antiguo, por el qual no habiendo en el testamento institucion de heredero, no valian las mandas y demás disposiciones de él, y así ordenó que teniendo el testamento la solemnidad de testigos que la misma ley previene, subsistiesen los legados y demás disposiciones aunque no se hiciese institucion de heredero. En esto no se hizo otra cosa que habilitar la voluntad del testador, porque en efecto no parecia justo que se privase á los legatarios del beneficio que con todo conocimiento quiso hacerles, ni dexase de cumplirse qualquiera otra disposicion que hiciese, la qual no tenia en el ánimo del mismo testador dependencia alguna de la institucion, que para él era una cosa absolutamente separada. Es verdad que usó de la palabra testamento, pero fué en un sentido amplio, vulgar y comun, que abraza toda la última disposicion, á la manera que decimos un hombre muerto, no obstante que un hombre muerto no es hombre; un testamento nulo, aunque el testamento nulo no es testamento. No fué su propósito identificar cosas enteramente diversas, ni alterar sus esencias.

NOTA 2. La rogacion de los testigos ordenada por las leyes de partida, tanto para el testamento abierto, como para el cerrado, se dirige á hacer constar á los testigos la seriedad del acto, y que no duden de que han sido llamados para que sirvan de tales y presencien la celebracion del testamento, pues quando los testigos no sabian para lo que eran llamados, todo el acto se

entendia nulo. Las leyes no han querido que los testigos denongan de un acto tan importante como lo hacen de otras cosas que ven, oyen ó que encuentran al paso por accidente y sin designio. Han de ser prevenidos, advertidos, cerciorados ó requeridos de que se exîge su presencia ó testimonio para el acto de hacer testamento. Esto es lo que significa rogacion en el caso presente, y no súplica como han querido entenderlo muchos AA, de que ha nacido la diversidad de opiniones sobre este requisito. El Autor de las notas del Febrero Reformado, pretende estár derogadas dichas leyes de partida, porque las recopiladas que prescriben las solemnidades del testamento, no hacen mencion de la rogacion. Pero es de advertir que en las leyes recopiladas no se prescriben de propósito todos los requisitos del testamento, porque se suponen prescriptos en las de partida: solo se trata de algunos respectivos á los testigos en que hicieron novedad, quedando por consiguiente en su fuerza y vigor todo lo demás no derogado. Así es, que son indispensables otras solemnidades ordenadas en las leyes antiguas aunque no sean mencionadas en las leyes de Recopilacion. El Señor Gregorio Lopez dice que aunque el Escribano no dé fé de la rogacion de los testigos, se puede probar con dos, y que del hecho de consentir el testador que firmen, ó que se les nombre, parece ó se presume que fueron rogados. Esta es una consideracion muy natural respecto del testamento cerrado, pero no respecto del testamento nuncupativo, en el qual es indispensable que los testigos al tiempo del otorgamiento oigan la disposicion, y así debe prevenirseles de que se les llama precisamente para esto. Las leyes de partida no dispensaron este requisito ni aun para el testamento militar, sino quando se hace en aquellos momentos de peligro, en que no se puede menos de hablar pronto y de veras. Y acaso porque las leyes de partida tomasen esta formalidad del derecho romano dexará de ser necesaria? Dice el Reformador que las leyes de la Recopilacion no se acomodan como las de partida á las formalidades ó sutilezas del derecho romano. Este es un absurdo, un desprecio infundado del código mas sabio y metódico que se ha conocido en la Europa, un ultrage del legislador y de los sabios que le formaron, y una prueba de su falta de inteligencia aun de nuestra lengua, y de la fuerza de las palabras. En efecto formalidad y sutileza dicen dos cosas, ó dan dos ideas enteramente distintas, y en el modo con que el Reformador se explica parecen una misma.

Nota 3. Habiendo sido llamados para presenciar el testamento mas testigos de los cinco necesarios, basta que estos digan que lo oyeron, aunque los demás declaren que no lo han oido *l.* 21. ***qui testam. fac. poss.*** En efecto se dá mas crédito á los testigos afirmativos que á los negativos.

Nota 4. Quando la ley pide que los testigos del testamento sean vecinos del lugar, no se ha de entender que hayan de ser precisamente cabezas de familia, pueden serlo tambien los hijos de familia que tengan la edad prevenida por derecho. Los hijos de vecino son tambien vecinos en la misma vecindad de su padre, vecino en esta y en las demás materias que constituyen la exîstencia civil, equivale á ***civis*** ó ciudadano; y entre nosotros como entre los romanos, por lo general es verdadera la máxîma ***filius familias in iis quæ ad jus publicum pertinent pro patre familias habetur.*** El hijo de familias es tenido en todo lo perteneciente al derecho público por padre de familias.

Nota 5. Si despues de hecho el testamento quisiese el testador mudar alguna cosa de su disposicion, debe intervenir la solemnidad legal como si testase ó codicilase; pero si habiéndose producido con palabras ambiguas,

obscuras ú equívocas en la institucion de heredero ó en las mandas quisiese declararlas para que no se dude de su voluntad, puede hacerlo como le parezca por escrito ó de palabra, *l.* 21. *qui testam. fac. poss*: pues siempre como se dice en esta ley, se habrán de resolver por conjeturas verisimiles estas dudas.

Nota 6. En efecto la ley de partida que se cita está derogada por la ley 3 de Toro, en la qual se ordena que en el testamento del ciego intervengan *cinco testigos ó lo ménos*. Siempre han de ser cinco á lo menos, y los cinco bastan siendo vecinos del lugar, como en el testamento nuncupativo. De aqui es, que tampoco puede otorgar testamento ante tres vecinos del lugar, aunque no haya mas vecinos é intervenga Escribano. Pero si se otorgase ante él no es necesario que los cinco testigos sean vecinos del lugar, pues con el Escribano son siete testigos, número que en todo testamento releva de la circunstancia de vecindad.

Nota 7. El testador puede disponer ú ordenar su testamento en diferentes dias ó tiempos, pero en el acto de otorgarle no ha de haber interrupcion por acto, ni contrato extraño. Este requisito prescripto por la ley de partida, no está derogado por las recopiladas. Es una precaucion como todas las demás solemnidades, para que el conocimiento de la verdad de la última voluntad del hombre estribe sobre basas inmutables y ciertas. Ya se ha dicho que las leyes recopiladas no han determinado todas las solemnidades de los testamentos. Unicamente han reformado algunas, dexando en lo demás subsistentes las que prescriben las partidas. Bien veo que no es de este dictámen el Reformador en la nota 1. de la pag. 23. pero yo tengo por un error notable el suponer como se hace en ella, que no hay otras formalidades que las que han fixado las leyes recopiladas.

Nota 8. Todo el privilegio de los militares explicado en las Reales Ordenanzas, y en la cedula de 24 de Octubre de 1778, se resuelve en la dispensacion que se les concede al otorgar su testamento de las solemnidades prescriptas por las leyes civiles, como forma intrinseca del acto, para que conste la última voluntad del hombre. Pero no están dispensadas sus disposiciones, ni pueden ni deben estarlo de los requisitos que la razon ó la ley natural, y el derecho de las naciones, á cuyo estado se les reduce, exîgen necesariamente. En este supuesto siempre ha de haber un convencimiento de qual fué la última voluntad del militar. Si testa de palabra son menester dos testigos contestes para probarla, testimonio que en todos tiempos y por todas las naciones se ha tenido por prueba plena, es la prueba del derecho de las gentes, es la de la ley de partida, y la que implícitamente se entiende en aquellas palabras de la cédula, *de qualquier modo que conste su voluntad*. Un testigo nada vale. Lo mismo es si escribe su testamento en la arena, ó con su sangre en el escudo. Empero si lo hace en papel firmado de su mano, aunque la cédula no exîge mas requisito intrinsecamente en este caso, no por eso dispensa de la prueba exterinseca necesaria de que aquella es su firma, y como esta especie de prueba no está determinada por una razon ó ley universal de las naciones, pues no lo es bastante por si sola la pericia de expertos, que solo pueden decir que se le parece, y no certificar que lo sea en verdad; la misma razon y la ley natural pone en manos de la prudencia del Juez, la declaracion o juicio de la que sea suficiente para estimar el acto por última voluntad. Un Juez avisado pondrá tambien en balanza en un caso tal, las circunstancias del testador, las del heredero y otras muchas de que por el órden natural de las cosas vienen revestidos todos los sucesos.

Nota 9. El Autor en este número quiere decir que á los menores de catorce años siendo varones, y de doce siendo hembras, no se les considera capaces de poder testar, por no tener conocimiento completo. La facultad de poder testar comienza en el dia último de estas edades: como si digera que no se necesita que excedan de esta edad, sino que la tengan completa.

Nota 10. Si en un Pais donde se hallâre de transeunte ó residente un español pudieren testar los hijos de familia, podrá él tambien hacerlo, pero solo á los bienes que allí posea. Asi lo exîge en este caso el derecho de propiedad, de donde trae su origen la facultad de testar. Este derecho que se adopto en el de gentes por mutua conveniencia, no admite otras limitaciones que las que le haya puesto la ley municipal de cada Pais. Esta doctrina debe limitarse quando en los tratados solemnes celebrados con las naciones donde los hijos de familia no pueden hacer testamento, está estipulada la facultad de testar á favor de los respectivos súbditos en los territorios de las dos potencias de los bienes sitos en ellas, pues como nuestros hijos de familia pueden testar de los bienes que les pertenecen en España, se entiende conservada y reconocida en los tratados esta potestad y facultad de disponer de todos los que posean en el Pais donde residen aunque, los hijos de familia de él no la tengan por sus leyes.

En los mismos tratados se estipúla tambien la entrega de los bienes pertenecientes á los súbditos respectivos que fallezcan como transeuntes en el territorio de la otra potencia, á los interesados que deben sucederles por testamento, ó ab intestato. Estos derechos de sucesion reservados en los tratados se han de estimar por las leyes de los estrangeros que los reclaman, por ser estas leyes las que los fixan, y en cuya virtud piden como suyos la entrega de los bienes, asi como se deberán estimar por las nuestras en virtud de los mismos tratados los derechos de sucesion que reclamemos por muerte de los españoles transeuntes en los paises de dichas potencias. Se hablará de estos tratados en algunas de las notas siguientes.

Nota 11. Si se ha estipulado en los tratados entre las potencias, que las contestaciones sobre sucesiones y herencias de los respectivos súbditos, ó sobre qualquiera otros actos se hayan de decidir por las leyes del país donde suceden, en este caso un hijo de familia extrangera perteneciente á la nacion, con quien hubiese tratados concebidos en estos términos, podrá hacer testamento en España de los bienes que le pertenezcan aquí, aunque por las leyes de su país no se le permita.

En el artículo 11. de la Real cédula de 4. de Septiembre de 1795, en que se manda guardar el tratado de amistad, límites y navegacion concluido entre S. M., y los Estados Unidos Americanos, habilitándose á los súbditos de ambas potencias para sucederse recíprocamente por testamento, ó ab intestato, se previene tambien: » que si se suscitasen disputas entre los »diferentes competidores que tengan derecho á la herencia, serán determinadas »en última instancia segun las leyes, y por los Jueces del pais donde vacase »la herencia.» Esta disposicion en que las partes contratantes se propusieron fixar una regla clara y precisa en una materia tan debatida y altercada por los AA. se extiende no solo á la capacidad de las personas que puedan, ó no testar, sino tambien á las solemnidades del testamento, y á todas las demás questiones que puedan suscitarse en la sucesion intestada ó testamentaria. Un artículo igual en todos los tratados con las demás naciones, precaveria problemas y las dudas innumerables á que dan lugar en muchos casos el derecho de

las gentes, y las leyes territoriales, quando faltan tratados solemnes. En la Real cédula de 22 de Mayo de 1783. en que se manda guardar el convenio ajustado entre los plenipotenciarios del Rey nuestro Señor y del Rey de Cerdeña, habilitándose tambien á los respectivos súbditos para sucederse por testamento y ab intestato, se ordena que tódas las diferencias que se susciten entre los vasallos de uno, y otro Soberano sobre validacion de algun acto, se decidan por los Jueces competentes, y con arreglo á las leyes, usos y estatutos del pueblo donde se hubiesen hecho. Este convenio no es tan amplio y decisivo como el tratado antecedente. Véanse en el Apéndice de este capítulo los artículos literales de las Reales Cedulas citadas en esta nota en lo concerniente á la materia.

Nota 12. Los Ingleses, Olandeses, y los Americános de los Estados Unidos, que todos son Protestantes, tienen asegurado el derecho, y poder de testar, y no ser molestados por causa de religion en los tratados celebrados con España.

El Escribano, y los testigos deberán prestarse sin reparo en los testamentos de los Hereges tolerados en virtud de convenciones solemnes, sin necesidad de recurrir á la donacion *causa mortis*. No puede haber dudas ni disputas en la execucion de un acto que les debe ser libre. Nosotros tenemos tambien interés en ello por la reprocidad: lo contrario seria molestarlos por su religion. En algunos hay tambien el artículo de que puedan valerse de los Abogados, Escribanos, y Procuradores del pais. Lo mismo debe decirse, y con mayor razon de los extrangeros no católicos habilitados para residir y establecerse en España por fines de utilidad publica; sobre lo qual se expidió en 8 de Septiembre de 1797, la Real órden que se trae á la letra en el Apéndice.

Nota 13. El testamento es un acto puramente civil, de que no ha privado la ley al excomulgado. Si la comunicacion con él para este acto está prohibida á los testigos por las leyes eclesiasticas, serán contraventores de ellas, pero no por eso será nulo el testamento *Perez in tit. Qui testam. fac. poss. num.* 14.

Nota 14. Por esta causa los promovidos á los Obispados deben hacer inventario de sus bienes propios en el Juzgado del Señor Colector general de Expolios, juez privativo de este ramo, y por su Escribanía de Cámara. Alguna vez se han hecho estos inventarios ante los Corregidores, y se han declarado nulos.

Nota 15. No solo los peregrinos y romeros, sino todo extrangero puede hacer testamento de sus bienes. Nuestras leyes no han puesto traba ni modificacion alguna en esta parte al derecho de las gentes: al contrario establecido en Francia el odioso derecho de Aubaine, todas las naciones han procurado libertarse de él en los tratados con esta potencia. Segun los celebrados con España, los Españoles en Francia, y los Franceses en España, podrán vender, dar, cambiar y enagenar ó disponer de otra manera, asi por contrato entre vivos como en última voluntad de los bienes, efectos, muebles é inmuebles existentes en los dominios de España ó de Francia donde respectivamente se hallen.

Los Ingleses y Olandeses en sus tratados con España, han estipulado para si las mismas franquezas concedidas á la Francia, y entre ellas la de no ser molestados por causa de religion, y tener comercio en las principales Ciudades de España. Por el artículo 11 del tratado celebrado con la Puerta

Otomana, comunicado al Consejo en Real Decreto de 11 de Noviembre de 1783, los bienes de los subditos de ambas potencias en caso de muerte en el territorio de la otra, no estarán sujetos al Fisco, ni se los podrá apropiar otro alguno, quedando á disposicion de los respectivos Ministros ó Consules para disponer de ellos segun el testamento del difunto, y lo mismo en caso de morir ab intestato

Nata 16. Los peregrinos, y romeros entran en la voz general de transeuntes extrangeros, y les comprehenden los tratados y convenciones con las naciones á que perteneeen.

En quanto á los Franceses se estipuló en el convenio de 13 de Marzo de 1769, lo que puede verse en el mismo. Respecto de los transeuntes de las demas naciones, se han estipulado regularmente en sus tratados iguales ventajas á las concedidas á la Francia, ó las dispensadas á la nacion mas favorecida.

Gozando pues los romeros y peregrinos como todo extrangero del fuero de guerra, y de la inspeccion de los Consules, no deberá tomar conocimiento en sus bienes la Justicia ordinaria, sino en defecto de la militar.

Nota 17. Este apremio ha de ser indirecto, interpelando á este fin á los Jueces Reales. En el artículo IV. de la Real Provision de 19 de Noviembre de 1771, se previno que los Provisores, Visitadores y Vicarios generales se arreglen á las leyes del Reyno, sin confundir lo espiritual con lo temporal en quanto á visitas de Cofradias, Hospitales, Obras pias y últimas voluntades, mediante que en ellas nada se perjudican las disposiciones conciliares; y si ocurriere duda den cuenta al Consejo, quien por medio de sus Fiscales providenciará el mas pronto despacho para que queden espeditas ambas jurisdicciones. La ley 36 de Toro, en el caso piadoso de que trata, autoriza á las Justicias para su execucion, y declara popular la accion para demandarla.

Nota 18. En virtud de la *ley* 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *Rec.* si fuese instituido heredero un incapaz, como dice el Autor, valdrán las mandas y demas disposiciones del testamento. Para la debida inteligencia de dicha ley, debe leerse la unica tit. 19. de los testamentos del Ordenamienro de Alcalá, pues no se recopilió entera segun se halla en él.

Nota 19. Si el testador no hizo mencion de algun hijo, por ignorar que lo tenia, ó que su muger estuviese en cinta, no solo se romperá ó anulará el testamento en quanto á la institucion de heredero, sino tambien en *quanto* á las mejoras de tercio y quinto, mandas y substitucion pupilar, dice Gomez *in leg.* 24. *Tauri num.* 3. porque la disposicion de esra ley solo debe tener lugar quando el padre con cierta ciencia omite ó deshereda algun hijo, pero no quando procede con ignorancia. Infierese, segun parece de esta doctrina, que anuladas las mejoras, los demas hijos no mejorados podrán percibir á beneficio del derecho del omitido, mas de lo que su padre les dexó, al paso que el mejorado no solo quedará sin aquella porcion de bienes de las mejoras, sino de la que perciban los demas hijos no mejorados. De esta manera puede decirse que se destruye todo el testamento, y se sucede ab intestato. Yo, aun estando por esta opinion, salvaria el derecho del hijo omitido, y en lo demas observaria el testamento, y quedaria en su vigor la letra de dicha ley 24 de Toro Entiendo tambien la doctrina de Gomez, quando el padre murió sin saber que tenia otro hijo, ó que dexaba su muger preñada; pero no quando lo ignoraba al tiempo de hacer testamento, y sabiendolo

despues no lo revocó.

Nota 20. Se llaman instituciones captatorias las que se hacen por el testador con propósito de obligar ú estrechar á otro á que exercite su liberalidad con él, como si una institucion se hiciese diciendo: Instituyo por heredero á Pedro en la parte que Pablo me instituya á mí; pero no son captatorias aquellas instituciones en que los hombres se declaran ó expresan un amor reciproco. Las leyes romanas reprobaban las instituciones captatorias, las que se hacian baxo ciertas condiciones referentes á futuro. Todos los Jurisconsultos de la Escuela de Bartolo denominaron captatoria á la que el Autor llama tal; y en hecho de verdad en una institucion de esta naturaleza podian muy bien caber estos fines captatorios. Pueden verse las leyes 70. 71. 81. de hered. inst. l. 1. his quæ pro non scrip. hab. l. 20. §§. ult. de Cond. inst.

Nota 21. pag. 38. lin. 7. Las leyes de Partida adoptaron en este caso como en otros de que trata el Autor la máxima de las romanas, á saber que ***nadie puede morir en parte testado y en parte intestado*** en quanto á la sucesion universal del heredero, aunque por unas y otras leyes pueden adquirirse mandas y fideicomisos, de que hay hartos exemplos en el Digesto y en el Código. Esta máxima, que es tambien la del derecho de acrecer, admitido igualmente por nuestras leyes de Partida, se funda en otro principio mas alto, en la necesidad de fixar la sucesion hereditaria, y remover las decisiones arbitrarias en la ocasion de una gran perplexidad acerca de la última voluntad del hombre, quando ya no se le puede consultar. Haciase ó hácese, una institucion de heredero hasta cierto y determinado dia, ó desde un dia determinado y cierto, ó en cierta y señalada parte de herencia, guardando silencio el testador sobre quién habia de ser su heredero en el resto del tiempo, ó en lo demás de la herencia, caso que el Señor Gregorio Lopez refiere haber sucedido en su tiempo. ¿A quién pertenece la parte omitida de que no habló el testador? La ley se vió en el mayor apuro para decidir; pues se halló sin otros fundamentos para averiguar su voluntad que los términos de la disposicion misma.

Los parientes nada podian alegar en su favor, porque el testador ni aun los habia nombrado en el testamento, que era el propio lugar de hacer memoria de ellos. La presuncion legal en que la ley funda la sucesion intestada no podia tener valor en este caso, pues que no era posible suponer una voluntad real y positiva, que se habria expresado si la hubiese. En la disputa sobre quién tenia por sí los últimos sentimientos del difunto, debian imponerse silencio los parientes á presencia del heredero por quien los manifestó tan singulares, instituyéndole en parte de la herencia. Sin embargo esta limitacion parecia excluirle del resto, y esta es la crísis de perplexidad en que el Legislador se vió; pero el muerto ya no podia hablar, era preciso resolver y establecer la sucesion sobre basas ciertas; y dexándose llevar por donde se descubria un resquicio para penetrar los últimos deseos del difunto, tan envueltos en tinieblas, se fixó, ántes que en los parientes, en el que instituyó heredero, que fué el único objeto por quien hizo demostracion acerca de la sucesion universal, atribuyendo por necesidad la institucion determinada á cierto tiempo, ó cierta parte de herencia á alguna de las casi infinitas circunstancias en que los hombres ó se equivocan ó explican mal, como dicen *Cujac.* Cesando la presuncion legal por los parientes, consintió que una parte de la herencia, en que testó, arrastrase á la otra en que no testó: ***Causa testati trahit ad se causam intestati.*** Justiniano, que acomodó las instituciones antiguas á las opiniones de su

tiempo, muy análogas á las del nuestro, no alteró aquella regla, que rige todavia en muchas legislaciones modernas; y creen graves AA. que aun donde no rige, como en los paises belgicos, el heredero debe ser preferido á los parientes en unas disposiciones como las referidas. Las leyes de Partida las han adoptado; y lejos de que las modernas de Toro las hayan alterado tácita ni expresamente, las suponen en vigor mas de una vez. No sé qué consideracion verosimil se pueda sacar de la ley 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *Rec.* para suponer que ella ha derogado las citadas leyes de Partida, como lo hace repetidamente el Autor de las notas del *Febrero Reformado*. La ley recopilada solo ordena que valgan las mandas y demás cosas que el testador disponga, aunque en el testamento no haya institucion de heredero. ¿Qué hay en estas palabras, no digo que contenga derogacion, pero ni aun la menor alusion á la materia? La ley primera quiere que se cumpla lo que el testador disponga, aun no habiendo institucion de heredero ¿Cómo puede esto traerse á la hipótesi de las leyes de Partida, que es quando dexa de disponer, quando calla, quando por su silencio se pone en duda la voluntad del testador, quando por esto se vió el legislador en la forzosa necesidad de interpretar? Ciertamente se creyo que estas leyes hacian guerra á la última voluntad, y que mandaban que apesar de ella en obsequio de una vana sutileza, habia de ser para el heredero la parte omitida de la herencia, despojando á los parientes. Sobre esta inteligencia equivocada escandalizan al Reformador las leyes de Partida, y extrañando que pasasen tantos siglos sin que se hubiesen derogado unas disposiciones que juzgaba tan injustas, se imaginó haber encontrado su revocacion en la dicha ley primera, haciéndola decir lo que no soñó el Legisador.

Dicha máxima debe observarse segun la opinion mas comun, mas probable y mas racional, á menos que por otra parte conste que el testador, en este modo de testar, quiso llamar á los herederos ab intestato, ó hacer á su favor un fideicomiso; pues como en caso de duda está la presuncion por el heredero antes que por los parientes, cesa habiendo otras razones en contrario. La ley solo habló en el caso de que no hubiese medio de saber ó conjeturar verosimilmente la última voluntad mas que por los términos de la disposicion misma. Si se puede probar que el testador quiso morir intestado en cierta parte de herencia, ó prohibió el derecho de acrecer, ya en esta expresion manifiesta sentimientos efectivos á favor de sus parientes, y entónces puede decirse que le sucederán estos, no en virtud de la ley, sino en fuerza de la voluntad del testador: así nunca se verifica *morir en parte testado y en parte intestado*, y heredar parte por disposicion del difunto, y parte por disposicion de la ley en falta absoluta de aquella. No son admisibles las opiniones de algunos AA. que resisten esta excepcion, pues nada hay mas opuesto á la buena fé, dice un Jurisconsulto romano, que percibir alguna cosa contra la voluntad del testador. En algunos casos dispensa la ley al soldado; las apresuradas circunstancias de un testamento militar hicieron cesar las prescriciones en que estriva aquella máxima.

Nota 22. pág. 41. lin. 26. Los extraños no pueden ser instituidos herederos con los hijos, ni aun en el quinto: solo pueden ser legatarios, ó fideicomisarios. La ley 6 de Toro declara exclusivamente herederos, *ex testamento* y *ab intestato* á los descendientes respecto de los ascendientes; y á los ascendientes respecto de los descendientes, *en todos los bienes de qualquiera calidad que sean*; y tratando luego de las facultades de los descendientes, no dice que pueden instituir por herederos en el tercio á los extraños, sino que pue-

dan disponer hasta de la tercia parte de sus bienes. Los efectos legales son muy diversos de ser un extraño heredero á ser un legatario. La misma razon milita en el quinto de que pueden disponer los ascendientes.

Nota 23. La ley 6 de Toro quita toda ocasion de dudas sobre la question de las facultades del padre para nombrar substituto pupilar en perjuicio ó con exclusion de la madre; porque ordenando esta ley que los ascendientes legitimos sucedan, *ex testamento* y *ab intestato*, á sus descendientes, como los descendientes á ellos; siendo tambien sucesion, *ex testamento*, la sucesion pupilar ordenada por el padre en el que hace por el pupilo, está obligado por esta ley á instituir á la madre por heredera forzosa, *ex testamento*, declarada tal en ella. Si la excluyére ú omitiére instituyendo á otro, tendrá ocasion para romper el testamento: entónces heredará ab intestato á su hijo y el heredero, instituido en el testamento pupilar, solo percibirá el tercio de los bienes, de que podia disponer libremente, aunque el padre no haya hecho la institucion con la clausula que previene el Autor, por estár ordenado en la ley 22. de Toro, que quando el testamento se rompa ó anule por preterition ó exheredacion, valga en quanto á la mejora de tercio y quinto: decision que abraza todo testamento.

Nota 24. No se han de confundir los hijos expurios, incestuosos y adulterinos con los expósitos, que por Real decreto de 5 de Enero de 1794 están declarados por hombres buenos y honrados del estado llano. Exponiéndose en los asilos públicos y otros parages, no solamente los hijos del delito, sino tambien legítimas proles, víctimas de la miseria de sus padres, y otros de procreacion no prohibida por las leyes, y quizá de estirpe ilustre y noble; y siendo imposible, tratándose de un individuo, señalarle el orígen, es injusto darle uno vergonzoso y detestable, pudiendo ser de legítimo y capaz de nobleza. El Real decreto, igualándolos á todos, los declara legítimos civilmente, como tambien digno de castigo y de retractacion llamarles bordes, expurios, incestuosos y adulterinos, pues ni lo son por el Real decreto, ni en verdad se les puede decir ciertamente contrayéndose á un individuo Asi instituyéndose á un expósito por heredero, no puede fundarse alguna queja contra el testamento; como se fundaria en la institucion de uno conocidamente expurio, incestuoso, y adulterino, sin embargo de que por la Real cédula de 2 de Septiembre de 1784 no debe la ilegitimidad servir de impedimento para exercer las artes y oficios. Esta es una disposicion puramente económica, dirigida á hacer útiles al estado todos estos brazos, á asegurarles para su establecimiento la industria y trabajo, que es una propiedad inadmisible de todos los hombres, y á templar la suerte de unos infelices, acreedores tambien á la atencion y vigilancia de las leyes. Pero en el cotejo de su estado y condicion con los demás individuos legítimos, nobles y honrados, permanecen todavía víctimas de una opinion respetada por la ley, y que no podemos decir, ni se dirá jamás, que sea injusta mientras haya costumbres que honren y prefieran los frutos legítimos del amor honesto.

Nota 25. »El hijo natural, nacido de la amiga que el padre tenia dentro de su casa, se supone ser su hijo, aunque lo niegue *ex cap per tuas de* »*prob. et ex mente leg.* 11 *Tauri Gom in l.* 9 *Tauri num.* 2. Y lo contrario »seria si la amiga habitaba en otra casa fuera de la del padre, aunque fuese »su pública manceba, que en tal caso, no reconociéndole el padre por tal hijo, ni valdrán las presunciones de serlo para suceder en sus bienes, ni en »parte alguna de ellos contra su voluntad, *ut ex d. l.* 11. *Tauri notat ibi Gom.*

»núm. 1. *in fin.*» *Villadiego forma de liberar. num.* 88. (6).

Nota 26. Dice Febrero, y dice bien, que seria conveniente que el Soberano para evitar dudas y pleytos hiciese una declaracion acerca de los casos en que por la substitucion pupilar queda excluida la madre y los demas ascendientes del derecho de heredar. Esta es una materia muy controvertida entre los AA. por una cierta implicacion que al parecer se encuentra entre la ley de Partida que se cita, y la 6. de Toro. Sin embargo quando bien se medita esta, no solo no puede sacarse de ella un argumento en favor de la madre, sino que por el contrario se reconoce que su espiritu es identico con la de Partida, como se infiere de sus mismas palabras, *en caso*, dice *que los dichos descendientes no tengan hijos descendientes legítimos ó* otras personas *que hayan derecho de les heredar*. Los AA. de mejor nota tratando de las personas que tienen este derecho, señalan en primer lugar á los hijos naturales, y á los espurios legitimados por el subsequente matrimonio, ó por el rescripto del Principe, y en segundo al substituto pupilar. No es de este dictámen el Autor de las notas del Febrero Reformado, ántes bien afirma que solo deben entenderse los hijos legitimados con exclusion absoluta del substituto Funda este juicio en interpretaciones gramaticales, que para este caso son unas puras sutilezas. Dice que no merecen confutacion las razones que se alegan por los AA. en favor del substituto, quando son en si mismas de mucha gravedad, y despues sigue asi »; es mas justa la ley que prefiere el substituto pupilar á la madre, y ascendientes legitimos, que la que prefiere estos al primero, para que á fuerza de vanas sutilezas tomadas del derecho civil, y de las partidas que muchas veces le adoptaron ciegamente por el bárbaro siglo en que se dictaron, hayamos de apoyarla y sostenerla? » Luego hay dos leyes que en su sentir son contradictorias. Luego no habiendose anulado expresamente la primera por la segunda, debe el legislador declarar la duda que resulta de la contradiccion. Pero no es esto así. La ley de Partida declara expresa y terminantemente los derechos del substituto preferentes á los de la madre y demás ascendientes, y la de Toro, dando á estos un derecho de suceder igual en todo al que tienen respecto de ellos los ascendientes, no hace mencion de los substitutos. Segun esto podremos decir que el silencio de esta ley, prueba la subsistencia de la otra, y que el derecho de los ascendientes á suceder, es para aquellos casos en que no esté prescripta por otras leyes la sucesion de los descendientes á sus descendientes, ó de otras personas que tengan el derecho de heredarles. Como quiera que sea, todo esto no es mas que una interpretacion de la ley de Toro que realmente está obscura y diminuta en su contexto, y por lo mismo no podemos menos de concluir con Febrero, que seria conveniente una declaracion del Soberano.

Nota 27. p. 77. lin. 11. Nuestras leyes no solo permitieron las vinculaciones directas de todos los bienes en favor de un hijo único, sino que habiéndose concedido á los padres la facultad de mejorar entre sus hijos á aquel que les fuese mas predilecto, quisieron tambien que por via de esta mejora pudiesen aumentar y recrecer las primeras vinculaciones en favor del primogénito, ó hacer otras nuevas en cabeza de qualquiera otro hijo mejorado. De esta suerte crecieron en España hasta lo infinito, y se creó esa numerosa clase de ociosos engreidos á título de un pequeño vinculo ó Mayorazgo, que consumiendo esterilmente sus rentas, dieron lugar en gran parte al abandono de la industria y la agricultura. Acaso influyeron las circunstancias para estas leyes; acaso se dictaron por las opiniones del tiempo; pero realmente ni las opiniones ni

las circunstantes debian ser bastante poderosas para esterilizar los campos violando así las leyes de la naturaleza. Se prescinde de si atendida la constitucion del gobierno, son necesarios los grandes mayorazgos: esta es una qûestion que no nos toca decidir; pero por lo que hace á los cortos, muchos de los quales se hacian por medio de mejoras, ya los ha declarado perjudiciales é inútiles la Real cédula de 14 de Mayo de 1789, donde expresamente se manda que en adelante no se puedan fundar mayorazgos aunque sea por via de agregacion ó de mejora de tercio y quinto, á no ser que lleguen ó excedan de tres mil ducados de renta, y que se califiquen para fundarlos otras circunstancias y motivos que se expresan. De esta suerte han quedado derogadas las leyes que ilimitadamente concedian esta facultad. Véase esta Real cédula en el tom. 3. c. 11. pag. 134. donde se inserta á la letra.

Nota 28. Téngase muy presente lo que se dice en la nota anterior. El espíritu de la Real cédula que se cita, se extiende á toda fundacion de corta renta, pero si por via de mejora puede hacerse la que llegue ó exceda de tres mil ducados, concurriendo varias circunstancias de utilidad pública, tambien podrá fundarse un Mayorazgo con el quinto, si las rentas llegan á la quota que se ha fixado, en beneficio de uno de los hijos, ó de estraños en su caso, con las condiciones y llamamientos que le parecieren útiles y convenientes al fundador.

Nota 29. El pacto ó promesa que haga el padre á la hija de no mejorar á los demás hermanos, no puede considerarse como una mejora respecto de ella. La ley solo prohibe una desigualdad á favor de la hija por via de dote, pero no que el padre se obligue á guardar una igualdad dictada por la razon, en que interesa tambien la tranquilidad y armonía de las familias Es quanto se puede cavilar contra las mugeres, y un enigma indisoluble, el decir que la privacion de mejorar es mejora.

Nota 30. Las leyes de Toro ni otra alguna de las recopiladas han derogado la de Partida, en quanto dispone que la desheredacion no puede hacerse condicionalmente, ni solo de parte de la herencia; ántes bien la ley 24 dice que quando el testamento se rompa por preterícion ó desheredacion, valgan las mejoras de tercio y quinto que se hubieren hecho en él, dexando en su fuerza y vigor todas las leyes de Partida que establecen la nulidad del testamento en el caso de desheredamiento.

Nota 31. Por la Pragmática-sancion de 23 de Marzo de 1776, se impusieron varias penas á los hijos que se casasen sin la licencia ó consentimiento de sus padres, dirigidas á contener los abusos que se habian introducido en esta parte con notable perjuicio del Estado, y del respeto y subordinacion que deben los hijos á las causas inmediatas de su existencia. Esta falta de licencia ó consentimiento se declaró por justa causa de desheredacion, y por el mero hecho de contraer sin ella el matrimonio, quedaron los contrayentes y sus hijos privados de todos los efectos civiles, como son el derecho de pedir dote ó legítimas, y de suceder como herederos forzosos y necesarios en los bienes libres de sus padres y abuelos, y en los vínculos, Patronatos, y demás derechos perpetuos de familia. Pero como podia acontecer que los padres negasen la licencia por caprichos ó fines particulares, se reservó á los hijos el derecho de pedir las causas en un juicio sumario, y si en efecto se declaraban por el Juez irracionales, se les habilitaba para contraer, y de consiguiente para no perder su estado civil, y los derechos que les son anexos. La experiencia hizo ver que estos juicios produxeron mayores daños que los que se querian evitar

se vio atropellado y desacreditado el pudor de muchas jóvenes, se alegaron defectos personales de aquellos que suelen infamar al hombre, y buscándose el origen de las familias se turbó la buena reputacion en que muchas estaban, se dio lugar á que se tuviesen en menos, y de todos modos no quedó género de baldon con que no se injuriasen unos y otros. Esto dió motivo á varias consultas de los Tribunales, y por último á la Pragmática-sancion de 28 de Abril de 1803. por la qual se declaró, que ni los hijos de familia menores de 25 años, ni las hijas menores de 23, de qualquier clase del estado pudiesen contraer matrimonio sin licencia de su padre, quien en caso de resistir el que sus hijos intentaren, no estaria obligado á dar la razon, ni explicar la causa de su resistencia ó disenso; pero que pasadas estas edades podrian contraerlo á su arbitrio sin necesidad de pedir ni obtener consejo ni consentimiento de su padre. Tambien se establece en esta Pragmática el órden con que deben proceder los de menor edad para poder ó no contraer, pero no señala pena alguna á los Contraventores, y de este silencio debe inferirse que ha dexado subsistentes las de la Pragmática del año de 76. porque en efecto no es presumible que S. M. quisiese dexar impune un delito que ataca esencialmente el respeto filial, y que tanto perjuicio puede traer al buen órden y tranquilidad de las familias.

Nota 32. Véase la nota 21. en donde se declara con toda extension aquel principio del derecho comun, que se trasladó á nuestras leyes de Partida, de que nadie puede morir en parte testado y en parte intestado.

Nota 33. Adoptando la opinion de Antonio Gomez, juzgo que los condenados á muerte natural ó civil, esto es, los condenados perpetuamente á los trabajos de minas, á otros, á destierro perpetuo en islas ó tierras remotas, ó á extrañamiento de estos Reynos, pueden ser instituidos herederos, ó heredar ab intestato, á ménos que en la sentencia se les prive de esta capacidad sin embargo de las leyes de Partida.

Nota 34. El Autor de las notas del *Febrero Reformado* combate la regla de derecho adoptada por nuestras leyes como conforme á la voluntad de los testadores, de que el concurso de dos causas en parte de pena es una especie de liberacion. Quiere el Reformador que despues de entregada al legatario la alhaja legada por un testador, le quede accion para repetir el precio de ella del heredero de otro testador que le legó tambien la propia alhaja; pareciéndole que aquella regla era un error que ha corrido impunemente hasta aquí.

La voluntad de cada uno de los dos testadores está ceñida á que se le dé al legatario una cosa sola, esto es tal heredad El legatario solo es determinadamente acreedor á ella; y los herederos de los dos testadores solo están obligados a darle precisamente la heredad que fué lo que se legó. Si dos están obligados *in solidum* á darme mil reales pagados por uno de ellos, queda libre el otro. Si se me debe una sola cosa por dos deudores entregada por uno, nada me resta que pedir al otro. Ninguno de los dos herederos de los dos testadores tiene obligacion á dar el precio de la heredad, por no ser el precio lo que se legó sino la misma heredad. Si uno de ellos la entrego nada se puede pretender del otro, por tener ya lo que quiso el testador que tuviese; y si demanda la estimacion, se le responderá no habersele mandado tal cosa, y estár cumplida la última voluntad. Si uno de los herederos le dió anticipadamente el precio de la heredad, porque lo tuviese por mejor, ó porque ignorase estár legada tambien por otro, sin tener obligacion á ello, como todavia está pendiente la voluntad del otro testador, y viva la obligacion del heredero, podrá

reconvenirle para que la cumpla á la letra. La alhaja y su estimacion son dos cosas diferentes, y no hay obligacion de dar una por otra al capricho y eleccion del legatario. Si dos amigos me ofrecen con separacion darme de gracia casa donde vivir, y uno de ellos me la da, no podré pedir al otro el importe de los alquileres. Si otros dos amigos me prometen independientemente el uno del otro, redimirme del cautiverio, y uno de ellos lo cumple, no podré pretender del otro el importe del rescate para mi bolsillo. Si dos Abogados me ofrecen defenderme gratuitamente en un pleyto, y uno lo hace, no podré pedir al otro el honorario de los alegatos que no hizo y ofreció hacer. Si el legatario hiciese constar por otra parte que se le debia dar la estimacion de la cosa legada en la hipótesi de que tratamos, está bien que entónces se le debiese dar, pero no es este el caso en que rige la regla de derecho, sino quando no hay otros argumentos para saber la voluntad del testador, que las palabras, términos y letra de la disposicion misma. Todo es al contrario quando el legatario adquirió la alhaja por su dinero; pues como la intencion del testador que la legó, fué que la tuviese de valde, queda sin cumplir su voluntad, y solamente lo estará, dándole lo que costó. La sabiduria y la justicia, abundan en esta regla del derecho romano, declaratoria de las últimas voluntades; y fueron muy discretos los legisladores y los intérpretes en admitirla.

Nota 35. El Autor procedió en la division de las condiciones que pueden ponerse en los legados y herencias con arreglo en un todo á las leyes de Partida, que la tomaron del derecho civil. El anotador del Febrero Reformado en la nota 1 y 2 del cap. 1. dice que esta division es tan defectuosa como otras muchas que hacen nuestros intérpretes, y para probarlo se vale de unos argumentos metafisicos, que nada producen sino obscuridad y confusion. Los imposibles de hecho asegura que son imposibles por naturaleza, y que así deben omitirse del todo, diciendo solamente que las condiciones son imposibles por derecho y por naturaleza. No pensaron con tan poco fundamento los AA. de un código tan sabio como las Partidas. Ellos sabian que hay imposibles de hecho, esto es, de cosas que el hombre no puede hacer, como por exemplo un monte de oro; que los hay de derecho, esto es, de cosas que son contra el derecho positivo ó natural, como el no sacar un hijo á un padre de cautiverio, ó no alimentarle, y que los hay por naturaleza esto es, de cosas, que envuelven contradiccion con la naturaleza, como seria el llegar un hombre con la mano al cielo. Podráse segun esto decir que no hay imposibles de hecho? Que la division es defectuosa? Dice tambien el anotador que la condicion imposible por derecho ó por naturaleza vicia los contratos, y de este principio deduce esta consequencia, ¿y por qué no la institucion de heredero ó los legados? Pero para deducirla legitimamente era indispensable que hubiese identidad de razon, ó alguna analogía entre una institucion y un contrato, quando están muy distantes por su naturaleza misma. Un contrato es un acto por el qual dos hombres se imponen obligaciones recíprocas, y una institucion es un acto puramente gracioso respecto de los estrafios, ó por mejor decir una manifestacion del amor, y de la voluntad del hombre hácia otro hombre, y quando es entre hijos, respecto de los quales la sucesion en los bienes nace del órden y conveniencia de la sociedad, es una declaracion de que aquellos que instituye son sus hijos, y de consiguiente sus sucesores ó representantes. Tiene esto alguna analogía, alguna identidad con un contrato? Dígase pues, que si los contratos tienen condiciones que no puedan cumplirse, porque no esté en la mano del hombre el hacerlo, ó porque sean contra derecho, ó contra naturaleza, no

deben ser subsistentes, pero sí las instituciones ó legados donde se pusiesen únicamente por error, porque no es presumible que quando la intencion del testador es hacer un bien á uno, quisiese estorvarselo poniéndole semejantes condiciones. Sin duda que nuestros legisladores que lo han determinado así, han sido mas sabios que nuestro Reformador.

Nota 36. El autor del Febrero Reformado ha omitido del todo el §. de la quarta falcidia, pareciéndole que es una cosa impertinente. Sin embargo hemos creido necesario insertarlo, aunque con algunas ligeras correcciones, porque como es una de las materias de que han tratado nuestras leyes de Partida, no debia pasarse en silencio, y mas estando descargado de las questiones metafisicas que han promovido vários AA. Fuera de esto puede llegar un caso en que se grave de tal modo la herencia con legados, que nada ó muy poco le quede al heredero, y entonces le será conveniente usar del derecho que tiene para deducir la quarta, derecho solemnemente establecido en nuestra legislacion, y que no está derogado. Es verdad que tiene muy poco lugar por el modo con que hoy se extienden las instituciones de herederos, pero puede tener alguno, y esto basta para no omitirlo.

Nota 37. Un codicilo posterior no anula otro codicilo que se hizo ántes, como no se revoque expresamente l. 3. tit. 12. p 6. ó en lo que sean contrarios. Lo mismo debe decirse de un testamento en que no hubiese institucion de heredero, el qual no revocará ni el codicilo que se hizo ántes, ni otro testamento anterior, en que tampoco hubiese institucion de heredero, á ménos que lo revoque expresamente ó en lo que sean contrarios. Un testamento en que no hay institucion de heredero, es un codicilo ó una última voluntad y no es otra cosa. No habiendo institucion de heredero, se entiende que el testador quiso morir intestado, y que gravó á sus parientes inmediatos con el pago de las mandas y el cumplimiento de las demas disposiciones. Pero un testamento propio y verdadero se anula por otro tal posterior, aunque no se haga mencion de él. El testamento posterior con institucion de heredero no anula el codicilo anterior como no le revoque expresamente. Esta es la gran question decidida por la constitucion de los Emperadores Severo y Antonino, pues el Jurisconsulto Papiniano juzgaba ser necesario para la subsistencia de este codicilo, que el testador manifestase en el testamento permanecer en la misma voluntad. No era de poco peso la razon en que se fundaba. Decia que en el codicilo anterior, como que el testador queria morir intestado, gravaba á sus parientes, que de derecho le habian de heredar con la paga ó cumplimiento de sus disposiciones, mas habiendo hecho despues testamento con institucion de heredero, no se debia entender que queria gravarle como á los parientes, quando su intencion era morir intestado. No habiendo en nuestras leyes una que decida esta question, habrá de debatirse forzosamente en juicio quando ocurra este caso.

Nota 38. El comisario para testar es un verdadero testador en la hipótesi de la ley 32 de Toro; todas las funciones de que habla son de tal: lo puede ser tambien en otras muchas ocasiones semejantes segun sea la disposicion, sin mas titulo ni carácter que el de comisario.

Nota 39. Si el testador da poder para instituir heredero nombrándolo, el poder para testar es un verdadero testamento. Sino señala la persona que ha de ser instituida, el poder para testar será una voluntad última: así es que la ley 39 de Toro pide para él las mismas solemnidades que para el testamento.

Nota 40. p. 164. lin. 27. Si el Escribano toma á solas con el testador

la nota de su disposicion, y de pues leyéndola ante los testigos se le pregunta, si es aquella su última voluntad, y respondiese que si, este es testamento nulo segun algunos AA. y segun otros sospechoso, á ménos que por otra parte conste que aquella fué su voluntad. El Escribano puede haber añadido alguna cosa, y agravado y enagenado al testador por la enfermedad, no entender bien la leyenda: á lo ménos los testigos no pueden deponer de sus verdaderos sentimientos en aquel estado, sino pronunciándolos él mismo. Esto es expresarse á medias, mitad con su lengua y mitad con las agenas, lo qual no es conforme al modo y claridad de expresion que piden precisamente nuestras leyes. Un testador que solo dice que si, á preguntas que se le hacen, parece que mas testa con la voluntad agena que con la propia contra la naturaleza del testamento. En prueba de la desconfianza que merecen los testamentos en los últimos periodos de la última enfermedad, son recomendables dos leyes antiguas. » Este es fuero de Castella, que todo ome fijodalgo que »sea mañero (sin sucesion), seyendo sano, pueda dar de lo suo á quien quisier ó vender; mas de que fuer alechigado de enfermedad acuitada de muerte de que morier, non puede dar mas que el quinto de lo que ovier por sua »alma, é todo lo al que ovier, debenlo heredar suos parientes que ovier ansi »como hermanos. Fuero viejo de Castilla l. 1. t. 2. lib. 5. Este es fuero de »Castella; que ningun ome despues que fuer doliente, é cabeza atado, non »puede dar nin mandar ninguna cosa de lo suo mas del quinto; mas si él vinier, »ó lo trogeren en su pie á concejo, ó á uso de Iglesia é non trager, toca, »vala lo que ficier.» *l. 6. del mismo tit.*

Nota 41. La ley *Cornelia* castigaba como falsario al que escribiendo el testamento de otro, se ponia fraudulentamente por heredero en todo ó en parte, ó se asignaba alguna manda á aprovechamiento, sin ordenarlo ni dictarlo el testador. El Senado-consulto Liboniano, ó mas bien, el Senado-consulto Claudiano, añadió, que aun dictándolo ú ordenandolo el testador, no solo fuese incapáz de la herencia ó manda, sino que fuese castigado con la pena de falsario impuesta por la ley Cornelia; aunque en verdad no habia falsedad. Tambien se incurria en la misma incapacidad, y en la propia pena, si fuese instituido heredero ó legatario, aun dictándolo el testador, el hijo ó esclavo del que lo escribia. Lo sospechoso y arriesgado de semejantes instituciones hizo prohibir aun lo permitido para evitar la ocasion tan proxima del crimen. Tales instituciones y legados ó mandas se tenian por no escritas, y cedian á beneficio de los demás herederos. Como en nuestra legislacion no hay una ley igual, que declare delito, ó que prohiba y anule un acto en si indiferente y libre, no incurriria el escribiente en pena alguna, ni seria incapaz de percibir la herencia ó manda que escribió dictándolo el testador. No quiere esto decir que se pongan generalmente á salvo las disposiciones á favor del que las escribe en el testamento: en muchas circunstancias serán sospechosas; este es negocio de los jueces. Pero si consta que el testador las dictó, como no hay entre nosotros una ley igual á la del Senado-consulto Claudiano, ó sea Liboniano, habrán de sostenerse. Solo se dispensaba de la pena de falso, impetrando indulto del Príncipe, al que de buena fé, por ignorancia de la ley, ó por respetos que debiese al testador, á quien no podia ménos de obedecer como el hijo y el esclavo, se habia escrito heredero ó legatario, ordenándolo aquel; mas no por eso se le declaraba capaz de percibir la herencia, ni el legado. Para remover toda sospecha, será buena prevencion en este caso, como lo era de necesidad, entonces para que cesasen todos los efectos del Senado-con-

ponga y firme la aprobacion de su testamento. Si era un extraño el amanuense instituido, debia ser especial esta aprobacion, diciendo: *He dictado y reconocido las disposiciones de este mi testamento concernientes á fulano que lo ha escrito.* A todos reputaba estraños el Senado-consulto ménos al hijo y al esclavo; respecto de los quales era bastante la aprobacion general, en que dixese he dictado y reconocido este mi testamento. El uso de estas prevenciones será ahora tambien oportuno para remover toda sospecha. El Senado-consulto dispensaba tambien al menor asi de la pena como de la incapacidad. Si se instituyen reciprocamente por herederos marido y muger, cesa tambien la presuncion de fraude. Véase á Cujac. in lib. 86. Salv. Julian.

NOTA 42. Esta disposicion de la referida ley de Partida, es tomada de la ley: *Sed si quis, quemadmod. testam aperiant.* El Señor Gregorio Lopez, comentando esta ley, dice, que otorgándose ante Escribano el testamento cerrado en virtud de la ley 3 de Toro, no son necesarias estas diligencias de reconocimiento de las firmas de los testigos, y que es un error hacerlo publicar judicialmente, remitiéndose á otro en quanto al modo de su apertura. Sin embargo, la forma de publicacion ordenada por la ley 8 de Partida es la mas acertada.

APÉNDICE NÚM. 1.

Real cédula de 4 de Septiembre de 1796, en que se manda guardar el tratado de amistad concluido con los Estados Americanos.

ART. XI. Los Ciudadanos ó súbditos de una de las dos Partes contratantes tendrán en los Estados de la otra la libertad de disponer de sus bienes personales, bien sea por Testamento, Donacion ú otra manera; y si sus herederos fuesen súbditos ó Ciudadanos de la otra Parte contratante, sucederán en sus bienes, ya sea en virtud de Testamento ó ab intestato, y podrán tomar posesion, bien en persona, ó por medio de otros que hagan sus veces, y disponer como les pareciere, sin pagar mas derechos que aquellos que deben pagar en caso semejante los habitantes del Pais donde se verificase la herencia.

Y si estubiesen ausentes los herederos, se cuidará de los bienes que les hubiesen tocado del mismo modo que se hubiera hecho en semejante ocasion con los bienes de los naturales del País, hasta que el legítimo Propietario haya aprobado las disposiciones para recoger la herencia. Si se suscitasen disputas entre diferentes competidores que tengan derecho á la herencia, serán determinadas en última instancia segun las Leyes y por los Jueces del País donde vacase la herencia. Y si por la muerte de alguna persona que poseyese bienes raices sobre el territorio de una de las Partes contratantes, estos bienes raices llegasen á pasar segun las Leyes del País á un súbdito ó Ciudadano de la otra Parte, y éste por su calidad de Extrangero fuese inhabil para poseerlos, obtendrá un término conveniente para venderlos, y recoger su producto sin obstáculo, exênto de todo derecho de retencion de parte del Gobierno de los Estados respectivos.

Real cédula de 22 de Mayo de 1783, en que se habilita á los vasallos de S. M. y á los de S. M. Sarda para sucederse mutuamente en sus bienes.

ART. I. Los súbditos de SS. MM. Católica y Sarda tendrán la facultad de disponer de sus bienes qualesquiera que sean por testamento, donacion, ó

otro acto reconocido por valido en favor de qualquiera súbdito de la una o de la otra Potencia ; y sus herederos que sean igualmente súbditos de una de los dos, como todos aquellos que tengan legítimo título para exercer sus derechos, sus Procuradores, Mandatarios, Tutores y Curadores, podrán recoger las herencias hechas en su favor en los Estados respectivos, así de tierra firme como otros, sean por ab intestato, ó en virtud de testamento ú otras disposiciones legítimas, y poseer qualesquiera bienes muebles y raices, sin excepcion alguna, derechos, razones, nombres y acciones, y gozarlas sin necesidad de otras Patentes ó Cédulas de naturaleza, ú otra concesion especial, transportar los bienes y efectos movibles adonde lo juzgasen á propósito, no comprehendiéndose entre éstos los bienes y efectos, cuya extraccion está prohibida aun á los súbditos naturales sin particular licencia ; y quando ésta se concediese, será segun las reglas, y pagando los derechos que pagan los mismos naturales, como se expresa al fin de este artículo, administrar y dar valor á los bienes raices, ó disponer de ellos por venta ó de otro modo, sin dificultad alguna, ni impedimento, dando todos los descargos legítimos, y con solo justificar sus títulos y qualidades ; y dichos herederos serán tratados en esta parte en los dominios de la Potencia en que se hubiesen verificado las sucesiones con el mismo favor que los propios súbditos y naturales del País ; en inteligencia de que estarán sujetos á las mismas leyes, formalidades y derechos á que estos lo estuviesen

Art. II. Y para establecer mayormente esta perfecta reciprocidad entre los súbditos respectivos, á que los Soberanos contrayentes aspiran, se ha ajustado y convenido, que ni los súbditos de S. M. Católica en los Estados de S. M. Sarda, ni los de S. M. Sarda en los del Rey Católico, estén sujetos á derechos algunos baxo el título de deduccion, ni otro, con qualquiera nombre que sea, por razon de los bienes que les pertenezcan en virtud de legado, donacion, sucesiones testamentarias ó ab intestato, ni por la extraccion de los muebles y sus precios, ó de los raices que en esta forma hubiesen heredado ó adquirido ; y que en caso que dichos herederos, legatarios ó donatarios, despues de haber tomado posesion de las sucesiones ó cosas legadas ó donadas prefiriesen continuar en poseerlas y gozarlas, no se exigirán de ellos otros derechos que aquellos á que están obligados los propios súbditos y naturales del País en el que se hallaren dichos efectos.

Art. IV. Quando se suscitaren algunas contestaciones sobre la validacion de un testamento ó de otra disposicion, se decidirán por los Jueces competentes, conforme á las Leyes, Estatutos y usos recibidos y autorizados en el parage en donde dichas disposiciones se hiciesen ; de suerte, que si estos actos llevasen las formalidades y condiciones requeridas en el lugar donde se executaren, tendrán igualmente todo su efecto en los Estados de la otra Potencia, aun quando en ellos estén semejantes actos sujetos á mayores formalidades y á reglas diferentes de las que rigen en el País en que se han hecho.

Nota. Aunque hoy no existe este gobierno, y por consequencia los súbditos que eran de él no se hallan como tales en el caso de gozar de estas franquicias, á no estipularse de nuevo con la Francia, á quien pertenecen hoy aquellas Provincias, sin embargo ha parecido conveniente insertar en este Apéndice los artículos referidos, para demostrar que el espíritu de nuestro gobierno respecto á los extrangeros en quanto á sucesiones por testamento ó por qualquier acto público, es el de dispensarles todo género de proteccion, y facilitarles sin contestaciones largas y dispendiosas la adquisicion libre de los bienes á que puedan tener derecho.

ponga y firme la aprobacion de su testamento. Si era un extraño el amanuense instituido, debia ser especial esta aprobacion, diciendo: *He dictado y reconocido las disposiciones de este mi testamento concernientes á fulano que lo ha escrito.* A todos reputaba estraños el Senado-consulto ménos al hijo y al esclavo; respecto de los quales era bastante la aprobacion general, en que dixese he dictado y reconocido este mi testamento. El uso de estas prevenciones será ahora tambien oportuno para remover toda sospecha. El Senado-consulto dispensaba tambien al menor asi de la pena como de la incapacidad. Si se instituyen reciprocamente por herederos marido y muger, cesa tambien la presuncion de fraude. Véase á Cujac. in lib. 86. Salv. Julian.

Nota 42. Esta disposicion de la referida ley de Partida, es tomada de la ley: *Sed si quis, quemadmod. testam aperiant.* El Señor Gregorio Lopez, comentando esta ley, dice, que otorgándose ante Escribano el testamento cerrado en virtud de la ley 3 de Toro, no son necesarias estas diligencias de reconocimiento de las firmas de los testigos, y que es un error hacerlo publicar judicialmente, remitiéndose á otro en quanto al modo de su apertura. Sin embargo, la forma de publicacion ordenada por la ley 8 de Partida es la mas acertada.

APÉNDICE NÚM. 1.

Real cédula de 4 de Septiembre de 1796, en que se manda guardar el tratado de amistad concluido con los Estados Americanos.

Art. XI. Los Ciudadanos ó súbditos de una de las dos Partes contratantes tendrán en los Estados de la otra la libertad de disponer de sus bienes personales, bien sea por Testamento, Donacion ú otra manera; y si sus herederos fuesen súbditos ó Ciudadanos de la otra Parte contratante, sucederán en sus bienes, ya sea en virtud de Testamento ó ab intestato, y podrán tomar posesion, bien en persona, ó por medio de otros que hagan sus veces, y disponer como les pareciere, sin pagar mas derechos que aquellos que deben pagar en caso semejante los habitantes del Pais donde se verificase la herencia.

Y si estubiesen ausentes los herederos, se cuidará de los bienes que les hubiesen tocado del mismo modo que se hubiera hecho en semejante ocasion con los bienes de los naturales del País, hasta que el legítimo Propietario haya aprobado las disposiciones para recoger la herencia. Si se suscitasen disputas entre diferentes competidores que tengan derecho á la herencia, serán determinadas en última instancia segun las Leyes y por los Jueces del Pais donde vacase la herencia. Y si por la muerte de alguna persona que poseyese bienes raices sobre el territorio de una de las Partes contratantes, estos bienes raices llegasen á pasar segun las Leyes del Pais á un súbdito ó Ciudadano de la otra Parte, y éste por su calidad de Extrangero fuese inhabil para poseerlos, obtendrá un término conveniente para venderlos, y recoger su producto sin obstáculo, exênto de todo derecho de retencion de parte del Gobierno de los Estados respectivos.

Real cédula de 22 de Mayo de 1783, en que se habilita á los vasallos de S. M. y á los de S. M. Sarda para sucederse mutuamente en sus bienes.

Art. I. Los súbditos de SS. MM. Católica y Sarda tendrán la facultad de disponer de sus bienes qualesquiera que sean por testamento, donacion, ó

otro acto reconocido por valido en favor de qualquiera súbdito de la una o de la otra Potencia; y sus herederos que sean igualmente súbditos de una de los dos, como todos aquellos que tengan legítimo título para exercer sus derechos, sus Procuradores, Mandatarios, Tutores y Curadores, podrán recoger las herencias hechas en su favor en los Estados respectivos, así de tierra firme como otros, sean por ab intestato, ó en virtud de testamento ú otras disposiciones legítimas, y poseer qualesquiera bienes muebles y raices, sin excepcion alguna, derechos, razones, nombres y acciones, y gozarlas sin necesidad de otras Patentes ó Cédulas de naturaleza, ú otra concesion especial, transportar los bienes y efectos movibles adonde lo juzgasen á propósito, no comprehendiéndose entre éstos los bienes y efectos, cuya extraccion está prohibida aun á los súbditos naturales sin particular licencia; y quando ésta se concediese, será segun las reglas, y pagando los derechos que pagan los mismos naturales, como se expresa al fin de este artículo, administrar y dar valor á los bienes raices, ó disponer de ellos por venta ó de otro modo, sin dificultad alguna, ni impedimento, dando todos los descargos legítimos, y con solo justificar sus títulos y qualidades; y dichos herederos serán tratados en esta parte en los dominios de la Potencia en que se hubiesen verificado las succesiones con el mismo favor que los propios súbditos y naturales del Pais; en inteligencia de que estaran sujetos á las mismas leyes, formalidades y derechos á que estos lo estuviesen

Art. II. Y para establecer mayormente esta perfecta reciprocidad entre los súbditos respectivos, á que los Soberanos contrayentes aspiran, se ha ajustado y convenido, que ni los súbditos de S. M. Católica en los Estados de S. M. Sarda, ni los de S. M. Sarda en los del Rey Católico, estén sujetos á derechos algunos baxo el título de deduccion, ni otro, con qualquiera nombre que sea, por razon de los bienes que les pertenezcan en virtud de legado, donacion, succesiones testamentarias ó ab intestato, ni por la extraccion de los muebles y sus precios, ó de los raices que en esta forma hubiesen heredado ó adquirido; y que en caso que dichos herederos, legatarios ó donatarios, despues de haber tomado posesion de las succesiones ó cosas legadas ó donadas prefiriesen continuar en poseerlas y gozarlas, no se exigirán de ellos otros derechos que aquellos á que están obligados los propios súbditos y naturales del Pais en el que se hallaren dichos efectos.

Art. IV. Quando se suscitáren algunas contestaciones sobre la validacion de un testamento ó de otra disposicion, se decidirán por los Jueces competentes, conforme á las Leyes, Estatutos y usos recibidos y autorizados en el parage en donde dichas disposiciones se hicieren; de suerte, que si estos actos llevasen las formalidades y condiciones requeridas en el lugar donde se executaren, tendrán igualmente todo su efecto en los Estados de la otra Potencia, aun quando en ellos estén semejantes actos sujetos á mayores formalidades y á reglas diferentes de las que rigen en el Pais en que se han hecho.

Nota. Aunque hoy no existe este gobierno, y por consequencia los súbditos que eran de él no se hallan como tales en el caso de gozar de estas franquicias, á no estipularse de nuevo con la Francia, á quien pertenecen hoy aquellas Provincias, sin embargo ha parecido conveniente insertar en este Apéndice los artículos referidos, para demostrar que el espíritu de nuestro gobierno respecto á los extrangeros en quanto á succesiones por testamento ó por qualquier acto público, es el de dispensarles todo género de proteccion, y facilitarles sin contestaciones largas y dispendiosas la adquisicion libre de los bienes á que puedan tener derecho.

REAL ORDEN DE 8 DE SEPTIEMBRE DE 1797. N. 2.

El deseo de fomentar las manufacturas y fabricas nacionales tan necesarias para evitar la introduccion de generos extrangeros, que consumiéndose en el Reyno le hacen depender de la industria de otras naciones florecientes con las riquezas de España, determinó al glorioso Padre de S. M. el Señor Don Carlos III. á admitir en diferentes fábricas á extrangeros Maestros distinguidos en varias artes, cuya perfeccion han propagado en España con gran ventaja del comercio activo de la Nacion. A muchos de los dichos extrangeros se les dispensó la circunstancia de no ser Católicos al tiempo de permitirles establecerse en estos dominios, avisando al Inquisidor general para que no se les molestase mientras se mantuviesen obedientes á nuestras leyes, no tratasen de propagar sus opinionss, y supiesen respetar nuestros templos, ritos y sagradas ceremonias. Una providencia tan sábia, no solo surtió los saludables efectos de promover la industria nacional, sino que S. M. ha tenido el consuelo de saber que varios de los extrangeros no Católicos, se han reconciliado con la Iglesia á vista de los repetidos exemplos que se les ofrecian cada dia de una sólida virtud, fundada en la mas sana moral. Por esta christiana consideracion, y por los deseos de que florezcan en España las artes y manufacturas en aquel grado de perfeccion que han adquirido entre las naciones mas adelantadas, ha venido S. M. en determinar por punto general, que quando algun extrangero artista, ó fabricante deseare establecerse en estos dominios, é hiciere constar ante la Junta de Comercio y Moneda, ó de los Intendentes de las Provincias, que está suficientemente instruido en algun arte ú oficio útil al Reyno, se le permita (no siendo Judío) establecer su taller, fábrica, ó laboratorio, sujetándose á las leyes civiles y eclesiásticas, en caso de ser católico, y quando no, que se dé aviso á la Inquisicion, á fin de que no se le moleste por sus opiniones religiosas, siempre que sepa respetar las costumbres públicas.

Tratado llamado pacto de familia entre Francia y España. N 3.

Art. 23. Para cimentar mas esta buena inteligencia y ventajas recíprocas entre los súbditos de las dos coronas de España y Francia, se ha convenido que no comprehenderá en adelante á los Españoles la *ley de auvena* (de extrangeria) de Francia; y en su consequencia ofrece S. M. christianisima abolirla por lo que á ellos toca, de suerte que podrán disponer por testamento, donacion, ó de qualquiera otra manera, de todos sus bienes que posean en los dominios de Francia, sin excepcion de qualquiera naturaleza que séan, y que sus herederos súbditos de S. M. católica, habitantes fuera ó dentro de Francia, podrán recoger las herencias, aun quando haya *ab intestato*, por sí mismos, por sus procuradores ó apoderados, aunque no estén naturalizados; y transportarlos fuera de los estados de S. M. christianísima, no obstante las leyes, edictos, establecimientos, costumbres, ó derechos que haya en contrario, pues todas y todos los deroga S. M. christianísima en quanto sea necesario. S. M. católica ofrece por su parte hacer que gocen igualmente de los mismos privilegios en todos los estados y paises de su dominio todos los franceses y súbditos de S. M. christianísima por lo que toca á la libre disposicion de los bienes que posean en toda la extension de su Monarquía española; de

suerte que los súbditos de las dos coronas serán generalmente tratados en todo y por todo lo concerniente á este Artículo, en los paises que ambas dominan, como los propios y naturales de la Potencia en cuyo territorio residan.

NOTA Como hasta ahora no se ha hecho tratado alguno con el Imperio frances acerca de estas materias, deben tenerse por subsistentes los anteriores en beneficio de los súbditos de ambas Potencias.

Real cédula de 25 de Abril de 1784, en que se inserta el tratado concluido con la Puerta Otomana. N. 4.

ART. IV. En el exercicio de la Religion y en la peregrinacion de Jerusalen y otros Lugares, serán tratados los súbditos de S. M. C. del mismo modo que los de las Potencias amigas, y en ningun parage del Imperio Otomano en que llegue á morir un negociante ú otro súbdito de S. M. C. ó qualquiera otra persona que esté baxo su proteccion, estarán sus bienes sujetos al Fisco, ni nadie con pretexto de que tales bienes han quedado sin dueño, podrá apropiarselos, ni ingerirse en ellos, sino que deberán ponerse á disposicion del Ministro de S. M. C. ú de los Cónsules, que cuidarán de pasarlos á poder de las personas á quienes pertenezcan, segun el testamento del difunto; y si éste hubiese muerto ab intestato, se entregarán tambien al Ministro ó Cónsul de S. M. C. ó á algun socio del difunto que residiese en el mismo parage; y en su defecto deberá el Juez del Pueblo, vulgarmente llamado Cadi, hacer el inventario de los efectos y bienes que quedáren, y depositarlos en parage seguro para conservarlos y entregarlos íntegramente á la persona que mandase el Ministro de S. M. C. sin que por ello pueda pretender se le pague lo que se llama *Resmichismet*; y lo mismo se practicará en los dominios de S. M. C. á favor de los súbditos y mercantes del Imperio Otomano.

Tratado de paz con el Rey y Regencia de Tripoli de 10 de Septiembre de 1784.

ART. 30. Si algun súbdito español muriese en el Reyno de Tripoli, toda su sucesion, ó quanto de él se hallâre, deberá quedar en poder del Cónsul á beneficio de los herederos del difunto. Lo mismo se executará con los Tripolinos en España.

Real decreto de 5 de Enero de 1794 inserto en la Real cédula de 20 del mismo. N. 5.

REAL DECRETO. Me hallo bien informado de la miserable situacion en que están los Niños Expósitos de casi todos mis Dominios, muriendo anualmente de necesidad no pocos millares por las dilatadas distancias desde los pueblos donde se exponen, hasta las casas de Caridad ó Inclusas, en que son recibidos, y por el modo inhumano con que son tratados en los caminos, y despues por muchas de las amas: procediendo esto del poco cuidado que se tiene en zelar su conducta, y del corto estipendio que generalmente se les dá en el tiempo que lactan, siendo este mucho menor en algunos años en que acostumbran tenerlos hasta la edad de seis ó siete, en la qual quedan sin auxîlio, y pueden reputarse por perdidos para el Estado; llegando á tanto el desórden, que en

dilatados territorios se compele á las mugeres que estan lactando á sus propios hijos, á que reciban para lo mismo á los Expósitos, de que resultan continuos infanticidios; todo con horror de la naturaleza, agravio de la caridad christiana, y grave perjuicio del Estado por el detrimento de la poblacion. Estas noticias han conmovido en gran manera mi Real ánimo para poner el debido remedio á tantos males en favor de unas personas las mas inocentes, y las mas miserables, pues su necesidad es entre todas la mas extrema en lo temporal, y como carecen del conocimiento y cuidado de sus padres naturales, corresponde á mi dignidad y autoridad Real mirarlos como á hijos, y solicitar su conservacion y todos los bienes posibles. Por esto, en medio de los cuidados y dispendios de la presente Guerra, he dado y daré las providencias mas oportunas y eficaces á favor de los Expósitos, cuidando de sus vidas, y de su decente y honesto destino, como hijos que son de la caridad christiana y civil; desatendidos con todo eso hasta tal grado en algunas Provincias, que han sido y son tratados con el mayor vilipendio, y tenidos por bastardos, expureos, incestuosos ú adulterinos, siendo tan al contrario que no pueden sin injuria ser llamados ilegitimos; porque los legitimos padres muchas veces suelen exponerlee y los exponen, mayormente quando vén que de otro modo no pueden conservarles sus vidas. Habiendo tan repetidas experiencias de esta verdad, que acreditan las Casas de Expósitos ó Inclusas; toda buena razon y justa política dictan, que ya que generalmente no se les declare por hijos legitimos, segun la naturaleza, porque no tienen esta qualidad, se les dé la legitimidad civil por mi autoridad soberana, como lo dispuse en el año de 1791. á consulta de mi Consejo de las Indias para con los Expósitos de la casa de Cartagena, fundada modernamente por su zeloso y piadoso Obispo. En consequencia de todo ordeno y mando por el presente mi Real Decreto (el qual se ha de insertar en los cuerpos de las leyes de España é Indias) que todos los Expósitos de ambos sexós, existentes y futuros, así los que hayan sido expuestos en las Inclusas ó Casas de Caridad, como los que hayan sido ó fueren en qualquier otro parage, y no tengan padres conocidos, sean tenidos por legitimados por mi Real autoridad, y por legitimos para todos los efectos civiles generalmente y sin excepcion, no obstante que en alguna ó algunas Reales disposiciones se hayan exceptuado algunos casos, ó excluido de la legitimacion civil para algunos efectos. Y declarando, como declaro, que no debe servir de nota, de infamia, ó menos valer la qualidad de Expósitos, no ha podido, ni puede tampoco servir de óbice para efecto alguno civil á los que la hubieren tenido ó tuvieren. Todos los Expósitos actuales y futuros quedan y han de quedar, mientras no consten sus verdaderos padres, en la clase de hombres buenos del estado lleno general, gozando los propios honores, y llevando las cargas sin diferencia de los demás vasallos honrados de la misma clase. Cumplida la edad en que otros niños son admitidos en los Colegios de pobres, Convictorios, Casas de Huérfanos y demás de misericordia, tambien han de ser recibidos los Expósitos sin diferencia alguna, y han de entrar á optar en las dotes y consignaciones dexadas y que se dexaren para casar jóvenes de uno y otro sexô, ó para otros destinos fundados en favor de los pobres huérfanos, siempre que las constituciones de los tales Colegios ó fundaciones piadosas no pidan literalmente que sus Individuos sean hijos legitimos, habidos y procreados en legitimo y verdadero matrimonio; y mando que las Justicias de estos mis Reynos y los de Indias castiguen como injuria y ofensa á qualquiera persona que intitulare y llamáre á Expósito con alguno de los nombres de

ilegítimo, bastardo, espureo, incestuoso ó aduiterino, y que además de hacerle retractar judicialmente, le impongan la multa pecuniaria que fuere proporcionada á las circunstancias, dandole la ordinaria aplicacion. Finalmente mando, que en lo succesivo no se impongan á los Expositos las penas de verguenza pública, ni la de azotes, ni la de horca, sino aquellas que en iguales delitos se impondrian á personas privilegiadas, incluyendo el último suplicio (como se ha practicado con los Expósitos de la Inclusa de Madrid) pues pudiendo suceder que el Expósito castigado sea de familia ilustre; es mi Real voluntad, que en la duda se esté por la parte mas benigna, quando no se varia la substancia de las cosas, sino solo el modo, y no se sigue perjuicio á persona alguna. Lo tendreis entendido y remitireis copias firmadas de este mi Real Decreto á los Gobernadores de mis Consejos de Castilla, y de las Indias, para que lo publiquen desde luego en ellos, y la comuniquen á los Tribunales correspondientes, y éstos á las respectivas Jurisdicias, y tambien los referidos mis Consejos enviarán copia á los Prelados Eclesiásticos, para que se enteren y puedan con su exemplo y exhortaciones á sus Diocesanos, inclinar su piedad al auxilio de unos pobres tan dignos de la caridad christiana, como son los Expósitos: Rubricado de la Real mano en Palacio á 5 de Enero de 1794. Al Duque de Alcudia: Publicado en el mi Consejo pleno el referido mi Real Decreto, se acordó su cumplimiento, y con su insercion librar esta mi Cédula. Por la qual os mando á todos, y á cada uno de vos en vuestros lugares, distritos y jurisdiciones, veais lo contenido en el expresado mi Real Decreto inserto, y lo guardeis, cumplais y executeis, sin contravenirle, ni permitir se contravenga á su literal contexto, ántes bien para que tenga su mas puntual y debida observancia dareis las órdenes y providencias que convengan: Y encargo á los MM. RR. Arzobispos, RR. Obispos, y demás Prelados Eclesiasticos de estos mis Reynos con jurisdiccion vere nullius, observen igualmente el mismo Real Decreto, y le hagan guardar y cumplir en la parte que les toca, sin permitir su contravencion en manera alguna.

Pragmática sancion de 23 de Marzo de 1776. sobre casamientos de hijos de familia. N. 6.

Art. III. Que si llegase á celebrarse el matrimonio sin el referido consentimiento ó consejo, por este mero hecho, así los que lo contraxeren, como los hijos y descendientes que provinieren del tal matrimonio, queden inhabiles y privados de todos los efectos civiles, como son el derecho á pedir dote ó legitimas, y de suceder como herederos forzosos y necesarios en los bienes libres que pudiera corresponderles por herencia de sus padres ó abuelos, á cuyo respeto y obediencia faltaron contra lo dispuesto en esta Pragmatica; declarando como declara S. M. por justa causa de su desheredacion la expresada contravencion é ingratitud, para que no puedan pedir en juicio, ni alegar de inoficioso ó nulo el testamento de sus padres ó ascendientes, quedando estos en el libre arbitrio y facultad de disponer de dichos bienes á su voluntad, y sin mas obligacion que la de los precisos y correspondientes alimentos.

Art. IV. Asimismo se declara que en quanto á los Vinculos, Patronatos, y demás derechos perpetuos de la familia, que poseyeren los contraventores, ó á que tuvieren derecho de succeder, queden privados de su goce y succesion respectiva; y asi ellos, como sus descendientes, sean y se entiendan postergados en el órden de los llamamientos; de modo, que pasando al siguiente

en grado, en quien no se verifique igual contravencion, no puedan suceder hasta la extincion de las líneas de los descendientes del fundador, ó personas en cuya cabeza se instituyeron los Vínculos ó Mayorazgos.

ART. V. Que si el que contraviniere fuere el último de los descendientes, pasará la sucesion á los transversales, segun el órden de sus llamamientos; sin que puedan suceder los contraventores y sus descendientes de aquel matrimonio, sino en el último lugar, y quando se hallen extinguidas las líneas de los transversales; bien entendido, que por esta declaracion no se priva á los contraventores de los alimentos correspondientes.

Pragmática sancion de 28 de Abril de 1803. sobre lo mismo.

Don Cárlos, &c. Sabed: que con fecha de 10 de este mes he dirigido al mi Consejo el Real Decreto siguiente.

REAL DECRETO » Con presencia de las consultas que me han hecho mis Consejos de Castilla é Indias sobre la Pragmática de matrimonios de 23 de Marzo de 1776, órdenes y resolaciones posteriores, y vários informes que he tenido á bien tomar, mando que ni los hijos de familia menores de veinte y cinco años, ni las hijas menores de veinte y tres á qualquiera clase del Estado que pertenezcan, puedan contraer matrimonio sin licencia de su padre, quien en caso de resistir el que sus hijos ó hijas intentaren, no estará obligado á dar la razon, ni explicar la causa de su resistencia ó disenso: los hijos que hayan cumplido veinte y cinco años, y las hijas que hayan cumplido veinte y tres, podrán casarse á su arbitrio sin necesidad de pedir ni obtener consejo ni consentimiento de su padre: en defecto de éste tendrá la misma autoridad la madre; pero en este caso los hijos y las hijas adquirirán la libertad de casarse á su arbitrio un año ántes; esto es, los varones á los veinte y quatro, y las hembras á los veinte y dos, todos cumplidos: á falta de padre y madre tendrá la misma autoridad el abuelo paterno y el materno á falta de éste; pero los menores adquirirán la libertad de casarse á su arbitrio dos años antes que los que tengan padre; esto es, los varones á los veinte y tres, y las hembras á los veinte y uno, todos cumplidos: á falta de los padres y abuelos paterno y materno, sucederán los tutores en la autoridad de resistir los matrimonios de los menores, y á falta de los tutores el Juez del domicilio, todos sin obligacion de explicar la causa; pero en este caso adquirirán la libertad de casarse á su arbitrio, los varones á los veinte y dos años, y las hembras á los veinte, todos cumplidos. Para los matrimonios de las personas que deben pedirme licencia, ó solicitarla de la Cámara, Gobernador del Consejo, ó sus respectivos Gefes, es necesario que los menores, segun las edades señaladas, obtengan ésta despues de las de sus padres, abuelos ó tutores, solicitándola con la expresion de la causa que estos han tenido para prestarla; y la misma licencia deberán obtener los que sean mayores de dichas edades, haciendo expresion quando la soliciten de las circunstancias de la persona con quien intenten enlazarse; aunque los padres, madres, abuelos y tutores no tengan que dar razon á los menores de las edades señaladas de las causas que hayan tenido para negarse á consentir en los matrimonios que intentasen, si fueren de la clase que deben solicitar mi Real permiso, podrán los interesados recurrir á Mí, así como á la Cámara, Gobernador del Consejo, y Gefes respectivos los que tengan esta obligacion, para que por medio de los informes que tuviere Yo á bien tomar, ó la Cámara, Gobernador del Con-

sejo, ó Gefes creyesen convenientes en sus casos, se conceda ó niegue el permiso ó habilitacion correspondiente para que estos matrimonios puedan tener ó no efecto. En las demás clases del Estado ha de haber el mismo recurso á los Presidentes de Chancillerías y Audiencias, y al Regente de la de Asturias, los quales procederán en los mismos términos: los Vicarios Eclesiásticos que autorizaren matrimonio para el que no estuvieren habilitados los contrayentes, segun los requisitos que van expresados, serán expatriados, y ocupadas todas sus temporalidades, y en la misma pena de expatriacion y en la de confiscacion de bienes incurrirán los contraventores: en ningun Tribunal Eclesiastico ni Secular de mis dominios se admitirán demandas de esponsales, sino que sean celebrados por personas habilitadas para contraer por sí mismas, segun los expresados requisitos, y prometidos por escritura pública, y en este caso se procederá en ellas, no como asuntos criminales ó mixtos, sino como puramente civiles: los Infantes y demás Personas Reales en ningun tiempo tendrán ni podrán adquirir la libertad de casarse á su arbitrio sin licencia mia ó de los Reyes mis sucesores, que se les concederá ó negará en los casos que ocurran con las leyes y condiciones que convengan á las circunstancias: todos los matrimonios que á la publicacion de esta mi Real determinacion no estuvieren contraidos, se arreglarán á ella sin glosas, interpretaciones ni comentarios, y no á otra ley ni Pragmática anterior. Tendráse entendido en el Consejo, y se dispondrá por él lo correspondiente á su cumplimiento. En Aranjuez á 10 de Abril de 1803. = Al Gobernador del Consejo.»

Por Real cédula de 25 de Septiembre de 1798. se impuso una contribucion sobre los legados y herencias. Habiendo ocurrido varias dudas acerca de su cumplimiento, se expidió otra en 22 de Diciembre de 1799. prescribiendo el órden y método de la exâccion; y por último en otra de 24 de Noviembre de 1800. se insertó un reglamento que es el que hoy rige. Los capitulos que tienen relacion con los contribuyentes y los Párrocos son los que siguen. N. 7.

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

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

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

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

5. En las succesiones transversales de Mayorazgo, Vínculo, Patronato de Legos, Fideicomiso, ó qualquiera otra de su clase, se exîgirá la mitad de la renta líquida de un año.

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

13. Los Párrocos darán inmediatamente á los Recaudadores de este dere-

cho, quando se lo pidan, aviso de todos los que se entierren en su respectiva Parroquia, con expresion de su nombre y vecindad, quedando á cargo de los Recaudadores averiguar lo demás que necesiten para llenar sus deberes, y reclamar el derecho en su caso.

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

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

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

17. El documento para deducir la contribucion en las testamentarias que la adeuden, y acreditar su importe, será un testimonio del Escribano ante quien se formalicen las judiciales ó se aprueben las extrajudiciales, en que poniéndose como cargo la suma total de los bienes, y como data la de sus débitos con los gastos de funeral, se saque el resto, y exprese la cantidad líquida de la herencia y la de los legados, concluyendo con lo que cada uno deba satisfacer segun las cuotas señaladas, poniendo el visto-bueno el Recaudador, y dando éste al contribuyente su recibo de pago.

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

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

20. Á continuacion de los indicados documentos se pondrá por el Recaudador el líquido haber para S. M. y la diligencia de cobranza, con nota de ha-

ber dado á los interesados con igual fecha el recibo correspondiente.

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

22. Si los sucesores transversales de Vinculos, Patronatos, Fideicomisos y otros semejantes falleciesen dentro del año primero de la posesion sin haber pagado esta contribucion, quedarán sus bienes obligados á satisfacer su importe á prorata del tiempo que disfrutaron las rentas hasta el dia del fallecimiento.

23. Si los Vinculos, Mayorazgos y Patronatos de Legos se hallasen en litigio, deberá pagar el derecho el Administrador ó Depositario, recibiéndolo de menos á su tiempo la persona á quien por la sentencia corresponda, comprehendiéndose en esta regla los pleitos pendientes.

24. Quando los Escribanos entren á actuar en los inventarios de bienes adquiridos por transversalidad, serán obligados á pasar aviso á los Recaudadores para su noticia, y de haberlo executado pondrán nota en los autos.

25. Si algun Escribano intentase por falta de noticias de las partes, ó de la instruccion necesaria obligar á estas á que formalicen inventario, como preciso para el pago de este derecho, contra la libertad concedida á los interesados de poder suplirlos por medio de relaciones juradas, devolverán duplos los derechos, y pagarán doscientos ducados de multa con la aplicacion ordinaria.

26. No se podrá dar posesion, sopena de nulidad, á los herederos y sucesores de las herencias y Mayorazgos, Vinculos y Patronatos, sin que paguen el derecho, ú otorguen obligacion de hacerlo dentro del término señalado, á satisfaccion del Recaudador.

27. En las herencias de bienes libres en que haya usufructuarios se pagará el derecho deduciendo su importe del capital, y no se adeudará otro por la muerte del usufructuario.

28. Si por el interes del comercio ó por otra justa y grave causa no conviniere á los herederos formar inventarios judiciales ó extrajudiciales, ni presentar con publicidad las relaciones juradas de los bienes hereditarios, podrán acudir á los Intendentes, á fin de que tomando éstos los oportunos informes reservados, y exigiendo con igual sigilo las manifestaciones que estimen conducentes á verificar la verdadera quantía de la herencia, transijan el derecho por una cantidad alzada, y pasen oficio al Comisionado principal en la misma capital para que perciba la cantidad que señalen.

34. Desde la publicacion de este Reglamento regirá solo lo prevenido en él; y los adeudos anteriores cuyo cobro estuviese pendiente se gobernarán por las reglas de su tiempo.

CAPITULO II.

DE LOS BIENES GANANCIALES.

§. *Único.*

1 Los bienes que marido y muger adquieren, y multiplican durante su matrimonio mientras viven juntos, se les comunican por mitad en estos Reynos de Castilla, aunque provengan de donacion que el Rey, ù otro les haga (1), ò si los compran, suele la venta en cabeza de uno, ò de ambos, porque se atiende al tiempo de su adquisicion, y no al sugeto en cuyo nombre aparecen comprados, pues para este efecto se gradúan, y estiman los dos por una sola persona, y sino consta, ni se acredita quales son, ò quanto importan los que cada uno llevó, ò durante el matrimonio le donaron, ò heredó, todos se presumen gananciales (2). Del mismo modo son comunes las deudas que contraen (3); pero cada conyuge tiene obligacion de satisfacer de los suyos propios, ya sean, ò no gananciales, las que contraxo, y tenia ántes de casarse. (4). Por una costumbre muy antigua, que llegó à tener fuerza de ley en la Ciudad y Obispado de Córdova, las mugeres no adquirian gananciales si no se pactaba expresamente; pero como resultasen de semejante costumbre perjuicios gravísimos en el órden y conservacion de los matrimonios con daños irreparables à las costumbres públicas, solicitó en el Consejo el año de 1789 Don Blas Manuel de Codes, siendo Diputado del Comun de aquella Ciudad, que anulándose la ley, costumbre ò estilo que gobernaba para esto en el Reyno de Córdova, se mandase que las mugeres que contraxesen matrimonios en él, fuesen tratadas como las de Castilla y Leon, donde eran comunicables los gananciales. El Consejo consultó à S. M. acerca de este punto, y habiéndose dignado conformarse con su dictá-

(1) Leyes 1. y 2. tit. 9. lib 5. Recop. (2) Leyes 1 tit. 3. lib. 3. del Fuero Real, y 203. del Estilo. Rodrig. Suar. en ella versic. Ad finem accedens:: y repet. cap. Per vestras col. 3. versic. Hodie tamen : : Monalvo en ella verb. de Consuno : : Matienzo en la 1. tit. 9. lib. 5. Recop glos. 2. n. 1.

(3) Ley 14 tit 20. lib. 3. del Fuero Real. (4. Leyes 1. tit. 3. lib. 3. del Fuero Real, y 207. y 223. del Estilo.

men, se expidió Real Provision en 10 de Junio de 1801. abolliendo aquella costumbre, y mandando que la ley general de la participacion de los gananciales en los matrimonios sea extensiva à las mugeres Cordovesas, segun y como se practica con las de Castilla y Leon (1).

2 De esta regla general se exceptúan varios casos, en que no se comunican à los casados los bienes que ganan mientras lo están. El primero, quando la novia subsiste en su casa, sin haber ido à habitar con su marido, pues entónces como no ha puesto trabajo, ni cuidado en su aumento y conservacion, (que es uno de los motivos, porque se concede à las mugeres la mitad) no debe participar de ellos. (2). El segundo, quando se divorcian por culpa de uno de ellos, pues el que la tuviere, nada llevará (3).

3 El tercero, quando cometen delito de lesa Magestad ù otro por el que segun derecho deben perderlos. Se reputan por gananciales todos los aumentados, hasta que por el crímen se declaran por perdidos, aunque éste sea de tal calidad, que por derecho incurra en la pena el agresor (4). Pero si la muger es adultera, ò se vuelve Mora, Judia, ù de otra secta, pierde no solo los gananciales, sino su dote, y arras, y se hacen del marido, pero si este tuviere hijos de ella, deben heredar esta parte de bienes, la qual no es comunicable á los hijos que tenga de otra muger (5), y lo mismo la sucederá si contra la voluntad de su marido se vá à la casa de hombre sospechoso, (6) porque se presume adultera. Si el marido apostatase incurre en la misma pena de perdimiento de los bienes gananciales.

4 El quarto, quando uno de los dos los adquiere por donacion que el Rey, ù otro le hace; ò por sucesion *ex testamento*, y donacion de algun estraño; ò *ex testamento*, ò ab intestato de sus

(1) Véase en el Apéndice esta Real Provision y la Circular de 14 de Abril de 1804, declaratoria de algunas dudas que ocurrieron. (2) Montalvo en dicha ley 1. del Fuero glos. 1. Palac. Rub. en la 16. de Toro num. 12. y rep. col. 2. versic. Unde lucra habitat : : : Sr. Covar. de Spons. part 2 cap. 7 §. 1. n 6. Castillo en la ley 16. de Toro vers. Durante el matrimonio : : Matienzo en la 2. tit. 9. lib. 5. Recop. glos 1. num 41 (3) Gom. en la ley 50. de Toro n. 72. versicul. Ex quibus notabiliter : : Matienzo en la citada ley 2. glos 1. n. 53. y sig. (4) Leyes 10. y 11. tit. 9. lib. 5 Recop. y 6. tit. 25. Part. 7. (5) Leyes fin tit. 2. lib 3. del Fuero: 23. tit 11. Part. 4.: 15. tit. 17. y 6. tit. 25. Part. 7. y 11 tit. 9 lib. 5. Recop. (6) Leyes fin. tit. 2. lib. 3. del Fuero, y 15. tit. 17. Part. 7.

consanguineos, pues probando ser suyos por alguna de estas causas, no tiene el consorte parte en ellos; (1) y la razon es, por no ser visto haberlos donado, ni dexado à los dos, sino à él solo; fuera de que la adquisicion que se hace por succesion, no pertenece à la sociedad (2), ni por consiguiente es comunicable à los socios. El quinto, quando son castrenses, ó provienen de salario ó estipendio militar. Esto se limita, si los adquieren à expensas de ambos, pues entónces al modo que éstas son comunes, deben serlo los salarios, porque son sus frutos, y éstos de qualquier calidad que sean se comunican igualmente entre los casados, por cuya razon los bienes quasi castrenses no son comunicables, pues el oficio de Juez, Abogado, Escribano, &c. que exerce el marido es la propiedad, y lo que con qualquiera de ellos gana, es fruto (3), y este se les comunica.

5 El sexto, quando la muger vive deshonestamente estando viuda. Entonces no solo pierde los gananciales, sino que debe restituirlos à los herederos de su marido, aunque sean estraños (4). El septimo, quando la muger los renuncia ántes, al tiempo, ò despues de haberse casado. En este caso valdrá el pacto, ò renunciacion, así de los presentes como de los futuros, pero no debe pagar deudas (5).

6 El octavo, quando el marido con Real permiso, ò sin él hace reparos y mejoras en las fortalezas y cercas de las Ciudades, Villas, Lugares, Casas, y heredamientos de su mayorazgo, pues la muger, sus hijos, herederos y succesores no tienen derecho à pedir la mitad de ellas, que como gananciales debia tocarles, ni el de mayorazgo está obligado à darles cosa alguna, porque se consolidan con su propiedad (6).

7 Y el noveno, quando alguno de los conyuges lleva solamente en propiedad al matrimonio una, ò mas alhajas, de que

(1) Leyes 1. y 3. tit 9. lib. 5. Recop Gomez en la 50. de Toro versic. Secundus, y tertius est : : : (2) Leyes Nec adjecit 9. y Et quia 10. ff. Pro socio, y si societatis 4 Cod. eod. Matienz. en la 3. tit. 9. lib 5. glos. 6. n. 1. y fin 3) Gom. en dicha ley versic. Quartus est: n. 72. (4) Leyes 5. y 11. t. 9. lib. 5. Recop. 5) Ley 9. tit. 9. lib. 5. Recop. Merquecho de Divisione bonor. lib. 2. cap. 15. n. 8. y cap. 16. n. 1. y 2. Rodrig. Suar. en la ley 1. tit. de las Ganancias, lib. 3. del Fuero, Gom y Castillo en la 60 de Toro, Palac. Rub. in Repet. Rub. de Donat. inter vir. & uxor. §. 47. num. 13. 19. y 20. y §. 63. n. 2. Advent. respons. (6 Ley 6. tit. 7. lib. 5. Recop. Gom. en la 46. de Toro, Matienzo en la 6. citada, glos. 3.

un tercero tiene el usufruto, y por muerte del usufructuario recae éste en el dueño de aquella, porque como proviene de la misma causa porque se adquirió la propiedad, y se consolida con ella, no se contempla cosa distinta, y así no tiene estimacion el usufruto adquirido en estos términos, ni es comunicable al otro conyuge, ántes bien se gradúa para este efecto como si la hubiera llevado en propiedad, y usufruto à su matrimonio; pero los frutos que las alhajas producen, se comunican à los casados, y deben servir para ayudarles à mantener las cargas matrimoniales (1).

8 Aunque uno de los casados lleve al matrimonio, ò adquiera durante él mas bienes que el otro de qualquier calidad que sean, sin excepcion ni distincion de castrenses, quasi castrenses, adventicios, ni profecticios, se comunican por igualdad à entrambos todos los frutos que producen (2), porque estos no gozan del privilegio que los bienes referidos. Si los frutos son de árboles, viñas ò huertas, basta que aparezcan ò se vean nacidos, pues no viéndose, tocan al dueño del fundo, y se consolidan con su propiedad. Si el fundo está sembrado con trigo, cebada, ù otra semilla que no ha nacido, ni se vé, entonces se ha de dividir ésta, ò su valor entre los conyuges, y si nada está sembrado nada se comunicará, y solo tendrá obligacion el dueño propietario de satisfacer al conyuge, ò à sus herederos la mitad de los gastos hechos en sus labores aquel año (3). Si los frutos son de rebaños, ù otros animales productivos, ya estén nacidos, ò en el vientre de sus madres, se comunican tambien à los conyuges (4); lo qual se practica en las particiones, en cuyo tratado lib. 1. cap. 5. § 5. lo explicaré con mas extension, por ser su propio lugar.

9 Si el marido lega alguna cosa à su muger, no se la ha de contar en su parte de gananciales, sino entregarsela de los bienes propios de su marido (5); y lo mismo debe practicarse, quando ella le hace algun legado, porque versa igual razon. Si ambos casan algun hijo suyo, y le prometen dote, ù donacion deben pagarsela por mitad de los gananciales, y no habiendolos, de sus

(1) Leyes 4. ff. de Jur. dot y 4. y 5. tit. 9. lib. 5. Recop. Gom. en la 50. de Toro n. 78. y lib. 2. Var. cap. 15. n. 21. Sr. Castillo, de Usufructu cap. 76. Señor Covarrubias. de Matrim. part. 2. cap. 7. §. 1. num. 11. (2) Leyes 4. y 5. tit. 9. lib 5. Recop. (3) Leyes 10. tit. 4. lib 3 del Fuero Real, y 26. tit. 11. Part. 4. (4) Gom. en la ley 50. de Toro, num. 71. Matienzo en la 4. tit. 9. lib. 5. Recop. glos. 1. n. 4. (5) Ley 7. tit. 9. lib. 5. Rec.

bienes patrimoniales; pero si uno solo se la ofrece, está obligado à satisfacerla; (1) de lo qual trataré mas latamente en el lib. 1. cap. 4. de mi segunda parte.

10 Quando el marido enagena constante matrimonio algunos de los gananciales, ó todos, lo que puede hacer sin consentimiento ni licencia de su muger no siendo castrenses ni casi castrenses, valdrá la enagenacion, porque la muger no tiene uso ni dominio en los gananciales hasta que el marido muere. Pero si los enagena con el fin de perjudicarla, y esto se prueba, será nula la enagenacion y tendrá derecho à los gananciales. Consistiendo los bienes enagenados en número, peso, ó medida, ó siendo muebles, que no existen, debe el marido de su patrimonio, ó sus herederos reintegrarla su parte, y en su defecto deducirsele de la suya, y aplicarla à su muger, porque es visto haber enagenado los suyos, y no los de esta por defecto de potestad. Si el marido es pobre, puede la muger haciendo previa excusion en sus bienes, demandar la parte que la corresponda al que los posea, por haber sido enagenada en fraude, y perjuicio suyo; pero existiendo, no necesita hacer la excusion para reivindicarla del poseedor (2). En quanto à si podrá, ó no donarlos hay variedad en los AA. y conformándome con lo que afirma *Acevedo en la ley 5. tit. 9. lib. 5. Recop. num. 9. al 18.* conciliando las opiniones digo que si, con tal que la donacion sea á consanguineos, ó muy moderada, de modo que en qualquier evento no defraude à la muger en la mitad, ó mas del haber que en ellos la toca, porque el marido es el que regularmente los gana con afanes y desvelos, y la muger poco trabajo tiene en conservarlos, mayormente en estos tiempos, en que muchas no solo no debian llevarlos, sino perder de su dote y herencias lo que en luxo, y otras superfluidades desfalcan à los maridos; sobre lo qual habia de haber consideracion à su mas, ó menos aplicacion, para refrenarlas de esta suerte su beleydad, locura y prodigalidad, y obligarlas por este medio à cumplir con su obligacion, como lo harian si la ley, y los AA. demasiado afectos, y apasionados no las protegiesen tanto.

(1) L. 8. t. 9. l. 5. Recop. (2) Gom. en la ley 50. de Toro n. 72. vers. Quintus : : : y n. 73. y 74.

APENDICE AL CAP. II.

Provision de 16 de Junio de 1801. declarando que las mugeres Cordovesas deben participar de los gananciales como las de los Reynos de Castilla y de Leon.

Siendo Diputado del Comun de la Ciudad de Córdova Don Blas Manuel de Codes, representó al Consejo en 9 de Mayo de 1789, que uno de los estorvos capitales que habia tenido y tendria aquella no poblacion para no conseguir su felicidad, era que las mugeres no participasen gananciales en los matrimonios, lo que los retrahia del trabajo y ocupacion que por lo comun era, ó debia ser en obras manuales, objeto el mas útil é importante, siendo consiguiente la desaplicacion, disipacion y el vicio faltando la esperanza del premio, que es el que estimula al trabajo. Que el cuerpo del derecho Español estaba tan distante de dar enunciativa de ello, que ántes al contrario mandaba que lo que ganasen marido y muger durante su matrimonio fuese partible por mitad, inclinándose por lo mismo á creer, que como dicha Ciudad y parte de su Reyno fué frontera de Moros mucho tiempo, las gentes que la poblaban eran quasi todas de armas y sus bienes heredados ó adquiridos reputados por castrenses, y por lo mismo excluidas las mugeres de su participacion, lo que se habia ido continuando de modo que se tenia por ley, tanto que algunos padres ántes de ahora, deseosos de exîmir á sus hijas de tal tiranía las llevaban fuera á celebrar sus matrimonios, hasta que de algunos años á esta parte contrataban el que hubiesen de tener gananciales, pero esto lo hacian pocos, pues los mas no se atrevian á pronunciarlo: siendo constante que las mugeres que se casaban por sí, no pensaban en otra cosa, que en lograr marido, y el comun del pueblo jamás se acordaba de esto; y que siendo, como era cierto, el hecho, y el efecto perjudicialísimo á la causa pública por las razones expresadas, pidió al Consejo se sirviera consultar á S. M. inclinando su Real justificacion para que tuviese á bien de anular la ley, costumbre ó estilo que gobernaba para esto en el Reyno de Córdova, mandando que las mugeres que contraxesen matrimonios en él, fuesen tratadas como las de Castilla y Leon. Vista por el Consejo esta representacion y otras que se le dirigieron sobre el mismo asunto, y teniendo presente lo informado por el Acuerdo de la Chancillería de Granada con audiencia del Ayuntamiento de la Ciudad de Córdova, y lo expuesto por el Procurador general del Reyno, y por los tres Señores Fiscales, hizo consulta á S. M. en 17 de Abril de este año, manifestando entre otras cosas, hallaba sin género de duda que la ley general, por la qual las mugeres reportan la mitad de los bienes ganados en el consorcio, era de extender á las mugeres Cordovesas de todo aquel Reyno, y que contenia injusticia lo contrario, porque no habia, ni hay ley, ni fuero escrito que lo prohiba á pesar de la voz comun vulgar, y sin origen legítimo de que los Señores Reyes Católicos, ó mas bien la Reyna Doña Isabel, decretase en voz la pretendida prohibicion en pena de la vagancia y desaplicacion de las mugeres Cordovesas: que esta supuesta costumbre tenia por decontado la nota de inconstante; así porque en el mismo Reyno hay muchos pueblos en que no se conoce, como porque en la misma Ciudad se destruye con el pacto ántes de

poderse experimentar, si se verificaba ó no la causa impulsiva de ello, que de todos modos seria y es injusta y perjudicial al matrimonio; injusta, porque dexa sin premio el mérito de las mugeres virtuosas, que han cumplido con la obligacion de acrecentar el patrimonio de la familia, de que son un agente principal; y perjudicial, porque funda y fomenta la inaccion y el aborrecimiento de los cuidados domésticos de la economía y prosperidad de las casas que necesariamente gobiernan: que tambien hallaba el Consejo, que el comunicar á las mugeres Cordovesas la ley general de las ganancias, era conforme á los principios y reglas generales del contrato de Sociedad que se induce y establece con el matrimonio, y que al sacar de sus quicios, el que convienen ó tratan los Cordoveses, seria una deformidad muy de bulto, para la qual habria de darse un motivo, ó causa de gravísimo peso, y esta era desconocida por todos terminos: que todavia seria conforme á las reglas de justicia el que las Cordovesas participasen de las ganancias, si estas se considerasen puramente como premio de los cuidados ú afanes con que contribuye la muger casada á la felicidad de la familia; y que estando en favor de todas la presuncion de que cumplen sus obligaciones, no seria razonable envolver á todas en el castigo de las viciosas, quienes analógicamente á sus descaminos eran corregidas en los casos prevenidos por derecho. Enterado S. M. de dicha consulta, y por su Real resolucion dada á ella, tuvo á bien conformarse con el parecer del Consejo, y en su cumplimiento se expidió esta Real Provision. Por la qual se manda abolir en quanto sea necesario la supuesta ley, costumbre ó estilo que haya gobernado hasta ahora en la Ciudad de Córdova, de que las mugeres casadas no tengan parte en los bienes gananciales adquiridos durante el matrimonio: y que la ley general de la participacion de las ganancias en los matrimonios sea extensiva á las mugeres Cordovesas de todo aquel Reyno, segun y como se practica con las de Castilla y Leon.

Circular de 14 de Abril de 1804.

Con fecha de 6 de Marzo de 1802 se comunicó circularmente la resolucion tomada por S. M. á consulta del Consejo, en que tuvo á bien abolir la costumbre que habia gobernado hasta entónces en la ciudad de Córdova, de que las mugeres casadas no tuviesen parte en los bienes gananciales adquiridos durante el matrimonio, y mandar que la ley general de la participacion de las ganancias en los matrimonios fuese extensiva á las mugeres de todo aquel Reyno, segun y como se practica en los de Castilla y Leon.

De resultas de esto se ocurrió á S. M. manifestando las dudas y pleytos que podian suscitarse sobre la inteligencia de dicha resolucion, y pidiendo se sirviese declarar si la participacion de ganancias á las mugeres Cordovesas debia entenderse solo en los matrimonios celebrados despues de su circulacion; si era extensiva á los contraidos en tiempo en que se hallaban privadas de este beneficio; ó si en este caso deberian ser propias del marido las ganancias habidas hasta el tiempo en que se publicó la ley, y partibles desde esta época hasta el dia de la disolucion del matrimonio.

Esta representacion se remitió de órden del Rey al Consejo para que expusiese su dictámen; y habiéndolo executado en consulta de 17 de Diciembre del año próximo con inteligencia de lo propuesto por los tres Señores Fisca-

les, por Real resolucion á ella, que fué publicada en 12 de Enero último, conformándose S. M. con el parecer del Consejo, y teniendo presente que la expresada Real determinacion no es derogatoria de alguna ley, fuero ó costumbre racional anterior, sino declaratoria de un derecho de que solo han estado privadas las mugeres Cordovesas por una supuesta costumbre, ó mas bien pernicioso abuso, se ha servido declarar que comprehende no solo los matrimonios contraidos despues del 28 de Mayo de 1801 en que se publicó en el Consejo, sino tambien todos los celebrados ántes de aquel dia, y que subsistian en él; pero con exclusion de los que se hubiesen disuelto ántes de aquella época, por evitar los inconvenientes que produciria la extension á ellos.

Lo que participo á V. de órden del Consejo, á fin de que haciéndolo presente en el Acuerdo de ese Tribunal, se halle enterado para su observancia en los casos que ocurran, y disponga se circúle á los Corregidores, Alcaldes mayores y Justicias de su territorio en la forma de estilo.

CAPITULO III.

De los bienes que deben reservar el viudo ó la viuda á los hijos del primer matrimonio.

§. *Único.*

1. La muger que contrae segundas nupcias, está obligada á reservar á los hijos de su primer matrimonio la propiedad de todos los bienes que hubo de su marido por Arras, Testamento, fideicomiso, Legado, Donacion entre vivos, ó por causa de muerte, y por otro qualquier título lucrativo, aunque antes de casarse se los haya donado francamente, á cuya donacion llaman en latin *Sponsalitia largitas*. Por esta causa no puede enagenarlos, hipotecarlos, gravarlos, ni disponer de ellos entre los del segundo matrimonio, ni entre otros parientes, ni extraños por no ser propiedad suya, ántes bien los suyos propios están tácitamente afectos, é hipotecados á su responsabilidad, ó á la de su importe: debe dar suficiente caucion y seguridad de restituirselos, y usar de ellos á arbitrio de buen varon, que es como buen administrador, y padre de familia (1), pues por el hecho de volverse á casar, pierde el dominio en su propiedad, y la queda solo el usufruto mientras viva; razon porque no puede mejorar con estos

(1) Leyes 16. tit. 13. Part. 5. 1. tit. 2. lib. 3. del Fuero Real. Feminæ 3. Cod. de Secund. nupt. y Mater, quæ Cod. ad Tertyllian.

bienes à ninguno de los hijos de su primer matrimonio, y así deben dividirlos entre si con igualdad, ò à prorrata de su haber con arreglo à la institucion, y Testamento paterno; (1) lo que prevendrá el Contador en las particiones para que conste à los interesados, y à su tiempo usen de su derecho.

2 No solo está obligada à reservarles los mencionados bienes, sino los que herede por muerte ab intestato de alguno de ellos; pero en este caso reservará unicamente los que el hijo difunto heredó de su padre, mas no los que le donó otro pariente ò estraño, aunque sea por contemplacion de su padre, ó adquiridos con su industria y trabajo: ò le dió alguno, ò los que vendió, ò permutó: ò los que recayeron en ella por otro qualquiera titulo que no sea de sucesion: ni quando queda viuda ántes de los 25 años, aunque dentro de la viudedad los cumpla, pues la menor edad la exime de la pena de reservacion: ni tampoco los que el hijo la dexó en Testamento, porque en el ab intestato sucede meramente por ministerio, y disposicion de la ley, y *ex testamento* por la de ésta, y mediante la voluntad de su hijo como si fuera estraño (2), bien que en mi concepto lo mismo debe proceder *ex testamento* que *ab intestato*, excepto en la parte de que el hijo puede testar, y así deberá reservar las dos terceras partes, y la otra tercera no, porque de ella puede disponer à favor de quien quisiere, en virtud de la *ley 6 de Toro*, y no disponiendo, se verifica que suceden en ella mediante su voluntad, como sucederia un estraño. Y respecto ser esto opinable, se adherirá cada uno al dictamen que mas le convenza.

3. Procede esta obligacion no solo quando la muger se casa segunda vez, sino dos, tres, ò mas, por lo que debe reservar à cada hijo, ò hijos los bienes que de su respectivo padre hubo (3); pero si el marido, ò maridos la concedieron licencia para volverse à casar, ò despues de viuda la impetró del Rey, ò de sus hijos, no está obligada à reservarlos, ántes bien se dividirán entre todos con igualdad (4), porque siempre que los bienes están uni-

(1) Auth. Ex testamento: Authent. In donatione, y Auth. Lucrum, Cod. de Secund. nupt. (2) Auth. Ex testamento, Cod. de Secund. nupt. Matienzo en la ley 3. tit. 1. lib. 5. Recop. glos. 2. n. 15. y 16. Morquecho de Divis. bonor. lib. 4. cap. 12. num. 2. al 7. (3) Ley Cum aliis 4. Cod. de Secund. nupt.

(4) Ley 3. tit. 12. Part. 4. Boer. decis. 185. num. 5. Fachineo controv.

dos con pleno derecho al patrimonio de alguno, no se debe hacer distincion, ni separacion de ellos sino en los casos por derecho expresos (1).

4 En todos los casos en que la muger está obligada à hacer la reservacion à sus hijos, en los mismos sin limitacion, ni excepcion lo está el marido si vuelve à casarse (2); pero de los bienes que multiplican y adquieren con su industria constante matrimonio, nada tienen obligacion de reservarles, aunque se casen muchas veces, y del tal matrimonio, ò matrimonios en que adquirieron los bienes, hayan hijos, ántes bien pueden disponer de ellos como de los patrimoniales, porque los adquieren con su industria y trabajo, que es título oneroso (3).

5 Todo lo que dexo explicado, procede, y há lugar quando por muerte del conyuge que sobrevive quedan bienes suficientes para satisfacer à los hijos del anterior matrimonio el importe de los heredados del hijo, ò hijos muertos, y à la muger ultima su dote, arras, y demás derechos que llevó, y constante el suyo heredó, ò quando existen los mismos bienes; pero en caso que no haya para todos y la madre haya dexado, v. gr. tres hijos, y el padre heredado de dos de ellos, que murieron ab intestato sin succesion, ò en la edad pupilar, las legitimas maternas que les tocaron, è importó la dote de su madre, y despues de muertos, ò ántes vueltose à casar ¿se pregunta si muerto el padre, y no existiendo los bienes maternos, será preferida la muger ultima, ò sus hijos por su dote al hijo que sobrevive del matrimonio precedente que pretende la hereneia, ò parte materna de sus dos hermanos difuntos que su padre debió reservarle, y de que perdió la propiedad por haber pasado à segundas nupcias?

6 En este caso parece que será preferido el hijo del matrimonio anterior, porque el privilegio dotal no solo compete à la muger contra los bienes de su marido, sino à sus herederos legitimos; de suerte

jur. lib. 3. cap. 65. Gomez en la ley 14. de Toro n. 6. Matienzo en la 3. tit. 1. lib. 5. Recopil. glos 2. num. 43. (1) Ley fin. in fin. ff. de Inofficios. testam. Gomez en la 8. de Toro. n 9. Sr. Covar. in Epitome de Succes. ab intest. n. 9. y 10. (2) Leyes Generaliter 5 Si quis prioris 8. §. in fin Cod. de Secund. nupt. y 4. tit. 1. l. 5. Recop. (3) Ley 6. tit. 9. lib 5 Recop. Gutier. lib. 2. pract q 95. num. 21. Gom. en la ley 14. de Toro, n. 6. Matienzo, en la 3. tit. 1. lib. 5. Recop. glos. 2. num. 43.

que en concurrencia de dos dotes la que es primero en tiempo lo es en derecho, por ser creditos de una naturaleza, y gozar ambas del mismo privilegio de prelacion: y solo tendrá preferencia la segunda en los bienes dotales conocidos que existan. Pero en mi concepto lo contrario es lo cierto: lo primero, porque el hijo que sobrevive al tiempo que su madre murió, no tuvo mas derecho como uno de tres que á la tercera parte de la dote, ni puede adquirirlo despues por estár satisfecho de ella, por lo que la accion que le compete, no es dotal, sino hereditaria provenida de la muerte ab intestato de sus hermanos, de quien es heredero, pues en el instante que ellos, ó su padre como su legítimo administrador se apoderan de los bienes de su difunta madre, se hacen estos patrimonio suyo, y cesa la accion y privilegio de dote, por no transmitirse éste al heredero de su hijo, ni á otros, ni revivir despues que espiró; y solo será dotal quando el hijo, ó descendiente legitimo por no hallarse reintegrado de su legitima materna, ó abolenga, la pretende. Lo segundo, porque para repetir los bienes referidos le concede la ley únicamente tácita hipoteca sin privilegio de prelacion contra los de su padre; y aunque es primera en tiempo á la de la dote segunda, como la de ésta tiene el de antelacion segun derecho (1) á todas las tácitas anteriores que carecen de él, debe serlo tambien por su dote la muger segunda á quien compete. Y lo tercero, porque el padre en el instante que fallecen sus hijos se hace dueño de sus bienes en virtud de la ley 6. de Toro, y la reservacion á que le obligan las leyes citadas en los números precedentes, no es otra cosa que una pena, que le imponen porque vuelve á casarse, pues se presume que amará mas á la muger segunda, como que la disfruta, y á sus hijos, y por enriquecerlos defraudará á los de la primera, y no es justo que los de aquella se lucren con los bienes de ésta, por no ser sus parientes por aquella linea, por lo que pierde su propiedad, y pasa al hijo que sobrevive, el qual por beneficio de la ley es heredero forzoso ab intestato de sus hermanos como consanguineo mas cercano, y viene á ser lo mismo que si murieran despues que su padre sin Testamento, ni tener mas bienes que los maternos, por lo que se queda en la cla-

(1) Leyes 33. tit. 13. Part. 5. Licet. 7. Cod. Qui potior. in pignor. hab. y Dotis Cod. de Jure dot.

se de acreedor hipotecario legal sin otro privilegio, ni antelacion que la que el tiempo le dé en concurrencia de otros iguales en la tácita hipoteca. Y aunque se diga que los hereda inmediatamente de su madre, y no de sus hermanos, esto es alucinarse, y querer confundir la luz con una pura ficcion, y sofistería, pues no puede haber inmediacion donde hay tácita interposicion de personas. Tampoco sirve decir que este caso está comprehendido virtualmente en la regla de que: *en concurrencia de dos dotes la primera en tiempo lo es en derecho*, porque á mas de no estarlo y deberse entender la legal disposicion segun suena, se ve que á la dote se conceden expresamente dos privilegios, uno de tácita hipoteca, y otro de prelacion; y á los bienes reservables, ó (hablando con propiedad) al hijo contra los del padre el de tácita hipoteca solo. Si los estimara dotales, se los concederia igualmente, como se prueba del hecho mismo de no estár obligado el padre á reservar los que el hijo adquirió por otro título lucrativo, y de que quando la madre hace la reservacion, no procede la accion del hijo por razon de dote, porque los del padre no gozan del privilegio dotal, por no ser dotales, sino por accion penal, y de reivindicacion de bienes propios poseidos por un tercero con cargo de restitucion, y prohibicion de enagenarlos. Mas lo referido se limita, si los bienes reservables existen, pues entonces debe llevarlos el hijo, por ser los mismos que dexó su madre, tener dominio en su propiedad desde que su padre se casó, y haber sido éste un mero usufructuario obligado á devolverlos.

7 La muger que se casa dentro del año de la viudedad, está obligada á restituir á los herederos de su marido la mitad del lecho quotidiano, si se deduce de los gananciales, como habiéndolos debe deducirse, y si no los hay, y por este motivo se saca de los bienes propios de su marido, á volverlo enteramente á los hijos procreados en aquel matrimonio, pues por ser hacienda de su padre, les pertenece en posesion, propiedad y usufructo, (1) y aunque algunos afirman que solo tiene obligacion de reservarselo, y ha de gozar de su usufructo durante su vida, no me conformo con su dictamen, porque la *ley 6. tit. 6. lib. 3. del fuero Real* que

(1) Ley 4. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real. Montalv. en ella. Gutierr. lib. 2. pract. quæst. 93. 94. y 95.

de esto trata, y está en uso, y no derogada, no dice tal cosa, segun se prueba de su contexto: : : *Si el marido, ò la muger muriere, el lecho que habian quotidiano, finque al vivo; è si se casare, tornenlo à particion con los herederos del muerto.* Sobre lo qual véase mi segunda parte lib. 1. cap. 6. La propia obligacion tiene el marido en caso de volverse à casar; por lo que si al tiempo de hacerse la particion están casados otra vez (ya sea dentro, ò fuera del año de la viudedad, pues la ley no distingue) no se les debe abonar; y asi se executorió años pasados en el Consejo, confirmando cierta sentencia de Don Juan Gayon, Teniente Corregidor de esta Villa, por la qual aprobó la particion hecha en estos términos, de que entre otras cosas se habia agraviado una viuda casada segunda vez. Se previene que aunque el Testador legue al conyuge que sobrevive el quinto, se le debe entregar el lecho, ò su importe, porque se lo concede el derecho, y es deuda contra sus bienes à falta de gananciales.

CAPITULO IV.

DE DOTES Y ARRAS.

§. I.

1. Esta voz, ò palabra *Dote* tiene diversos significados segun se aplica. Unas veces llaman dote à las virtudes morales, y prendas naturales de que el hombre está adornado. Otras à las perfecciones y dones sobrenaturales de que Dios dota graciosamente à las criaturas. Y otras veces se entiende civil, y juridicamente por lo que se da por razon de casamiento, y de esta dote paso à tratar en la siguiente forma.

2. La Dote entendida civil, y juridicamente es como una manera de donacion que la muger hace de sus propios bienes á su marido por razon de casamiento; ò todo lo que la muger lleva al matrimonio, y entrega, ù otro en su nombre à su marido para ayuda de mantener con sus frutos las cargas matrimoniales. Y *donacion propter nuptias* es lo que el marido, ò esposo da, ù ofrece à su muger, ò esposa por razon de casamiento, y à esta dona-

cion llaman vulgarmente en estos Reynos: *Arras*, *ò dotacion* (1).

3. El marido puede constituir, y aumentar, asi ántes como despues de contraer matrimonio, la donacion que haga à su muger, y ésta su dote igualmente, y uno y otro han de tomar posesion de lo que mutuamente se dan y no de otra suerte, à menos que en el lugar de la celebracion del contrato haya costumbre contraria (2), pero el dominio, y usufruto de todo, corresponde siempre al marido para mantener las cargas matrimoniales (3).

4. Los bienes de la dote se llaman *adventicios* y *profecticios*. Los adventicios son los que la muger entrega por sí misma, ò su madre, tio, primo, ò pariente por linea materna, ò algun estraño à su marido en su nombre, ò los que la muger adquiere con su industria ántes de casarse, ò algun estraño la da. Llamanse *adventicios*, porque no provienen del padre, abuelo, ni de otro ascendiente por esta linea. Y los profecticios son los que la da su padre, ù otro pariente por linea paterna, ò algun estraño por respeto y atencion de su padre (4).

5. Las Arras son de tres maneras. Unas lo que el esposo dá, ù ofrece à la esposa por razon de la dote que con ella recibe; ò por honor del matrimonio, y atencion à la virtud, honestidad, y otras apreciables prendas y circunstancias de que está adornada, que es lo mas frecuente; ò por remuneracion y recompensa de su virginidad y nobleza, bien que esto es indecoroso, y ruboroso en mugeres de honor y juicio; lo uno, porque el marido jamás se ennoblece con los brillos de su muger, y lo otro, porque suena à venta de su cuerpo. A esta oferta ò dádiva llaman comunmente tambien *donacion propter nuptias*, ò *dotacion*, que antiguamente se llamaba *ante nuptias*, porque se hacia ántes del matrimonio, hasta que el Emperador Justiniano permitió que se pudiese hacer constante él: su dominio pasa irrevocablemente à la muger, y por su muerte à sus herederos. Otras, lo que el esposo da simple y francamente á la esposa para su adorno, v. gr. anillos, aderezos, &c. ò ésta à él con esperanza, y fin de casarse. Esta donacion

(1) Leyes 1. tit. 11. Partid. 4 Plerumque 10 § 3. y Arg. leg. Dotis 1. ff. de Jure dot. (2) Leyes 1. tit. 11. Part. 4 y pen. y ult. Cod de Donat ante nupt. Begnudel. Bibliotb. verb Dos. num 30 (3) Ley 7. tit 11. Partid 4. (4) Leyes 2. tit. 11. Partid. 4. Profecticia 4. ff. de Jur. dot. y unic. Cod. de Rei uxoriæ act.

se llama en latin, *Sponsalitia largitas*, y en ella puede el donante imponer condiciones à su arbitrio, y aunque no se exprese que es con el fin de casarse, se entiende así (1). Quando ganan, ò no esta donacion los esposos, ya se siga, ò no el matrimonio, lo trata *Gom. en la Ley 52 de Toro* num. 1. y siguientes, cuya explicacion omito por no ser precisa al Escribano. Y otras lo que los esposos de futuro se prometen, ò entregan antes de contraer matrimonio en señal, ò prenda para justificar y hacer constar los esponsales de futuro; ò una especie de pena que se imponen, para que la pague el que se aparte, y en lo antiguo tambien se daban para confirmacion del matrimonio (2), lo qual no se practica hoy. Otra donacion suelen hacerse marido y muger despues de consumado el matrimonio, sobre cuya validacion ò insubsistencia, y de qué bienes puede ser hecha, véase el capitulo 5.

6 Los bienes de los casados se nombran de diversos modos. Unos se llaman *dotales*, y son los que la muger, ù otro en su nombe entrega a su marido para ayudar à mantener las cargas matrimoniales, y de ellos corresponde à la muger el dominio natural, y a su marido el civil durante el matrimonio, que es la administracion y usufruto; y así la dote se llama patrimonio propio de la muger (3). Esto se entiende, excepto que las utilidades que se percibian del fundo dotal no provengan de fruto, ò no deban estimarse por rédito, sino por suerte principal que aumente la dote, como sucede quando el novio recibe ántes de casarse algunos bienes fructiferos de la novia, y se está aprovechando de ellos sin darla de vestir, ni otra cosa, pues en este caso el importe de sus frutos es aumento, y no réditos de la dote (4), y disuelto el matrimonio se transfiere en la muger el dominio civil, y se consolida con el natural (5).

7 En dos casos se transfiere irrevocablemente al marido el dominio civil y natural de los bienes dotales, con obligacion de restituir su importe disuelto el matrimonio. El primero, quando la dote consiste en bienes muebles, que se consumen con el uso y son los que se cuentan, miden y pesan, ò dinero; y el segundo,

(1) Ley 2. tit. 1°. Part 4 Parlador different. 124. (2) Parlador. ibi. n. 6. (3) Ley In rebus 30. Cod. de Jure dot. ley Filius, ff. de Collation. bonor. ley Pater, ff de Evict. y ley Quamvis, ff de Jure dot (4) Leyes 7. y 28. tit. 11. Partid. 4. y 7. y 12. ff. de Jur. dot. (5) Ley Dotis, ff. Solut. matrimonio.

quando se le dan valuados con estimacion que causa venta; (que en duda siempre la causa) en cuyos casos puede hacer de los bienes lo que quisiere como suyos, y es de su cuenta y riesgo el incremento ò decremento que padezcan; lo qual se entiende efectuandose el matrimonio, pues si no tiene efecto, aunque se estimen, y los tenga en su poder ántes de contraerlo, toca à la esposa su deterioro, ò aumento (1). Pero si el marido despues de casado los vende, y no tiene con que reintegrarlos, puede su muger recobrarlos, ò su importe del comprador à eleccion de éste, haciendo previa excusion en los bienes del marido (2).

8 Si son inmuebles, y el marido los recibe sin apreciar, ò con estimacion que no causa venta, pertenece à su muger su dominio natural irrevocable en ellos, y su deterioro ò aumento, y el civil al marido, el qual no los puede enagenar, obligar, ni hipotecar aunque su muger lo consienta, porque jamás se transfiere en él su dominio natural y verdadero (3); excepto si ésta concurre à la celebracion del contrato, se obliga espontáneamente con juramento à no reclamarlo ni contravenirlo (4), y renuncie (como puede) el derecho y accion hipotecaria que la compete contra los bienes de él (5), pues conteniendo estos requisitos, valdrá su enagenacion y gravamen.

9 Causa venta la estimacion de los bienes dotales, quando se aprecian de tal suerte que se entregan al marido como vendidos por el precio en que se valúan; en cuyo caso le toca el desfalco ò incremento que tengan. Todos los suyos presentes y futuros están tácitamente obligados à su responsabilidad, y su muger es preferida à los demás acreedores en su importe (6), excepto en los casos que explicaré en el §. II; pero si no se le entregan en esta forma, y su valuacion se hace solamente para que se sepa su valor, por si se menoscaban ò mejoran

(1) Leyes 7. 18. y 21. tit. 11. Partid. 4. Si res in dotem. 42. ff. de Jure dot. Quotidie 5. y Cum dotem. 10. Cod. eod. tit. y unic. Cod. de Rei uxoriæ act. Gutierrez de Juram. confirm. part. 1. n. 9. y sig. (2) Señor Olea de Ces. jure tit. 5. quæst. 12. num 11. (3) Ley In rebus 30. Cod. de Jure dot. Instit. in princip. Quibus alienare licet, vel non. (4) Cap. Licet mulieris in 6. y cap. Cum contingat. 28. de Jure jurand. (5) Ley Jubemus 21 Cod ad Velleyan. (6) Leyes 18. y 19. tit. 11. Partid. 4. 23. 29. y 33. tit. 13. Part. 5. In rebus 30. Cod. de Jure dot. y Assiduis 12. §. 1. Cod. Qui potior in pignor. hab.

y no con otro fin, pertenece à la muger el riesgo que haya en ellos, no proviniendo el menoscabo de culpa de su marido (1). Si la dote consiste en ganados, y no se aprecian al tiempo de la entrega, debe haber el marido los frutos que produzcan, y cumple con restituir otros tantos de los hijos que procreen, si algunos murieren (2).

10 Si la muger conoce que su marido disipa ò desfalca su dote, y viene à pobreza por su culpa, puede demandarle judicialmente que se la entregue ò afiance su responsabilidad, ò que se deposite en persona lega, llana y abonada, y se la acuda con sus frutos para sus alimentos, à lo qual debe deferir el Juez; mas no la compete esta accion quando la deterioracion ò menoscabo no procede de culpa de su marido (3); bien que en todos casos se la admite la demanda, especialmente si éste tiene otros acreedores, para que no pierda su dote, ni quede indotada.

11 Otros bienes se llaman *paraphernales*, ò *extradotales*, y son los que la muger lleva al matrimonio sin incluirlos en los dotales, ò recaen en ella por algun título lucrativo despues de casada, como con mas extension explico en mi segunda parte adicionada lib. 1. cap. 3. à donde remito al lector. Llamanse Parafernales de la diccion griega *Parapherna*, compuesta de *Para*, que significa casi ò cerca, y *pherna*, que en idioma Castellano equivale à dote, por cuya razon se llaman casi dotales ò juntos à la dote, y en ellos tendrá dominio el marido, y le pertenecerán sus frutos, si su muger se los dá con esta intencion, y no de otra suerte. Si consta su entrega, aunque no gozan del privilegio de antelacion que los dotales, gozan de el de tácita hipoteca, por lo que los del marido están sujetos igualmente à su responsabilidad y restitucion; y así entregándolos à su marido, será preferida en su importe à los acreedores anteriores personales y chirografarios de él, y à los posteriores que tengan hipotéca tácita, ò general expresa; pero si los administra por sí propia, por haberlo pactado así ántes de casarse, y no los entrega à su marido, no gozarán del privilegio de prelacion, ni el de tácita hipotéca, porque

(1) Leyes 18. y 19. tit. 11. Partid. 4. Begnud. Biblioth. verb. Æstimatio num. 9. 10. y 11. y verb. Dos num. 2. Señor Covar. practic. cap. 28.

(2) Ley 21. tit. 11. Partid. 4. (3) Leyes si constante 34. ff. Soluto matrim. Ubi adhuc 29. Cod. de Jur. dot. 1. tit. 9. Partid. 3. y 29. tit. 11. Partid. 4.

como retiene su dominio y usufruto, y puede hacer de ellos lo que quiera, es de su cuenta y riesgo el deterioro que padezcan; y lo mismo procede quando se duda si se los entregó ò no, pues entónces no será responsable el marido (1).

12 Otros se llaman *Antiphernales*, ò *contradotales*, y son los que el marido señala à su muger por compensacion de su dote, de cuyos efectos, conveniencias y otras cosas trata *Antonio Gomez* en la *ley* 50. *de Toro num.* 9. y *sig.* y por no necesitar saberlas el Escribano, omito su explicacion. En estos bienes tiene tambien el marido el dominio y usufruto.

13 Otros se llaman *Propios*, y son los que cada conyuge lleva al matrimonio, y hereda, ò adquiere durante él por ultima voluntad, ò por contrato lucrativo, y à estos llaman tambien *hereditarios*. En todos ellos tiene su dueño la propiedad y dominio natural, pero en los de la muger toca à su marido el civil para administrarlos, y mantener con sus frutos las cargas del matrimonio (2), si al tiempo de casarse no se pactó expresamente otra cosa entre los dos en quanto à los parafernales como pueden hacerlo.

14 Finalmente otros se llaman *Comunes*, *gananciales* ò *multiplicados*, y son los que adquieren los conyuges constante matrimonio por su trabajo, industria, compra ò en otra manera semejante mientras viven juntos, de los quales cada uno debe haber la mitad en estos Reynos de Castilla, pero su dominio pertenece al marido (3); y aunque al tiempo de casarse lleve uno mas que otro, de qualquier calidad que sean, ò los adquiera mientras están casados, se comunican igualmente à entrambos los frutos que producen (4).

15 El padre puede ser apremiado à dotar à la hija que está en su poder, aunque ella no tenga bienes suyos, y quedará obligado por la dote que la ofrezca, si se efectúa el matrimonio (5); y en quanto à como debe ofrecerla la dote, quando es administrador de bienes de ella, para evitar dudas y pleytos, véase lo ex-

(1) Leyes 17. tit. 11. Partid. 4. fin Cod. de Pact conven. y Potior: al princip. y §. Colonus, ff. Qui potior in pignor. hab. (2) Leyes 3. y 5. tit. 9. lib. 5. Recop. (3) Leyes 203. del Estilo 1 tit. 3 del Fuero Real, y 1. y 2. tit. 9. lib. 5. Recop (4) Leyes 4. y 5. tit. 9. lib. 5 Recop. (5) Leyes 8. tit. 11. Part. 4. ult. Cod. de Dot. promis. y Qui liberos 19 ff. de Ritu nuptiar

plicado en el capítulo 4. lib. 1. de mi segunda parte adicionada. Pero si la hija se casa contra su voluntad ántes de los 25 años con sugeto indigno en calidad, ò en costumbres, no podrá ser obligado à dotarla en pena de su ingratitud, é inobediencia sino solamente à darla los necesarios alimentos (1). Tambien pueden ser apremiados el abuelo y visabuelo paternos en el caso de que tengan en su poder algunos bienes de sus nietas y viznietas, y no en otro (2). La madre católica no debe ser compelida à dotar à su hija, pero si es Judía, Mora, ò de otra secta, puede serlo si la hija es christiana, como igualmente qualquiera que tiene en su poder alguna muger con todos sus bienes, si por servirse de ella, y disfrutar su hacienda, ò por otros fines particulares intenta impedirla que se case (3).

16 Las dotes pueden darse ántes ò despues de contraer matrimonio, puramente, ò con condicion, y à los plazos que se estipulen; y deben observarse los pactos que imponga el que las diere, no siendo opuestos à derecho y buenas costumbres (4), al modo que en las donaciones, porque realmente lo son. Si alguno dota à muger, con quien cree tener parentesco, y se casa, aunque despues se verifique no ser parientes, no puede demandar lo que la dió en dote, porque es una obra de piedad, y lo propio milita con otras hechas tambien por piedad (5).

17 La muger puede llevar en dote bienes raices, muebles, semovientes, deudas, derechos y acciones. Si es menor, y los bienes son raices, debe intervenir licencia judicial para su entrega, pues no basta la de su Curador; pero si son de las otras clases, es suficiente la de éste (6). Si la dote consiste en deudas, y es su padre, ù otro ascendiente el deudor, y el marido negligente en cobrarlas, toca à la muger el riesgo que haya en su cobranza, y aunque su heredero demande al marido, ò al suyo su importe, no ha de ser oido, porque los hijos, è yernos no deben apremiar à sus padres y suegros como à los que no lo son. Si el deudor es estraño, se ha de distinguir. O la deuda es obligatoria ò voluntaria: si es obligatoria por proceder de contrato oneroso, v. gr.

(1) Ley Qui à liberis, §. Si vel parens, de Liber. agnoscend. arg. cap. Cum haberet, de eo qui duxit. Ferrar. Biblioth. verb. Dos, n. 6 y 7.
(2) Ley 8. tit. 11. Partid. 4. Gom. en la ley 50. de Toro n. 22. Gutier. lib. 2. pract. quæst. 10. (3) Ley 9. tit. 11 Partid. 4. (4) Leyes 10. 11. 13. y 30 al fin tit. 11. Partid. 4. y cap. Donatio 8 de donation. inter vir. & uxor. (5) Ley 35. tit. 14. Partid. 5. (6) Ley 14. tit. 11. Partid. 4.

venta, emprestito à otro semejante, debe satisfacerla el marido de sus propios bienes en el caso de que por su culpa, ù omision no se cobre; y si es voluntaria, por provenir de donacion ù otro contrato lucrativo, se distingue otra vez: ò la cosa donada es cierta y señalada, ò no; si lo es, y el deudor se obliga á entregarla, corre la misma pariedad que siendo obligatoria: y si no lo es, toca à la muger el peligro que haya en su cobranza, aunque por no pedirla su marido se pierda (1). Y por quanto suelen hacerse gastos judiciales, y otros en la cobranza de deudas para que la dote sea líquida y efectiva, y el marido en nada perjudicado, convendrá que en el instrumento dotal *se obligue à responder de su importe líquido, deducidos los gastos judiciales, y demás que en su cobranza se le ocasionen, de que llevará cuenta exâcta y puntual, y no de otra suerte.* Con esta clausula no se le computarán, ni compensarán con los frutos dotales, y cesarán las dudas que por la variedad de opiniones hay sobre esto, segun expondré en mi segunda parte lib. 1 cap. 3. lo que tendrá presente el Escribano.

18 Muchas veces llevan en dote las mugeres legado annuo, usufruto, pension, ò renta impuesta en fondo vitalicio ò empleo, y la práctica de esta Corte en constituir la dote de estas cosas es: considerar por tal el importe de los diez años primeros siguientes al dia de la celebracion del matrimonio, haciendo capital de él, y obligándose el marido à restituirlo à su muger, ò à sus herederos, aunque ésta no viva los diez años; y si vive mas hace suyo el producto, porque se contempla fruto de dote; pero yo no me conformo con esta práctica, que en mi concepto es muy desarreglada, y tengo por justificado y equitativo el que si la dote consiste en pension, legado annuo, ò renta vitalicia de capital puesto en fondo vitalicio, ò en otra manera semejante, se obligue el marido, si quisiere, à responder del importe de los diez años en el caso que su muger los viva, ò los menos que pacten, si muere ántes que se cumplan, y no de otra suerte, deducidos los gastos de cobranza, y tambien los réditos annuales á tres por ciento, respecto querer que sea capital lo que es fruto en realidad, constituyendo la obligacion solamente del residuo. Si es usufruto de casa, ù otro edificio debe hacerse la misma regulacion, deduciendo la tercera parte de su producto por razon de reparos me-

(1) Ley 15. tit. 11. Partid. 4. Sr. Olea de Ces. Jur. tit. 5. q. 12.

nores, huecos, y malas pagas, para que las otras dos sean efectivas, y dote liquida. Si es de tierras, viñas, ù olivares debe observar lo propio, sin hacer mas deducion que de los gastos de cobranza, y réditos expresados. Si es empleo que el marido debe servir, se considerará por dote la mitad de la renta de los diez años, y se le dexará la otra mitad por el trabajo personal de servirlo; pero si muerta su muger ha de continuar en él, serán integros los diez años. Tambien podrá estipular quando se case: *Que en atencion à quedar siempre vivo, ileso, y sin el menor menoscabo à la Novia el derecho de percibir su renta, ò pension annua, sin que por casarse se le disminuya; si falleciere testada, ò intestada antes que el Novio, no ha de ser obligado éste à entregar à sus herederos legitimos, ni estraños, ni éstos poder pedirle jamás en juicio, ni fuera de él, el todo, ni parte de las anuidades que haya cobrado, ántes bien se han de graduar y estimar en estos casos como desde ahora se gradúan y estiman por frutos de aquel derecho, à cuyo fin se les priva de toda accion para demandarlas; y solo en el de que el Novio muera primero, se han de considerar por mas dote suya, y no por frutos, y ceder en su privativo beneficio las que perciba de las pactadas, y como tales deducirse su importe de los bienes que él dexe; y lo contrario sea nulo, y de ningun valor ni efecto, como practicado contra este pacto nupcial, expreso y prohibitivo.* Con esta cláusula no queda el Novio tan perjudicado, ni debe darle cuidado el que despues de muerto se exijan, ò no de su caudal las anuidades percibidas, pues lo que le interesa es que no le molesten en vida por su importe; y à la Novia tampoco se irroga detrimento, porque si sobrevive al Novio, logra el abono de las que éste cobró; por lo que pueden convenirse en este pacto, y como justo se deberá observar. Lo mismo podrá pactar entonces para con el legado vitalicio que le hagan durante su matrimonio, pues no pactándolo, no se tendrá por dotal el importe de las anuidades de él. Pero prevengo lo primero, que si al tiempo de casarse no se constituye esta dote, no se estimarán por dotales sus frutos decenarios, ni parte de ellos en concurrencia de acreedores del marido, porque por el mismo hecho de no haberse pactado, ni obligado à su restitucion, es visto haber querido la muger que no fuesen dotales, ni parafernales, sino frutos de aquel derecho, por cuyo defecto se desestimaron en el Consejo en cierto pleyto que seguí como apoderado de una Señora sobre

tercería dotal por el Oficio de Don Josef Perez, Escribano del número de esta Villa en el año pasado de 1765. De esta clase de dote trata el *Señor Olea de Ces. jur. tit. 6. quæst. 2.* con mucha delicadeza, y extension, y tambien otros con bastante variedad. Y lo segundo, que el capital impuesto del caudal de ambos conyuges en fondo vitalicio por la vida del Superstite, ó de algun hijo, ó hijos de ambos, ó de extraño, no se debe inventariar, ni partir, porque ya no existe, ni se puede recuperar. Lo que se ha de hacer, es dividir el derecho de percibir las anualidades que se paguen durante la vida de aquel en cuya cabeza esta impuesto, por cuya muerte espiran á proporcion de lo que á cada uno corresponda segun su haber, y de esta suerte á ninguno se perjudica; lo que tendrá presente el Escribano si le ocurre, como me ocurrió, lo practiqué, y se aprobó.

19 Aunque el que dá, ó promete la dote, no obligue expresamente sus bienes á su pago, y saneamiento, quedan obligados tácitamente á su restitucion no solo los presentes, sino los futuros del marido que la recibe (1) Si algun tercero la deduce en juicio, y se la quita, y no fué apreciada, pertenece el menoscabo á la muger, la qual, y el que la dió no tienen obligacion de sanearla, habiendose constituido con buena fé; ni por consiguiente ha lugar su eviccion; pero si fué con dolo, ó se dió apreciada, ó empezó por promesa, y obligacion de darla, y no por tradicion, ó el que la dió se obligó á su eviccion, y saneamiento, queda, y está obligado á todo (2). Si el que la dá, ó recibe apreciada, se siente agraviado de su valuacion, puede pedir que se deshaga el agravio, ó lesion en qualquier cantidad que sea, sin embargo de que no exceda, ni llegue á la mitad del justo precio, como sucede en las ventas, cuyo privilegio está concedido al contrato dotal por favor de la dote (3). La accion de repetir el engaño no prescribe mientras no llega el caso de la restitucion, á menos que al tiempo de constituirla se renuncie, porque la ley no prefine término para ello; por lo que si la muger llevó en dote bienes raices estimados, el marido los cuidó, y conservó de modo que al tiempo de su muerte no se

(1) Ley 23. tit. 13. Partid. 5. (2) Ley 22. tit. 11. Partid. 4. y ley 1. Cod. de Jur. dot. Gom. lib. 2. Var. cap. 2. num. 37. (3) Ley 16. tit. 11. Partid. 4. Sr. Greg. Lopez en ella.

conoció en ellos ruina, ni menoscabo, y sin embargo los apreciadores nombrados por sus herederos, y por su muger, los dán menos valor que el que se les dió al tiempo de casarse, deberá ésta tomarlos por el precio que tenian entonces, sin que los herederos del marido sean responsables al menos valor, porque este puede provenir del tiempo, ó no haber tenido mas realmente quando los llevó, aunque mas se les diese, como sucede regularmente en todas las dotes, pues se tasa por veinte lo que no se puede vender por diez; fuera de que de los bienes raices no se transfiere el dominio al marido, y así no deben valuarse, excepto que haya aumentos, ó menoscabos conocidos, y que de estos haya sido él la causa.

20 Si la novia libre mayor de 25 años, y sin descendientes ofrece algo al novio, quedan obligados sus bienes, aunque al tiempo de la oferta no se exprese, porque en qualquier manera que parezca que uno quiso obligarse á otro, queda obligado (1), al modo que los bienes del novio lo están á la donacion *propter nuptias*, que hace á la novia (2); en cuyo caso se estenderá la cláusula en los términos que expresa la nota primera puesta á continuacion de la escritura de capital; bien entendido, que aunque la oferta ó donacion que la novia soltera, ó viuda sin hijos haga al novio, exceda de la decima, ó octava parte de sus bienes, valdrá, por ser hecha por contrato oneroso, con tal que no sea muy excesiva, mediante que el derecho reprueba semejantes donaciones, segun diré en el capítulo siguiente. Y sin embargo de que afirman algunos que las leyes que hablan con el novio, deben entenderse con la novia, no me parece muy acertada esta opinion, porque ademas de no hablar directa, ni indirectamente con ella, milita diversa razon, pues (como dice el derecho) (3) las mugeres son naturalmente avarientas, y codiciosas, lo quieren todo para sí, por parecerlas neciamente que se lo merecen, y se les debe de fuero, y sienten entrañablemente desprenderse de lo que poseen, á menos que ceda en su privativa utilidad, y adorno, ó para adquirir mas con ello, por lo qual no hubo necesidad de prohibirlas que hiciesen donaciones; y así muy rara vez se vé que las hagan á los

(1) Ley 2. tit. 16. lib. 5. Recop. (2) Ley 23. tit. 13. Partid. 5. (3) Ley 3. tit. 14. Partid. 4.

novios, sino que sean viejas, ricas, y feas, y el novio buen mozo; pero con los hombres es distinto, porque por lo regular son pródigos, mayormente estando para casarse, y como ciegos de esto que llaman amor, que no es mas que el fuego de la concupiscencia que los infatúa, esclaviza, y convierte en brutos, no se detienen en ofrecer, y donar, por quedar airosos, y congratular à las novias, y à su parentela; y como su alucinada, y necia prodigalidad cede en grave detrimento suyo, fué preciso refrenarsela, pues de lo contrario se les ocasionarian mayores daños. Si le da alguna cosa, sabiendo que la está prohibido casarse con él, no puede demandarsela despues (1); y si ambos con ciencia del impedimento se dán mutuamente algo, lo pierden, y toca al Fisco (2).

21 Por tres causas gana el marido la dote, que su muger lleva al matrimonio, y ésta la donacion, que en razon de él la hace su marido. La primera, quando al tiempo de casarse pactan que si alguno de los dos muere sin hijos, herede el todo ó parte del dote y de la donacion el que sobreviva. La segunda por costumbre, de suerte que si en el lugar de su domicilio la hay de que falleciendo uno de ellos sin hijos, herede el otro lo que le donó, lo llevará, aunque nada estipulen. Y la tercera por adulterio que la muger cometa, por el qual gana el marido su dote, y arras (3), de cuyo crimen solo él puede acusarla (4); pero en los dos primeros casos está contraria la práctica, y costumbre de estos Reynos, pues nada heredan, aunque el muerto no dexe sucesion, à menos que conste expresamente de su última voluntad, y así solo lleva la muger las arras en caso que quepan en la decima de los bienes del marido, ó las joyas, ó vestidos, si no exceden de la octava parte de su dote, por lo que no se hacen hoy estas donaciones, y aunque se hagan no valen, como advierte el *Sr. Gregor. Lop. en la ley* 3. que se cita, *glos.* 2.

22 Pactando marido, y muger al tiempo de casarse que si fallece uno de ellos sin hijos ni ascendientes, ha de llevar el otro la donacion que se hacen, ó arras que se ofrecen por razon de casamiento, y los gananciales, debe observarse el pacto,

(1) Ley 50 tit. 14 Partid. 5. (2) Ley 51. tit. 14. Partid. 5 (2) Leyes 23. tit. 11. Partid. 4. y 15. tit. 17. Partid. 7 (3) Leyes 1. y 2. tit. 17. Partid. 7. Gutier. lib. 2. pract. quæst. 19.

aunque despues de casados vayan á vivir á lugar en que haya costumbre contraria; pero si nada pactan, valdrá la costumbre de el en que contraen matrimonio, y no la de el en donde fijan su domicilio (1); lo qual será al contrario pactandolo constante matrimonio, como diré en el cap. 5.

23 Para ganar el marido los frutos de la dote, ya sea, ó no estimada, deben concurrir tres circunstancias. La primera, que el matrimonio se celebre segun el órden establecido. La segunda, que tenga la posesion de la dote; y la tercera que sufra las cargas matrimoniales; pero esto se limita respecto de las esclavas que se dan en dote, pues si se diere alguna apreciada, y el marido prometio dar el precio de ella en caso de que el matrimonio se departiese por muerte ó por juicio, en tal caso será de su cuenta el provecho ó el daño que viniese á la esclava; pero si no se le entrega apreciada, pertenece á su muger el peligro (2). Tampoco es del marido lo que los siervos de la muger adquieren por donacion que alguno les hace, pero sí lo que ganan con su industria (3).

24 Qualquiera esposa de presente ó de futuro, disuelto el matrimonio, gana la mitad de todo lo que el esposo la dió antes de consumarlo, sea, ó no preciso, si la besó, y si no la besó, nada gana, y asi debe volver á los herederos del esposo; pero falleciendo alguno de los dos despues de consumado, llevara la muger, ó los suyos todo lo que el esposo la dió, siendo desposados, si no hubo arras en el casamiento, pues si las hubo elegirá la muger, y por su muerte sus herederos, tomando las arras, ó lo que el marido la dió, cuya eleccion han de hacer dentro de veinte dias despues de requeridos por los del marido, y pasados, la harán los de éste (4), y podrán darla de las dos cosas la que quieran.

25 Los padres no pueden mejorar, dár, ni prometer á sus hijas por razon de dote, ni casamiento, tercio ni quinto de sus bienes, ni otra cosa alguna, ni se entiende ser mejoradas tácita, ni expresamente por ninguna manera de contrato entre vivos, como dexo sentado, y solo se les permite donarlas lo siguiente:

(1) Ley 24. tit. 11. Partid. 4. Sr. Larrea allegat. 115. num. 25. (2) Ley 20. tit. 11. Partid. 4. (3) Ley 25. tit. 11. Partid. 4. (4) Leyes 57. de Toro, que es la 4. tit. 2. lib. 5. Recopil. y Si à sponso 16. Cod. de Donat. ante nupt.

el que tiene 200 mil maravedis hasta 500 mil de renta puede darlas por sola una vez un cuento de maravedis en dote, el que pasa de los 500 mil, y llega hasta un millon, y 400 mil maravedis, cuento y medio: y el que tiene cuento y medio de renta, la de un año, y si mas tiene, no debe exceder de doce cuentos de maravedis, aunque su renta anual sea mayor, pena de perder el exceso (1); pues para dotar, y que la dote se considere suficiente, se ha de atender à los haberes del dotante, à los hijos con que se halla, dignidad de las personas, y costumbre de la patria: si no excede de la legítima, se tiene por suficiente, y excediendo, por inoficiosa (2). Lo mismo procede para con las nietas, aunque la ley no habla de ellas, porque versa igual razon, debe obrar la propia disposicion legal, y no han de ser de mejor condicion que sus madres, y por otras razones que traen los AA. (3).

26 Debe pagarse la dote de los bienes gananciales, y no habiendolos, si padre, y madre la ofrecen, la satisfarán por mitad de los suyos patrimoniales, y si uno solo la ofrece, está obligado à su entrega por el todo (4); pero la madre mediante no tener obligacion de dotar à su hija, segun dexo expuesto, puede pactar que si el padre fallece, y no hay gananciales se entienda no haberla dotado, ni prometido cosa alguna, y por consiguiente no deberse desfalcar su dote, ni bienes hereditarios por esta causa; pues si no lo estipula, se quedará la hija con la mitad de la dote en cuenta de su legítima materna, y percibirá íntegramente la paterna, y su madre carecerá de aquella parte durante su vida. Si lo pacta, tendrá la hija que traer toda la dote à colacion, y particion con los demás herederos, y la recibirá en cuenta de su legítima paterna, y si excede à ésta, restituirá el exceso, mediante no poder ser mejorada en contrato entre vivos por razon de dote, ni casamiento, y la madre en nada quedará perjudicada.

27 Hay una opinion bastante comun entre gentes poco instruidas, de que el novio tiene obligacion de dotar á la novia, y

(1) Leyes 1. y 5. tit. 2. lib. 5. Recop. (2) Leyes Quæro 60. Sive generalis 61 y Cum post. 69. §. Gener 4. ff. de Jur. dot. (3) Marienz. en la ley 1. tit. 1. lib. 5. Recop. glos. 1. num 3. 4. y 5. Baeza de Non meliorand filiab. cap. 21. y 31. Gutier. lib. 2. pract. quæst. 14. (4) Ley 8. tit. 9. lib. 5. Recop.

llega à tal extremo este abuso, y es tan poco el honor, tan grande la codicia, y ninguna la verguenza de muchas, que à cara descubierta regatean lo que las ha de ofrecer en arras, y qué vestidos, joyas ò preséas, que llaman *vistas*, las ha de dar para casarse, y si no, no hay boda; de modo que lo quieren todo sin deberselas nada, y en buen castellano se venden, y todo lo incluyen en su carta dotal, como si lo llevàran por dote; pero lo mas de notar es, que hasta las personas distinguidas incidan en este indecoroso modo de pensar, queriendo cohonestarlo con el colorido de que es por honor del matrimonio, como si este necesitára para ser honrado, que interviniese interés. Y para que unos y otros depongan este error dimanado de la falta de lectura de las leyes, digo que no hay tal obligacion, ya sea la novia doncella, ò viuda, noble, ò aplebeya, joven, y hermosa ò anciana, y soltero, ò viudo, mozo, o viejo, y feo el novio, y que antes bien es acto puramente voluntario, y urbano en éste el hacerlo, asi porque no hay ley que lo mande, ni à ello le precise, como porque una de Toro Recop. (1) prohibe que pueda renunciarse la del Fuero Real (2) que lo permite, prefiniendo, y limitando lo que el novio puede darla en joyas, ò preséas, y vestidos à ofrecerla en arras, y manda que aunque se renuncie, no valga su renunciacion, y que el Escribano que autorice contrato con ella, incurra en perdimiento del oficio, y no pueda usarlo mas, pena de falsario, con la qual concuerda otra Recopilada (3), donde se prohibe tambien al Consejo de la Cámara dispensar en ello, y que ésta se renuncie, anula las facultades que en su contravencion se dieren, y hace otras prevenciones muy oportunas. De todas estas disposiciones legales se infiere que el novio no tiene obligacion de dotarla, ni de darla vistas, si no quiere. En quanto à si en los contratos nupciales puede, ò no ofrecer el quinto à la novia, y como se ha de estender la cláusula, véase el capítulo 6. de mi segunda parte adicionada, en donde lo tengo explicado.

25 Y respecto de que si la novia mayor de 25 años, y libre de todo dominio, quiere donar algo al novio puede hacerlo, y si se lo dona, u ofrece, quedarán sus bienes obligados à su

(1) Ley 50. de Toro, que es la 2. tit. 2. lib. 5. Recop. (2) Ley 2. tit. 2. lib. 3. del Fuero. (3) Ley 5. §§. 1. al fin, y 2. tit. 2. lib. 5. Recop.

cumplimiento, como dexo sentado: me resta decir que para exterminar, y cortar de raiz los abusos, y excesos, que cometian los novios en las ofertas, y donaciones que hacian à sus novias, y evitar los notables perjuicios que se les irrogaban, ordenó, y dispuso la ley del Fuero Real, confirmada por las dos Recopiladas, que quedan citadas en el número inmediato, que ningun novio pueda dar, ni prometer à la novia en arras, o donacion *propter nuptias* mas que la decima parte de los bienes libres que tenga; y no queriendo ofrecerla arras, que tampoco pueda darla en joyas, ò preséas, ni en vestidos, que la ley de Partida llama *donadíos* ni en otra cosa alguna mas que la octava del importe de la dote que con ella recibiere: que todos los contratos, pactos, y promesas que en fraude, y contravencion de lo expuesto se hicieren, sean nulos; y que el exceso que se dé, ù ofrezca, se pierda, y aplique al Fisco; cuyas leyes están confirmadas por un Auto acordado (1), y de ellas se prueba que el novio no tiene obligacion de dár joyas, ò preséas, y vestidos, y ofrecer arras à la novia antes de casarse, ò de consumar el matrimonio, sino solamente una cosa, ù otra, porque hablan disyuntiva, y no conyuntiva, ò copulativamente; pero si lo hiciere todo, podrá elegir la novia dentro de los veinte dias segun dexo expresado, y pasados toca hacer la eleccion à los herederos de su marido. Esto se entiende quando la novia hubiere incluido en su carta dotal las joyas, preséas, ò vestidos, pues no habiendolas incluido, se deben tener como donados despues de casada, en cumplimiento de la obligacion alimentaria de su marido, y así se inventariarán, y llevará las arras, y los vestidos se la aplicarán en parte de su haber hasta en lo que alcancen.

29 Aunque el novio sea pobre al tiempo de contraer matrimonio, puede ofrecer arras à la novia, señalandole cantidad determinada, para que si cupiere en la decima parte de los bienes que adquiera constante él, se la aplique, ò lo que importe la de los que tenga quando fallezca (2); y si se las demanda, cumple con entregar la decima, y á nada mas está obligado (3).

(1) Auto 4. §§. 24. y 25. tit. 12. lib 7 Recop. (2) Ley 2. tit. 2. lib. 3. del Fuero Real Ayora de Partition. part. 1. cap. 7. num. 18. (3) Dicha ley 2. tit. 2. lib. 3. del Fuero.

Esto se entiende, ya trayga, ò no dote la novia, si el novio dexa herederos forzosos, pues no dexandolos, se la entregará toda la cantidad ofrecida, no obstante que exceda, ò no quepa en la decima, si se pactó en la escritura, se reputará por donacion, y deuda à su favor, y como tal deberán pagarsela íntegramente los herederos estraños de su marido, porque pudo dexarles menos, ò nada, è instituir à su muger por su universal heredera. Se previene lo primero, que si lo que la ofrece en arras, cabe en la decima parte de los bienes que tiene quando se casa, y no en la de los que dexa al tiempo de su muerte; ò la ofrece la decima de los que entonces posee, ò de los que le toquen, y se encuentren por su fallecimiento à su eleccion, podrá elegir la muger, y deberá aplicarsela lo que elija, con tal que no exceda de la decima de los que en uno de los dos tiempos se verificó pertenecerle, aunque dexe hijos, porque en el mismo instante en que se celebró el contrato à su favor, adquirió derecho à ello, y à elegir; su marido contrajo esta deuda, y gravamen que debe pagar, y deben sufrir sus hijos; y la ley no se lo prohibe, lo que practiqué en particiones que hice, y se aprobaron judicialmente; y para evitar disputas se pactará asi en la escritura en que se ofrezcan, de lo qual trataré con mas extension en el lib. 1. cap. 6. de mi segunda parte. Y lo segundo, que el novio puede ofrecer las arras con la condicion *de que si la novia muriese antes, se entienda nula la oferta, no tengan derecho à exigirselas sus herederos legitimos, ni estraños, ni él esté obligado, ni pueda ser compelido à entregar su importe, ni parte de el, y solo ella sobreviviendole pueda pedirlas, por querer cedan en beneficio personal, y privativo suyo, y no de sus herederos ex testamento ni ab intestato.* Tambien puede poner otras condiciones posibles y honestas, las que deberán observarse, porque el donante tiene facultad de ponerlas al tiempo que hace la donacion, ù oferta graciosa, como ésta lo es pura y absolutamente por proceder de mera generosidad del novio.

30 Si el novio es menor de 25 años, y no tiene Curador, puede donar bienes muebles à la novia, pero si lo tiene, es preciso que concurra à la donacion, y si quiere donarla raices, debe intervenir licencia judicial por no ser suficiente la de su curador, bien que si hace la donacion sin ella, y pasan quatro años des-

pues de cumplidos los 25 sin reclamarla, es visto por este silencio confirmarla, y ratificarla, y por lo mismo queda firme (1).

31 Se duda si el novio viudo que tiene hijos, ù otro descendiente legítimo del anterior matrimonio, podrá dar, ù ofrecer en arras à su futura esposa la decima parte de sus bienes, y despues por última disposicion, ò por contrato entre vivos el quinto de ellos, viviendo los hijos. Algunos son de opinion que puede respecto de que la ley del Fuero, y demás citadas hablan indistintamente sin expresar si el novio ha de ser soltero, ò viudo, con hijos, ò sin ellos. Pero no obstante, digo que no puede hacer ambas cosas. Lo primero, porque sus hijos, y descendientes legítimos tienen adquirido derecho, y quasi dominio en todos sus bienes, son como dueños de ellos, y se les deben por derecho natural, y positivo excepto el quinto. Y lo segundo, porque se contraviene à la ley 28. de Toro posterior à la del Fuero, que le prohibe tambien indistintamente disponer de mas que de un quinto en vida, y muerte, que es por contrato, y última voluntad; por lo que si la dá, ù ofrece arras, y despues la lega el quinto, gravará su legítima en el importe de las arras, excediendose de las facultades que tiene. Se replicará diciendo que el contrato de arras es oneroso, y remuneratorio, y el quinto gracioso, y voluntario; y que la prohibicion, y limitacion de dicha ley de Toro se debe entender quando el que lega el quinto por última voluntad, hizo donacion graciosa por contrato entre vivos, mas no quando fué remuneratoria, porque la remuneracion es especie de paga, y compensacion de beneficio recibido. Y se responde, que no es oneroso sino para el novio, pues si obligára à la novia diriamos que se vendia por este corto interés, lo qual es ruboroso è indecoroso, y que el matrimonio se hacia por él, siendo así que debe contraerse por mútuo amor, y por los honestos, y santos fines que prescribe nuestra santa ley, y no por otros; á mas de que es voluntario en el novio el ofrecerla, ò no las arras, y por lo mismo aunque sea viejo, feo, y viudo, y la novia moza, doncella, noble y hermosa, no debe en conciencia, ni en justicia darselas, ni ofrecerselas, sino quiere, por no obligarle à ello ley alguna. No es re-

(1) Matienzo en la ley 2. tit. 2. lib. 5. Recop. glos. 1. num. 5. Gomez en la ley 50. de Toro n. 14.

muneratorio, porque la remuneracion supone beneficio, ò servicio recibido de aquel à quien se remunera, el que no hay de la novia; y sin embargo de que se toman por causa, y pretexto para llamarlo así la virginidad, hermosura, mocedad, nobleza, y otras circunstancias de ella, todo esto no es mas que un colorido, y embeleso inventado por los fatuos demasiado afectos, y apasionados à las mugeres, para disipar à los novios, y enriquecer á las novias, que no debe ceder en detrimento de los que en conciencia, y en justicia son acreedores à todos los bienes de sus ascendientes, pues ninguno debe lucrarse con perjuicio de otro. Si fuera contrato oneroso, y remuneratorio, no estarian como están obligadas las viudas que se vuelven à casar, à reservar à los hijos del anterior matrimonio las arras dadas, ù ofrecidas por su padre, segun con legal apoyo queda sentado en el capítulo 3. antes bien las harian suyas como la dote: y à mas de esto si el novio pobre ofrecia à la novia cantidad determinada para quando tuviese bienes, y al tiempo de la disolucion del matrimonio no cabia en la decima parte de los que habia adquirido constante él, la percibiria íntegra, como otros acreedores perciben sus creditos, aunque nada quedase que heredar à los hijos, por ser primero pagar, que heredar, y no llamarse herencia sino el residuo baxadas deudas; lo que no se practica, ni debe practicar teniendolos, sino limitarse à lo que la ley permite. Tambien se dirá que el novio soltero ofrece la decima à su futura esposa, y despues la lega el quinto, y que el padre mientras vive puede vender, y gravar sus bienes, y hacer de ellos lo que quiera como dueño, y todo es válido. Pero el novio soltero, ò viudo sin descendientes puede hacerlo todo, porque es libre, y dueño absoluto de sus bienes, à los quales como nadie tiene adquirido derecho, à nadie perjudica; pero el que los tiene, solo es dueño del quinto, y de lo demás es un mero administrador legal con algunas mas prerogativas, y facultades, y no otra cosa, porque sus descendientes tienen adquirido derecho à ello, por razon de sus legítimas, en las quales no tiene potestad para gravarles, antes bien tiene obligacion de aumentarselas, segun afirma San Pablo en el capitulo XII. de la Epistola que escribió à los Corintios; y aunque se permite al padre vender sus bienes, trocarlos, y obligarlos, es porque se presume que tendrá necesidad, ò se le podrá seguir utilidad, y que no perjudicará à

sus hijos, lo que no sucede en las donaciones, pues de ellas se conoce à todas luces que se les sigue daño, y el padre no recibe beneficio. Para confirmacion de mi dictamen se ha de tener presente, que si la donacion, que el que no tiene hijos hace de todos, ò de la mayor parte de sus bienes, aunque sea solo de los presentes, es nula, y se revoca por la supernascencia de ellos, como diré en el capítulo 5. con mas razon debe revocarse la que hace el que los tiene, porque donando mas del quinto, da mas de lo que es suyo, por cuyas razones, y por otras que tengo expuestas en el cap. 6. de mi segunda parte adicionada, digo que el contrato de arras debe llamarse con propiedad lucrativo, y no oneroso, ni remuneratorio: que por lo mismo no puede el novio viudo que tiene descendientes legítimos, donar à la novia mas que el quinto en vida y muerte, del qual deberán sacarse los gastos del funeral, y que si excede, no valdrá el exceso, porque carece de potestad para ello.

32 Las arras gozan del privilegio de tácita hipoteca, y no de el de prelacion que tiene la dote, y la razon es, porque en ésta trata la muger de evitar su daño, y en aquellas de lucrarse y adquirir utilidad (1). Esto se entiende, à menos que se dén por aumento de dote, pues entonces se estimarán por tal (2), y gozarán del mismo privilegio de prelacion, aunque algunos fundados en una ley de Partida, dicen que en todos estos casos gozan de él, pero no es opinion que debe seguirse. La muger puede demandar à su marido las arras que la ofreció, y éste no debe enagenarlas, ni disiparlas, aunque sea con su permiso. Tampoco debe hacerlo si muere, y dexa hijos, mientras vivan estos, excepto que se las dé apreciadas (3), ò que ella concurra al contrato de enagenacion, y lo jure, renunciando el derecho hipotecario que tiene contra los bienes de su marido, al modo que en la dote (4), porque tocan à sus herederos *ex testamento*, y *ab intestato*, si no dispone expresamente de ellos, aun quando no tenga

(1) Leyes Ubi adhuc 29. Cod. de Jur. dot. y Assidais 12 § Hæc autem 2. Cod. Qui potior in pignore hab. Gom. en la ley 50 de Toro num 41. y 78. (2) Auth. de Æqualitat. dot. collat. 8. tit. 9. novel. 97. cap. 2. Cur. Philip. Comer. ter. cap. 12. verb. Prelacion. num. 32. (3) Leyes 4. tit. 2 lib. 3. del Fuero Real, y 7. tit. 11. Partid. 4. Auth. Sive à me Cod. ad Velleyan. (4) Ley Jubemus 21. Cod. ad Velleyan. y cap. Cum contingat. 28. de Jurejurand.

hijos del matrimonio en que se le prometieron, y à su responsabilidad están tácitamente afectos è hipotecados los bienes del marido en qualquier parte que se hallen (1), lo qual se entiende si en la oferta no se pactó otra cosa, como se puede, por ser donacion puramente graciosa.

33 Para la exâccion y deduccion de las arras se ha de tener presente si el novio las dió, ù ofreció à la novia. Si se las dió, è incorporó en su carta dotal, deben sacarse como bienes suyos, juntamente con la dote, del cuerpo del caudal, antes que el capital del marido, porque son aumento de ellas; y si se las ofreció solamente, se han de deducir del caudal privativo de éste, como deuda contra él, y no de los gananciales, por no ser débito contraido por el marido constante matrimonio, sino antes, pues de sacarse del cúmulo de estos se la perjudica en el importe de la mitad de las arras, porque se la aplican de su mitad de gananciales. Si al tiempo de hacer la particion está casada la muger segunda vez, y el marido dexó hijos, se la ha de aplicar solamente el usufruto de ellas, porque su propiedad es de los hijos, y debe reservarsela, como queda expuesto en el capítulo 3, lo que se previene al Escribano por si se le ofrece hacer particion, y para su mayor instruccion vea el cap. 6. lib. 1. de mi segunda parte, en donde como en su propio lugar trato de esto con toda extension, distinguiendo de casos. En quanto à si el marido estará ò no obligado à abonar à su muger íntegramente las arras que la ofreció quando fué engañado en la dote que ésta prometió llevar, vease dicho capítulo 6.

34 Disuelto el matrimonio debe haber la muger, ò quien su accion y derecho represente, no solo la dote que llevó al poder de su marido, ò su estimacion, si fué apreciada, y las arras que la ofreció, sino tambien la parte de gananciales que la toca, si al tiempo de casarse, ò despues no los renunció, y lo que por herencia, legado, donacion, ò en otra manera semejante adquirió constante él. Pero es de advertir, que si el que dió la dote fué algun estraño, y al tiempo de darla puso la condicion de que muriendo la muger sin hijos se le habia de volver y restituir, ù otra semejante, debe observarse (2), porque el donante puede imponer en

(1) Leyes 24. tit. 13. Partid. 5. y 51. de Toro, que es la 3. tit. 2. lib. 5. Recop. (2) Leyes 26. 30 y 31. tit. 11. Partid 4. ultim. Cod. Solut. matri-

la donacion las condiciones posibles y honestas que quiera al tiempo de hacerla, como dexo expuesto.

35 Obligandose el marido à restituir la dote, ò su estimacion, está en su eleccion el volver una ù otra, y si hay desfalco en los bienes dotales, y no proviene de culpa suya, es de cuenta y riesgo de su muger (1). Si se pacta que ésta ha de elegir, debe restituir lo que elija, y no existiendo la cosa dotal, puede ser compelido à entregar su estimacion, y no cumple con dar otra de igual valor y bondad (2). Eligiendo la muger ò sus herederos los bienes dotales, y no su precio, pueden repetirlos de los terceros poseedores, à quienes su marido los haya enagenado, sin ser necesario hacer excusion en los de éste (3). Si se obliga à volver la dote estimada, sin poner mas expresion, debe restituir su estimacion, porque por el mismo hecho es visto haber querido obligarse à ello (4); y aunque la reciba estimada, si se pacta que disolviendose el matrimonio dentro de cierto tiempo, ha de entregarla en las mismas especies que recibió, y por la propia estimacion, cumple con volverlas, y no debe ser apremiado à dar su precio (5). De todo lo qual se prueba, que segun se obligue el marido à la restitucion de la dote, quedará obligado; y se infiere que si recibió los bienes muebles dotales estimados, y perecen despues por algun incendio, ò se mandan quemar por haber muerto ética su muger, à fin de evitar que el contagio inficione à otros, estará obligado à restituir su estimacion; pero no, si los recibió sin apreciar; y la razon es, porque de lo primero se le transfiere su dominio, y es de su cuenta y riesgo el daño ò aumento que tengan, y de lo segundo toca à su muger, como queda sentado.

36 Pero si mejoró los bienes dotales que se le entregaron sin apreciar, puede repetir y descontar las expensas útiles y necesarias hechas en ellos, de suerte que consistiendo la dote en especie y cantidad juntamente, las hechas en la alhaja ò especie, dismi-

mon. y 1. y 2 tit. 9. lib. 5. Recop. Cap Significavit. 2. de Donat. inter vir. & uxor. & ibi Barbosa num 6. Gutier. lib 2. pract. quæst. 118. (1) Leyes 18. tit. 11. Partid 4. y Pierumque 10. §. Si res in dotem 6. ff. de Jur. dot. (2) Ley 19. tit. 11. Partid. 4. (3) Gomez en la ley 53. de Toro num. 44. Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 4. num. 9 (4) Sr. Greg. Lop. en la ley 18. tit. 11. Partid. 4. glos. 1. 2. y 7. (5) Ley Si inter virum, & uxorem 21. Cod. de Jure dot.

nuyen la dote en cantidad, y así restituirá la alhaja ò alhajas íntegras, y de la cantidad solo el exceso al importe de los gastos, si lo hubiere. Consistiendo solamente en especie, puede retenerla por derecho pignoraticio hasta reintegrarse del desembolso hecho en su beneficio y utilidad, lo qual entiendo à mas de los frutos que los bienes dotales produxeron constante matrimonio, pues los hace suyos el marido para ayuda de mantener sus cargas, y no deben descontarsele; pero no puede pretender las expensas voluntarias, ya sean hechas con beneplacito de su muger, ò sin él, porque éstas no mejoran, ni aumentan los bienes dotales, ni su valor (1). Para la deduccion de estas expensas se ha de atender si hay ò no gananciales. Si los hay, han de sacarse de su total, porque como aumentos hechos durante el matrimonio, son comunicables a los conyuges, y si no los hay, se deben abonar al marido, aplicandole el residuo, despues de deducido el importe de la dote y arras, para el cumplimiento del haber que llevó al matrimonio, pues aunque sean aumentos hechos constante él, nada toca à su muger, ni à sus herederos, porque se conoce que los suplió de su capital, del qual debe ser reintegrado antes que se separen los gananciales y que están embebidos, y empleados en beneficio de las alhajas dotales, por cuya razon puede retenerlas hasta hacerse pago. En la misma forma se hará la deduccion de las expensas hechas en cobrar, y recuperar los creditos, y fincas dotales, ò en defender los pleytos que se muevan sobre su propiedad, posesion ò servidumbre.

37 Consistiendo la dote en bienes raices, debe el marido restituirlos incontinenti que el matrimonio se disuelva; pero si consiste en muebles, ò dinero, cumple con hacer su restitucion dentro de un año siguiente, à menos que tenga hijos menores, que entonces como legitimo administrador de sus bienes, ha de retenerlos hasta que sean capaces de gobernarse. Para la exâccion de la dote se ha de atender à la costumbre del lugar donde se celebró el matrimonio, y no à la del domicilio del marido, y si los conyuges hicieron algun pacto antes, ò al tiempo de casarse no solo en quanto à la dote, y arras, sino à los gananciales, debe

(1) Leyes fin. tit. 11. Partid. 4. 1. ff de Impens. in reb. dotalib. fact. y unic. Cod. de Rei uxoriæ act Gomez en la ley 50 de Toro, n. 51. Garcia de Expens. cap. 13. Gutier. de Jurament. confirm. part. 1. cap 16. Sr. Olea de Ces. jur. tit. 5. quæst. 12. num. 27. Sr. Covarrub. Pract. cap. 28. num. 5.

observarse, y no la costumbre (1). Se previene que mientras no se entrega à la muger su dote, debe percibir alimentos, porque subsiste la compañia legal, de cuyo fondo se han de sacar hasta que llegue el caso de su extincion, y disolucion; y si los herederos del marido se resistieren à alimentarla, tendrán que pagarla los intereses correspondientes ò entregarla su dote, estando ésta en su poder, y no en otros términuos, porque es carga anexâ à ella misma (2); sobre lo qual vease mi segunda parte lib. 1. cap. 6. §. 2. en donde lo trato con extension, y distincion de casos.

38 Pero si el marido es pobre, le han de dexar su muger ò sus herederos con que alimentarse, y no deben reconvenirle por mas de lo que pueda restituir, ni ser preso por esta causa, antes bien cumple con hacer caucion de pagarla, si à mejor fortuna viniere (3); y aunque este privilegio es personal, y como tal parece que debe extinguirse con la persona, no se extingue, pues gozan tambien de él sus hijos, y el padre (4).

39 No prescribe la accion de repetir la dote hasta que el matrimonio se disuelve, y la razon es, porque no corre término ni prescripcion al que tiene impedimento legal, mientras éste subsiste Esto se entiende á menos que la muger viendo que su marido se la disipa, no use de su derecho, pues por este silencio, y tácito consentimiento puede prescribir, y ser perjudicada. Lo mismo milita para con sus hijos, estando fuera del paternal dominio; pero la de repetir los bienes parafernales prescribe (5).

40 El marido puede imponerse pena, para que se le exija en el caso de que no cumpla con la restitucion de la dote segun

(1) Leyes 24. y penult. tit. 11. Partid. 4. y unic. §. Cum autem. 7. Codic. de Rei uxoriæ act. (2) Siguenza de Claus. lib. 2. cap. 11. §. Dotes num. 151. y 152. Spino de Legat. sub condit. glos. 14. num. 105. y ley Si cum dotem. 5. ff. Solum matrimon (3) Leyes ultim. tit. 11. Part. 4. Patronus 17 Non tantum. 20 cum seq. ff. de Re judic. y Maritum 12. cum seq. ff. Solut. matrim. Gonzalez lib. 3. Decretal. tit. 23 n. 11. Gomez en la ley 50. de Toro, num. 49. (4) Leyes Quia tale 13. Rei judicatæ 15. Quia parentis 16. Etiam filios 18. ff. Solut. matrim. y ultim. al fin tit. 11. Partid. 4. §. Item si de dote, Justit de act. Gutierrez de Juram. confirmat. part 1. cap. 27. Angelo, y Jason in §. Item si de dote. (5) Leyes 1. al fin. Cod. de Annal. except. y In rebus 30. Cod. de Jure dot. Auth. Nisi tricennal Cod. de Bon. matern y ley 8. tit. 29. Partid. 3. Sr. Gregorio Lopez en ella, y Sr. Covarrub. lib. 1. Variar. cap. 7. num. fin.

se obliga, à mas de las costas que se causen en su exâccion, lo qual se prueba de la *ley* 86. *tit* 18. *Partid.* 3. que trae la forma de ordenar la escritura dotal; pero esta pena, y otra qualquiera que se ponga en los contratos, no debe exceder del duplo, no contando en ella la suerte principal (1), excepto en los censos.

41 Los contrayentes suelen imponerse pena convencional, que se llama así por ser de convenio de ellos, y con su placer no solo en este contrato, sino en otros contra el que falte à su cumplimiento, à cuya pena dan el nombre de *Arra*, que es lo mismo que señal, ò prenda, y diversa de las arras, ò donacion *propter nuptias*, de que queda hecha mencion (2). Y para instruccion del Escribano digo que esta arra, ya sea de dinero, ó de otra cosa mueble, ó raiz, puede ser ofrecida solamente por un contrayente al otro, como se prueba de la *ley* 84. *tit.* 18. *Partid.* 3. que dice:: *E porque este otorgamiento, è promision fuese mejor guardado, el sobredicho Martin Estevan estableció, è otorgó à Juan Garcia el de susodicho por arras, è en nombre de arras, è otro sí como por peño tal viña, ò tal heredad, que es en tal lugar, è à tales linderos, è desapoderóse de la tenencia de ella, è apoderó à él, è à tal pleyto que si su fijo non le quisiese tomar por marido en la manera que sobredicho es, ò el non gela quisiese dar, que el señorío, è la posesion, è la tenencia de aquella viña, ò de aquella heredad sea, è finque en Juan Garcia, para facer della, è en ella todo lo que quisiere, bien así como de lo suyo.* Esta arra puede ser tambien entregada.

42 Si los esposos de futuro, ù otro en su nombre la ofrecen, y por culpa de alguno de ellos no se efectúa el matrimonio, no por eso el que se retrate debe ser compelido à satisfacerla, porque es contra la libertad del estado matrimonial, y de apremiarle à su solucion podrán resultar graves inconvenientes, como se prueba de la *ley* 39. *tit.* 11. *Partid.* 5. que dice:: *Onde dicimos que si acaeciere que alguno dellos no quiera cumplir el casamiento, entonce aquel que fizo la promision por el que non lo quiere facer, nin cumplir, que non es tenudo de pechar la pena, è esto es, porque el casamiento non debe ser fecho por miedo de*

(1) Leyes 10. tit. 5. lib. 4. del Fuero Real, y 247. del Estilo. (2) Ley 1. tit. 11. Partid. 4.

pena, mas por amor, è con consentimiento de amas las partes, así como diximos en la quarta Partida deste nuestro libro, que fabla de los casamientos. Si la entregan en la forma que expresa la ley inserta en el numero anterior, no podrá repetirla el contraventor del pacto.

43 Pero en los contratos de venta, transaccion, compromiso, y otros semejantes si los contrayentes estipulan *que el que se aparte, ha de pagar la pena tantas quantas veces quebrante el pacto, y que sin embargo pueda ser compelido à celebrar el contrato*, à todo queda obligado (1); por lo que me parece util, y muy à proposito que quando ocurra instrumento con pena convencional, en que los Escribanos suelen poner esta cláusula:: *Y quieren que se exîjan incontinenti al que se apartare total ò parcialmente de lo pactado en esta escritura, tantos reales de vellon, que por pena convencional se imponen mutuamente, y en que desde ahora se dan por condenados sin mas sentencia, declaracion, ni conocimiento de causa tantas quantas veces lo quebrantare sin remision, à cuya exâccion se ha de proceder executivamente como por sentencia difinitiva de Juez competente pasada en autoridad de cosa juzgada, y consentida, que por tal lo reciben, y à mas de esto se le compela à observar literal, y especificamente esta escritura, ya se pague ó no dicha pena, ò graciosamente se remita, pues por el mismo hecho ha de ser visto haberla aprobado, y ratificado, añadiendo fuerza à fuerza, y contrato à contrato*:: añadan la siguiente:: *Y para su mas puntual, é inviolable cumplimiento se conforman con lo dispuesto por las leyes* 34. *tit.* 11. *Partid.* 5. *y* 2. *tit.* 16. *lib.* 5. *Recop.* y ordenada con este aditamento, se obiará qualquiera duda que pueda suscitarse sobre su inteligencia.

44 Si el que promete y entrega la arra, es menor, no queda obligado à su cumplimiento, porque le compete el beneficio de restitucion *in integrum*, à menos que jure que por su menor edad, lesion, ni por otra causa no reclamará el contrato, ni pedirá la arra, ni relaxacion del juramento, pues en este caso queda obligado à su observancia, porque el juramento vigoriza, y hace válido el contrato, que sin él no lo es, excepto que ceda en detrimento de tercero, ò sea contra ley y buenas costumbres, y suple los efectos de la cláusula: *rato manente pacto* (2).

(1) Leyes 34. tit. 11. Partid. 5. y 2. tit. 16. lib. 5. Recop. (2) Leyes 28. al

45 Las escrituras matrimoniales, ò que se hacen con motivo de los casamientos, tienen diversos nombres. Una se llama: *Promesa de dote y capital*, que es de los bienes que la esposa ha de llevar al matrimonio por dote, y caudal suyo propio, y de los que tiene el esposo, ò sus padres le han de dar para ayuda de mantener las cargas matrimoniales. Este contrato es conocido vulgarmente por el nombre de *Capitulaciones matrimoniales*, pues por evitar gastos, y no hacer para cada cosa una escritura, otorgan ésta, en la qual suelen intervenir los padres, tios, ò curadores de los contrayentes, si los tienen, y no solo se pacta lo expuesto, sino la donacion *propter nuptias* que el esposo, ò sus padres hacen à la esposa, de cuya extension trata la *ley* 87. *tit.* 18. *Partid.* 3. en qué especies han de llevar los contrayentes su dote, y capital: qué ha de dar el novio à la novia cada año por razon, ò con título de alfileres, ò gastos de cámara, que es para vestirse, y otras urgencias y adornos mugeriles, de lo que ha de poder disponer libre y absolutamente como dueña, y de lo que con ello adquiera tambien, y no reputarse jamás lucrado en el matrimonio, ni incluirse en el inventario que se execute por muerte del novio, sino tenerse como bienes parafernales de la novia, y entenderse que los ha reservado para sí privativa y exclusivamente, y que con esta condicion los posee sin intervencion ni dependencia del novio, ò marido, lo qual se estila pactar entre Grandes, Títulos y otras personas pudientes, y se observa el pacto nupcial, porque todo se estima como alimentos que el marido dá à su muger, motivo por el qual hace suyo lo que ahorra. Asimismo estipulan la viudedad anual que ha de gozar la novia por muerte de su marido de los mayorazgos que posee, y que para ello sacará, ù obtendrá éste la competente facultad dentro de cierto término, y no lo haciendo, se la da poder en la capitulacion para que ella la obtenga. Tambien suelen imponerse alguna pena convencional contra el que se retractare de lo estipulado, y despues que se casan, ò el dia antes otorgan las respectivas escrituras de dote y capital con referencia, è insercion de la de capitulaciones, porque éstas no lo son, ni por ellas se califica lo que

fin, tit. 11. Partid. 5. 16. tit. 11. Partid. 3. y 6. tit. 19. Partid. 6. y Regla Non est obligatorium, de Reg. jur. in 6. Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 60. num. 1. y Canon. quæst. tract. de Matrim. cap. 17. Sr. Salg. Labir. cred. part. 3. cap. 1. n. 120. 143. y 164.

entraron en su matrimonio, sino solamente la promesa de lo que ha de ser.

46 Del modo de estender la escritura trata la *ley* 84. *tit.* 18. *Partid.* 3. pero rara vez se ofrece, ni se hace separada, antes bien se evacua su contexto en la de capitulaciones por la propia razon que la de promesa de dote y capital.

47 Otra se llama: *Consentimiento de ambos contrayentes en casarse*, cuya estension trae la *ley* 85. *tit.* 18. *Partid.* 3. pero no se estila esta escritura, porque hoy se celebra el matrimonio ante el Párroco y testigos, segun la disposicion del Concilio, y lo que suele hacerse, es darse los contrayentes al tiempo de otorgar las capitulaciones palabra mútua de casarse, ofrecerse, ó entregarse arra en señal de matrimonio, y pactar que han de celebrarlo con arreglo à lo prevenido por nuestra Santa Madre la Iglesia, pues si falta este requisito incurrirán en las penas que la *ley* 1. *lib.* 5. *Recop.* impone à los que clandestinamente lo contraen, por cuya palabra mútuamente dada y aceptada, contraen esponsales de futuro, y quedan ligados para no poder casarse sin previo consentimiento del otro contrayente; de cuyos esponsales, ò palabra de casamiento, y para su apartamiento estenderé las correspondientes escrituras. Pero si son hijos de familia menores de 25 años, han de obtener la licencia de sus padres, segun y como se previene en la Pragmática-Sancion de 28 de Abril de 1803.

48 Otra es la carta de pago y recibo que el esposo estando próximo el dia del matrimonio, ò despues de contraido, otorga à favor de su esposa de los bienes que trae à su poder para ayuda de mantener las cargas matrimoniales, ya sea voluntariamente precediendo ò no capitulaciones, ò apremiado por el Juez en caso de querer recibirlos, y resistirse à su otorgamiento, pues al modo que si no quiere recibir la dote, ò parte de ella, nadie le puede precisar à ello, del mismo modo recibiendola, se le puede estrechar à dar resguardo de lo que se le entrega. Pero es de advertir, que así como el novio debe especificar las deudas que tiene quando se casa, si ha salido de la patria potestad, segun diré en el num. siguiente; de la misma manera debe hacerlo la novia en igual caso, y circunstancias, pues lo que importen, es menos dote, y de omitirlo se perjudica al novio. De esta escritura trata la *ley* 86. *tit.* 18. *Partid.* 3. y como regular, y comun en la práctica la estenderé para instruccion del Escribano.

49 La otra es el capital que hace el marido de los bienes que lleva al matrimonio, cuya escritura formaliza à su favor su muger por sí sola, ò juntamente con sus padres si los tiene, y en caso que estos no quieran intervenir, con su citacion judicial, para que quando el matrimonio se disuelva, sepan los herederos de cada uno lo que llevó à él, qué aumentos ò menoscabos hay, y lo que legítimamente les toca, pues de no hacerlo, se contemplarán todos excepto la dote, por gananciales, y si la muger muere antes, será perjudicado su marido, y muriendo despues, sus hijos, ò tendrán que justificar por otro medio lo que entró al matrimonio para no serlo. Puede hacerse antes, ò despues de casarse. Si se hace antes, no es menester que la muger jure no haber sido conminada por el esposo, porque no está baxo de su dominio, y no puede violentarla. Si lo otorga despues, no necesita licencia de su marido, porque por el propio hecho de formalizarlo à su favor es visto darsela, y es mejor que lo otorgue despues, porque si lo otorga antes, y está en su casa, ò en la de sus padres, ò de otro, no puede saber, ni declarar si el marido futuro tiene, ò no aquellos bienes; y despues de casada como que ya los ha visto, si Si precedió capitulacion al matrimonio, y en ella se obligó, ò en la carta dotal à otorgar despues de casada el capital, tampoco necesita jurar que el marido no la violentó, respecto formalizarlo en cumplimiento de la obligacion contraida entonces, en cuyo tiempo estaba libre de su dominio, y no la podia violentar, y asi no es del caso el juramento. No ha de obligarse la muger à restituir al marido su importe, como algunos ignorantes lo suponen, confundiendo un instrumento con otro, sin distinguir los fines, efectos, y naturaleza de cada uno, porque no los recibe, ni se la entregan, ni se la transfiere su dominio, como al marido el de los suyos, ni tiene potestad para manejarlos, usar, y disponer de ellos sin el marital permiso, ya sean, ò no estimados, y por lo mismo no puede ser compelida à responder de lo que no recibe; por lo que se obligará únicamente à tenerlos por caudal de su marido, y fondo puesto por él en la sociedad conyugal, deduciendose previamente su dote, arras, y demás bienes que ella herede, ò la donen constante matrimonio, à fin de que el residuo se estime por lucrado, y adquirido durante éste, y de lo que corresponda al marido se la satisfagan con la preferencia

correspondiente las arras que la haya ofrecido, teniendo cabimiento en la decima. Concurrirá tambien el marido à esta escritura, declarará con juramento en caso de no estár baxo la patria potestad si aquellos bienes son ò no suyos, qué cargas tienen los raices, y demás que admiten gravamen, à quánto ascienden, y que no están sujetos à otra. Tambien dirá si tiene algunas deudas contra sí, y su importe, con expresion de no tener otras, obligandose à declarar, y dexar apuntado lo que gaste en la cobranza de las que tenga à su favor, para evitar perjuicios à su muger, ò herederos en caso de que no haya mas gananciales, ò aunque los haya, pues la mitad de las expensas la tocan, y deben aplicarsela, y deducirse del capital del marido, que à no haberlas hecho en la cobranza de sus créditos, estarian exîstentes, y la tocaria su mitad. Si es viudo con hijos, debe hacer descripcion antes de volverse à casar, de los bienes que exîstan en su poder pertenecientes à estos, obligandosele à restituirselos en los términos que explicaré en el capítulo 1. lib. 1. de mi segunda parte adicionada, para que no sean perjudicados en su legítima materna.

§. II.

Del privilegio de la dote.

50 Dexo sentado que los bienes del marido están hipotecados tácitamente à la responsabilidad de la dote, arras y bienes parafernales de su muger, cuyo privilegio, y ottos se concedieron à las mugeres por las grandes cargas matrimoniales que sufren, y son: el obsequio y reverencia al marido, el peligro de los partos, el cuidado, procreacion, y crianza de sus hijos, el gobierno de su casa, la conservacion, y aumento de sus bienes, y otras (1), y porque no estén indotadas, pues conviene à la República que se casen, para que el estado se propague (2). Baxo de este supuesto paso à explicar en qué casos será, ò no privilegiada la muger casada por su dote à otros acreedores de su marido, y para instruccion del Escribano digo, que siempre que la entrega de los

(1) Ley Assiduis 12. Cod. Qui potior. in pignor. hab. Genes. cap. 3. Apost. ad Corinth. cap. 11. y ad Ephes. cap. 5. (2) Leyes 1. ff. Solut. matrim. y 2. ff. de Jure dot.

bienes dotales al marido se hace constar por instrumento anterior, ò posterior al matrimonio en que el Escribano da fé de ella, ò por otro medio legal en que no interviene fraude, ni dolo, pues no basta probar que la muger los tenia antes de casarse, sino que tambien ha de justificar que los entró en la sociedad conyugal, será preferida por la hipotéca tácita à todos los acreedores anteriores que la tengan, y à los posteriores, aunque la de estos sea general expresa. Igualmente lo será al Fisco; pues sin embargo de que éste, y la dote gozan de igual privilegio, el del Fisco se entiende, quando es anterior en tiempo, mas no dudandose de la anterioridad, ò siendo de un tiempo mismo, porque entonces prefiere la dote, excepto que el Fisco esté en posesion de los bienes del deudor. El de la dote empieza desde que se contrae el matrimonio, y no desde la tradicion de los bienes dotales, aunque sea ésta anterior, porque su fin es que el matrimonio se efectue, y sirvan de ayuda los bienes para mantener sus cargas. Lo mismo sucede si es posterior, porque se retrotrae al tiempo en que el matrimonio se celebró, y por esto si la muger, ù otro por ella ofrece al marido cierta cosa en dote, y despues de casados obliga éste sus bienes à otro antes que la muger se la entregue, será preferida al acreedor posterior à la promesa dotal, y se retrotraerá la obligacion de responder de la dote al tiempo en que el matrimonio se celebró (1), aunque algunos dicen que al de la promesa, porque en él tiene su principio, y así la carta de dote que se otorga en virtud de capitulaciones despues de casados los novios, goza del mismo privilegio que la que se hace antes de casarse con fé de entrega, porque como las capitulaciones preceden à la boda y se expresa en ellas la dote que la novia ha de llevar, y se promete al novio, se retrotrae al tiempo de la promesa, y en ella tiene su principio el privilegio dotal, verificandose el matrimonio, y la tradicion real. Tambien será preferida à los acreedores posteriores simples sin qualidad prelativa de dominio, refeccion, fune-

(1) Leyes 33. tit. 13. Partid. 5. Licet 7. Cod. Qui potior. in pignor. hab. 2. Cod. de Privileg. Fisci. Dotis Cod. de Jur. dot. y In ambiguis, ff. de Reg. jur. Boler. tit. 5. q. 15. num. 8. y 9. Gom. en la ley 50. de Toro, num. 40. Gutier. de Juram. Confirm. part. 1. cap. 46. num. 10. versic. Hipotheca autem: Sr. Covar. lib 1. Variar. cap. 7. Cur. Philip. lib. 2. Comer. terr. cap. 12. verb. Prelacion num. 30. y 31.

ral, &c. que tengan hipoteca especial expresa, porque es anterior en tiempo, y goza ademas del privilegio de prelacion; pues el acreedor primero que tiene hipoteca tácita, ò expresa general en los bienes de su deudor, prefiere al segundo que la tiene tácita, ò expresa especial sin privilegio en una ò mas fincas de él (1), porque quando el acreedor segundo llega à adquirir la hipoteca especial, ya se hallan sujetas la finca ò fincas por la general anterior à la responsabilidad de la dote, y asi debe ser pagada primero ésta.

51 Mas no será preferida la muger à los acreedores anteriores de su marido que tengan hipoteca expresa especial, ò general en sus bienes, ni la segunda á la primera, porque ésta es anterior en tiempo; pero esto se limita en quanto à los bienes dotales de aquella que exîsten, y son conocidos, aunque se hayan dado estimados al marido, porque como ambas dotes son de igual privilegio y naturaleza, y los bienes de la muger segunda no perdieron la de dotales por haberse apreciado, ni ésta trata de adquirir nuevo dominio en ellos, sino de recuperarlo, vuelve por lo mismo à ella, y es preferida en ellos à la primera (2); y así no se darán à ésta en pago de su dote; pero si no son conocidos, será satisfecha antes que la segunda; porque como no pueden separarse de los del marido por no distinguirse, ni conocerse, se contemplan todos propios de éste, por habersele transferido su dominio, y de ellos deben ser reintegrados de sus créditos por su órden y graduacion sus acreedores, y el que es primero en tiempo, lo es regularmente en derecho (3), cesando el privilegio de prelacion.

52 Tampoco será preferida la muger al acreedor posterior que prestó dinero á su marido para comprar alguna finca ò alhaja determinada, si la hipotecó especialmente à su responsabilidad, y no de otra suerte, pues en ella tendrá el acreedor derecho prelativo por la especial y expresa hipoteca (4); y es la razon, por-

(1) Leyes qui generaliter 2. y Potior. 11. al principio, y §. Si colonus ff. y Si decreto 2. y Si generalirer 6. Cod. Qui potiores in pignor. habeant. (2) Leyes 33. tit. 13. Partid. 5. In rebus 30. Cod. de Jure dot. y Uxor. marito, ff. de Donat. inter vir. & uxor. Gom. en la ley 50. de Toro num. 42. y sig. Señor Covar. lib. 1. Variar. cap. 7. (3) Regla Qui potior, de Reg. jur in 6. y ley 27. tit. 13. Partid. 5. (4) Leyes 27. y 30. tit. 13. Partid. 5. y Licet 7. Cod. Qui potio. in pignor. hab. Carleval. de Judic. tit. 3. disp. 28. Señor Salg.

que la hipoteca que dimana del acto, es preferida como especial à todas las generales, y aunque el acreedor es posterior en tiempo segun la fecha del contrato, no lo es segun la obligacion è hipoteca, pues quando el marido llega à adquirir el dominio, y hacerse dueño de la alhaja, y ésta empieza à ser obligada generalmente à la dote, ya el acreedor tiene hipoteca especial, y anterior en ella, que es preferida à la general, en virtud del pacto con que se liga, y es lo mismo que si la alhaja hipotecada fuera su propio dinero, el qual no debe responder de la dote de la muger de su deudor, por no estár obligado à ello, y ser anterior; pero si presta el dinero para reparar nave, casa ù otro edificio, ò pagar su alquiler, ò el del almacen en que estuviere la cosa, ò para conducirla de una parte à otra, ò satisfacer à los oficiales su trabajo, ò alimentar à los sirvientes, ò al ganado, ò para otro beneficio suyo, será preferido à todos los acreedores anteriores del mutuario, mas no à la dote, arras, ni Fisco, à menos que sean posteriores (1). Si el acreedor dió su dinero para enterrar al marido, lo debe cobrar antes que la muger, ni otro alguno cobren sus créditos, por ser preferido el suyo à todos los que el marido contrajo en su vida (2), de lo qual, y de otros acreedores trataré mas latamente en el juicio de concurso lib. y cap. 3. de mi segunda parte, adonde como à su propio lugar remito al lector.

53 El privilegio de prelacion que compete à la muger por su dote contra los bienes de su marido en concurrencia, y perjuicio de los acreedores anteriores de éste que tienen hipoteca tácita en ellos, y de los posteriores que la tienen general, ò especial expresa, se transfiere à sus hijos y herederos legítimos para su repeticion y cobranza, mas no à los estraños, pues el que pasa únicamente à estos, es el de la tácita hipoteca, como remedio subsidiario concedido al contrato dotal, y no à la persona, porque aquel es personal, y éste real (3), al modo que los herederos del pupilo tam-

Labir. cred. part. 1. cap. 43. num. 34. Cur. Philip. Comer. terr. cap. 12. verb. Prelacion. num. 16. (1) Leyes 26. al fin. 27. 28. y 29. tit. 13. Partid. 5. Cur. Philip. Comer. terr. cap. 12. verb. Prelacion. num. 25. y cap. 3. verb. Hipotheca num. 33. y 34. (2) Ley 30. al fin, tit. 13. Partid. 5. Gom. en la ley 30. de Toro num. 2. (3) Leyes unic. Cod. y Dabimus, ff. de Privileg. dot. y 13. §. 3. ff. de Fundo dotali. §. Fuerat 29. Institut. de Act. Cur. Philip. Comer. terr. c. 12. verb. Prelacion. num. 34. Sr. Greg. Lop. en la ley 33. tit. 13. Partid. 5. glos. 6. y 7. Gom. en la 50. de Toro num. 45.

poco lo tienen contra otros acreedores en los bienes de su tutor (1).

54 Pero aunque el marido confiese haber recibido la dote, si por otro medio no se justifica su numeracion y entrega, no gozará del privilegio dotal, y así perjudicará totalmente al marido y à sus herederos estraños su confesion, mas no à sus acreedores, y à sus ascendientes y descendientes legítimos solo en el tercio ò quinto. Ademas padecerá los vicios de dote confesada, y no recibida: se estimará por donacion entre marido y muger hecha constante matrimonio, que por derecho está reprobada, y aun se presumirá que el marido la constituyó de sus propios bienes por beneficiar à su muger, y defraudar à sus acreedores y herederos forzosos, y que ésta nada llevó al matrimonio. Esto procede, y se entiende, aunque su confesion sea jurada, porque el juramento asertorio que recae sobre actos pasados, ni los da valor, ni los confirma. Esto tiene lugar quando se promete observar, y no contravenir à algun pacto que se haga, ò contrato que se celebre (2); por lo que es muy útil à la muger que la escritura de recepcion de dote se otorgue con fé de entrega antes de casarse, para sèr preferida à los acreedores de su marido. Se previene que por los demas bienes que la muger lleva fuera de los dotales, no goza del privilegio de prelacion (3).

§. FINAL.

Escrituras correspondientes à este capítulo.

Carta de pago, y recibo de dote.

55 En tal Villa à tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Albaro de Medina, de estado soltero, mayor que expresó ser de 25 años, y que por sí propio se gobierna, natural

(1) Gutier. de Tutel. part. 2. cap. 16. Gonzalez lib. 5. Decretal num. 23. cap. 9. num. 3 y 4. (2) Sr. Covar. lib. 1. Variar. cap. 7. Carleval. de Judic. tit. 3. disput. 34. Gom. en la ley 50 de Toro num. 37 y sig. Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 3. y 15. Begnudel. Bibliot. verb. Debitor, & creditor, num. 127. y sig. Cur. Philip. lib. 2. cap. 12. verb. Prelacion, num. 38. (3) Ley Proculus, ff. de Jure dot. Cur. Philip. cap. cit. num. 32.

de esta Villa, é hijo legítimo de legítimo matrimonio de Pedro de Medina, y de Ana Lopez difuntos, vecinos y naturales que fueron tambien de ella dixo: que à honra y gloria de Dios, y para su santo servicio está tratado de casarse *in facie Ecclesiæ* con Rosa Crespo del mismo estado y naturaleza, hija legítima y de legítimo matrimonio de Juan Crespo, y de Gabriela Diaz, asimismo difuntos, vecinos y naturales que igualmente fueron de ella, à cuyo fin precedieron las tres amonestaciones que manda el Santo Concilio de Trento, y que la mencionada su futura esposa prometió llevar diferentes bienes muebles y dinero, y entregarlos al otorgante por dote y caudal suyo propio para ayuda de mantener las cargas matrimoniales, con tal que formalice à su favor la correspondiente escritura, à lo que condescendió; y para que tenga efecto, en la mejor forma que haya lugar en derecho = Otorga que recibe en este acto de la precitada su futura esposa por dote y caudal suyo propio los bienes siguientes.

Aquí se ponen los bienes por clases, partidas y precios, con señales individuales, y prosigue la escritura.

Importan à una suma los bienes y dinero que comprenden las partidas precedentes, tantos mil reales de vellon (salvo error de pluma, ó suma) de los quales el otorgante se dá por contento, y entregado à su voluntad, por recibirlos en este acto de la mencionada su futura esposa, à mi presencia y de los testigos que se nominarán, de que doy fé, y como real y efectivamente satisfecho de ellos, formaliza à su favor el resguardo mas firme y eficáz que à su seguridad conduzca; y declara que los bienes referidos han sido valuados por personas inteligentes electas de conformidad de ambos interesados, y que en su tasacion no hubo lesion, ni engaño, y en el caso que lo haya, del que sea en poca ó mucha suma, hace à favor de su futura esposa gracia y donacion pura, perfecta, è irrevocable inter vivos, con insinuacion, y toda la firmeza legal necesaria, y à mayor abundamiento aprueba y ratifica la citada tasacion, y se obliga à no reclamarla, y si lo hiciere, sea visto por lo mismo haberla aprobado nuevamente, añadiendo fuerza à fuerza, y contrato à contrato, à cuyo fin renuncia la *ley* 16. *tit.* 11. *Partid* 4. que dice: *que si el que dá, ò recibe la dote apreciada, se siente agraviado de su valuacion, puede pedir que se des-*

haga el engaño en qualquier cantidad que sea, aunque no llegue, ni exceda de la mitad del justo precio, como en las ventas, y las demas leyes que le sean propicias, para que en ningun tiempo le sufraguen. Y en atencion à la virtud, honestidad y loables prendas de que está adornada su futura esposa, la ofrece por aumento de dote, ò en arras, y donacion *propter nuptias*, segun mas útil la sea, para en el caso que se efectúe su matrimonio, y no de otra suerte, tantos mil reales de vellon, que confiesa caben en la décima parte de los bienes libres que al presente posee, y por si no tienen cabimiento, se los consigna en los mejores, mas bien parados y efectivos que adquiera en lo sucesivo à su eleccion; y unida dicha cantidad à la dotal, asciende su total suma à tantos mil reales de la propia especie, los quales se obliga à restituir, y entregar en dinero efectivo à su futura esposa, ò à quien su accion tenga, luego que el matrimonio se disuelva por qualquiera de los motivos prescriptos por derecho, y à ello quiere ser apremiado por todo rigor, como tambien à la solucion de las costas que en su exâccion se causen, cuya liquidacion defiere en su juramento, y la releva de otra prueba, para lo qual renuncia la ley penultima de dicho título y Partida, y el término anual que le concede. Y para poder cumplir lo referido mas puntual y exâctamente, se obliga tambien no solo à no disipar, gravar, hipotecar, ni sujetar à sus deudas, crímenes, ni excesos el importe de esta dote y arras, sino antes bien à tenerlo pronto para su restitucion, y que en todo evento goce del privilegio dotal. Y al cumplimiento de todo lo referido obliga sus bienes muebles, raices, derechos y acciones presentes y futuros; dá ámplio poder à los Señores Jueces de esta Villa para que à ello le compelan como por sentencia difinitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, que por tal lo recibe; renuncia todas las leyes, fueros y privilegios de su favor; y así lo otorga, y firma, à quien doy fé conozco, siendo testigos Fulano, Fulano y Fulano vecinos de esta Villa.

Nota. La escritura anterior es de dote estimada que causa venta, en la qual puse la obligacion de restituir su importe, y no los bienes, porque como se transfiere su dominio al marido, y puede hacer de ellos lo que quisiere, solo cumple con dar su estimacion, y à ello se le puede apremiar; mas esto no quita que se añada esta cláusula: *Y en el caso de que haya algunos existentes*

al tiempo de la disolucion del matrimonio, si no pudiere satisfacer en dinero el total importe de los muebles dotales, ha de cumplir con restituir los que existan, y por la deterioracion que hayan padecido, y por los consumidos su valor en otros equivalentes à justa tasacion, segun los ha recibido para que no sea perjudicada en su dotal haber. Esta cláusula es justa; bien que sin embargo de que no se ponga, siempre tiene la muger, ò su heredero derecho prelativo à los que llevó, y exîsten, porque por la estimacion no pierden la naturaleza de dotales, como dexo expuesto; y aunque la es mas conveniente que la clausula se ordene segun lo queda en la escritura, y que los bienes de su dote se estimen, y entreguen apreciados al marido con estimacion que cause venta, es mas gravoso à éste recibirlos estimados, especialmente si son animales, ò muebles que se deterioran, ò consumen con el tiempo y uso; y obligarse á restituir en dinero lo que no se le entrega en él, ni en plata, ni oro por su intrinseco valor, es muy duro, y gravoso al marido, así por no haberlo recibido en estas especies, como porque en venta nunca dan por los muebles ni con mucho el importe de su valuacion, al modo que es muy equitativo, y arreglado hacer la paga en bienes equivalentes à justa tasacion, segun se le entregaron, pues no se pone de peor condicion su muger, ni se la irroga detrimento; y así aconsejo al Escribano que no ponga la clausula de la restitucion en dinero del valor de los bienes muebles, excepto que el novio lo quiera, sino en otros equivalentes à justa tasacion. Pero si fueren raices, ò alhajas preciosas, ù otras que no se consumen con el tiempo, y uso como los vestidos, se pondrá la cláusula de que *se obliga à volverlos por el precio en que se estimaron al tiempo de la entrega, y en caso que por su culpa, ù omision padezcan algun detrimento, à resarcirlo en dinero, probada que sea, y no en otros términos.* De esta suerte se evitan muchos pleitos, y perjuicios al marido, y à sus herederos, pues pueden restituir las mismas alhajas, mediante no transferirsele el dominio de ellas; y si en la valuacion hubo agravio, reclamarlo al tiempo de su restitucion, especialmente no siendo inteligente en materia de tasaciones, al modo que siempre que en qualquier cuenta haya error, debe deshacerse. Pero se previene al Escribano que si la novia es hija de familia, tiene mas hermanos; y además de la dote que sus padres la dan, lleva algunos bienes heredados de otra

parte, ò regalados por el novio, ò por otras personas, deben ponerse en la escritura dotal con separacion, y distincion, y expresarse en ella su importe, y de qué proviene, para que por muerte de sus padres no tenga que colacionarlos todos como si provinieran de su substancia, ni sea por esta razon perjudicada, advirtiendose que por muerte de éstos colacionará el de los que la dén en cuenta de su legítima, y no los demas, pues de faltar esta claridad resultarán pleitos à que no se debe dár lugar.

Carta de dote confesada.

56 En tal parte à tantos de tal mes, y año ante mí el Escribano, y testigos Lorenzo del Rio (*aquí se poudrá su naturaleza, vecindad y filiacion*) dixo que en tantos de tal mes, y año contraxo matrimonio *in facie Ecclesiæ* con Teresa Marin de estado doncella (*y aquí la naturaleza, y filiacion de ésta*), la qual traxo à su poder por dote, y caudal suyo propio diferentes bienes que entonces se valuaron, y ascendió su valor à tantos reales, y de ellos ofreció otorgar à su favor el competente resguardo, y la prometió por aumento de dote, ò en arras, y donacion *propter nuptias* tanta cantidad, y por la celeridad con que se casaron, graves ocupaciones, y ausencia del otorgante, y otros motivos que ocurrieron, no pudo formalizarlo; y mediante tener ahora proporcion para ello, cumpliendo con la promesa hecha = Otorga y confiesa haber recibido real, y efectivamente de la referida su muger, y que ésta traxo por dote, y caudal suyo propio los bienes siguientes.

Aquí se pondrán los bienes como en la escritura precedente.

Importan à una suma los bienes expresados tantos mil reales de vellon (*salvo error*) de que el otorgante se dá por contento, y entregado à su voluntad, por haberlos recibido de la mencionada su muger, y traido ésta à su poder por dote, y caudal suyo propio al tiempo que contraxeron matrimonio, cuya entrega ha sido cierta, y efectiva, y por no parecer de presente, renuncia la excepcion de la *non numerata pecunia, la ley 9. del tit 1. Partid.* 5, que de ella trata, los dos años que prefine para la prue-

ba de su recibo, que dá por pasados como si lo estuvieran, y las demas leyes que le favorecen, y otorga à favor de la precitada su muger el resguardo mas firme, y eficáz que à su seguridad conduzca; (*proseguirá como la anterior hasta la oferta de arras, y entonces dirá*) y cumpliendo con la oferta que hizo à su muger de tantos reales por aumento de dote, ò en arras, y donacion *propter nuptias*, desde luego en atencion à su virtud, honestidad, y relevantes prendas, reitera, y siendo necesario la hace de nuevo dicha oferta, y confiesa que los tantos reales cabian entonces, y caben actualmente en la decima parte de los bienes libres que posee, y en el caso de que no quepan, se los consigna, &c. *proseguirá como la antecedente.*

Nota. Si la dote consiste en dinero, se expresará la cantidad en el ingreso de la escritura, y lo propio se hará aunque consista en bienes muebles tasados, en caso que no se tenga presente especificamente los que fueron, sino solo su importe, y si el marido quiere jurar haber sido cierta la entrega de ellos, bien puede, sin que el Escribano incurra en pena por poner en la escritura el juramento.

Del modo de estender la carta de dote, y capital en virtud de apremio judicial.

57 Quando el marido es omiso, ò no quiere otorgar la carta de dote à favor de su muger, puede compelerle à ello el Juez de su domicilio, ante quien en este caso ocurrirá la muger con pedimento presentando memoria, ò relacion de los bienes que llevó al matrimonio, y sus precios, haciendo expresion del dia, mes, y año en que lo contraxo, de los motivos que entonces hubo para que su marido no otorgase à su favor carta de pago, y recibo de ellos, de que la prometió formalizarla luego que se casasen, de que aunque ha pasado tanto tiempo, y le instó repetidas veces que la otorgase no pudo conseguirlo, y de que esta en descubierto, y expuesta à ser perjudicada en su dotal haber; y pretendiendo que el Juez mande que baxo de juramento declare si es cierto llevó à su poder por dote, y caudal suyo quando se casó los bienes contenidos en la memoria presentada, que entonces se valuaron, è importaron la misma cantidad, y que de ellos la ofreció otorgar el corrrespondiente resguardo, y no lo

cumplió, y estando negativo, que con su citacion se la reciba informacion de ello, y constando la certeza por uno, ò otro medio, se le apremie à su otorgamiento. A esta pretension deferirá el Juez, y evacuada la declaracion ò informacion, se hará en la escritura dotal relacion sucinta de estos autos, los que se unirán originales con la memoria, è insertarán en ella, y en lo demás no se diferencia de la dote confesada. Si el marido se resiste al otorgamiento, se le acusan tres rebeldias, y en el último auto manda el Juez que se tengan por bienes dotales de la muger los comprendidos en la memoria, y que de los autos se la dé el conducente testimonio à la letra para su resguardo, lo qual perjudicará al marido, y à sus herederos del mismo modo que si la otorgára. Se previene que estos autos deben protocolarse en las escrituras de aquel año, y que la muger no necesita licencia de su marido para comparecer en juicio à dicho efecto, porque usa contra él de sus acciones civiles, à fin de no ser perjudicada. Lo mismo puede practicar el marido quando los padres de su muger no quieren concurrir con ella al otorgamiento de su capital, pues con su citacion puede autorizarla el Juez para su otorgamiento, y por su rebeldia les perjudicará como si hubieran concurrido, y su importe se estimará por caudal del marido al tiempo de la disolucion del matrimonio.

Escritura de arras.

58 En tal Villa à tantos de tal mes, y año ante mí el Escribano, y testigos Pedro Fernandez natural, y vecino de ella de estado soltero, è hijo legitimo de &c. dixo: que está tratado de casarse *in facie Ecclesiæ* con Luisa Martinez del mismo estado, hija legítima de &c. y natural de tal parte, y que atendiendo à la honestidad, virtud, y otras loables prendas que en ella concurren, determinó hacerla cierta donacion *propter nuptias*; y para que conste, y tenga efecto, en la mejor via, y forma que haya lugar en derecho cerciorado del que le compete, de su libre, y espontanea voluntad = Otorga que promete en arras, y donacion *propter nuptias* à la expresada Luisa Martinez su futura esposa tantos mil reales de vellon, que confiesa caben en la decima parte de los bienes libres que al presente tiene, y si no cupieren, se los consigna en los que en lo sucesi-

vo adquiera à su eleccion, para que gocen del privilegio concedido à esta clase de donacion, ò del que la sea mas favorable, y util, si se efectuare el matrimonio que tiene tratado, y no de otra suerte; y en el caso que éste se disuelva por alguna de las causas prescriptas por derecho, se obliga y à sus herederos à satisfacerlos en dinero efectivo luego que se le pidan, à cuyo fin los tendrá prontos para su entrega baxo la pena de tanto, que se impone en caso de contravencion, à la qual, y à la satisfaccion de las costas, intereses, y daños que se originen en su exâccion à su futura esposa, ò à quien la represente, cuya liquidacion defiere en su juramento, y la releva de otra prueba, quiere ser apremiado por todo rigor legal. Asimismo se obliga à no revocar esta donacion, y oferta, ni reclamarla con pretexto alguno, y si lo hiciere, sea visto por el propio hecho haberla aprobado, y ratificado, añadiendo fuerza à fuerza, y contrato à contrato; y al cumplimiento de éste obliga sus bienes muebles, raices, derechos, y acciones, &c.

Nota. Si el novio dá, ù ofrece en arras à la novia alhaja raiz determinada, se expresarán sus linderos, valor, sitio, y demás señales conducentes, y la conferirá poder para tomar posesion de ella; y para que no sea necesario tomarla, se pondrá la cláusula de *Constituto* que estenderé en otro capitulo, y en este caso puede tambien imponerse pena en defecto de cumplimiento del contrato, como se prueba de la *ley 87. tit. 18. Partid. 3.* que trae la forma de ordenar esta escritura. Si ofrece las arras por aumento de dote, gozarán del privilegio de ésta; y pactando *que si la novia muere antes, ningun heredero suyo ha de tener derecho à ellas, ni poder demandarselas jamás, ni sus hijos aunque los dexe, y lleguen à tomar estado, pues solo la novia ha de poder exîgirlas de su bienes en caso que le sobreviva, y ceder esta oferta en beneficio personal, y privativo suyo; y para con sus herederos legítimos, y estraños ex testamento y ab intestato entenderse nula, y como no hecha, si fallece antes que el novio*, valdrá el pacto, y deberá observarse, y no estará obligado à entregarlas, ni su importe à los herederos que ella instituya. Lo mismo se observará con otra qualquiera condicion permitida, y honesta que imponga al tiempo de su oferta, como todo donante la puede imponer entonces.

Capitulaciones matrimoniales.

59 En tal parte à tantos de tal mes, y año ante mí el Escribano, y testigos Don Pedro, y Doña Juana de tal su muger, y Don Francisco su hijo, Don Diego, y Doña Elena consortes, y Doña Maria su hija de estado doncella, todos naturales y vecinos de esta Villa, y mayores de veinte y cinco años, y las referidas Doña Juana, y Doña Elena en uso de la licencia marital prevenida por la *ley* 55. *de Toro*, que pidieron à sus respectivos maridos, y éstos las concedieron para formalizar este instrumento, de que doy fé: dixeron que mediante la Divina voluntad, y para su santo servicio tienen tratado que los enunciados sus hijos contraygan matrimonio segun órden de nuestra Santa Madre la Iglesia Católica Apostólica Romana, y determinado darles diferentes bienes à fin de que puedan mantener las obligaciones de su estado; y para que tenga efecto, en la mejor forma que haya lugar en derecho, cerciorados del que les compete, de su libre, y espontanea voluntad = Otorgan que pactan, y capitulan lo siguiente.

Que los mencionados Don Francisco, y Doña Maria se han de casar *in facie Ecclesiæ* tal dia, precedida la solemnidad que previene el Santo Concilio de Trento, por palabras de presente que constituyen legítimo, y verdadero matrimonio, no resultando impedimento canónico, ù otro accidental porque deba diferirse, y velarse à su tiempo, para lo qual los expresados Don Diego, y Doña Elena prometen al citado Don Francisco à su hija por esposa y muger, y éstos à mi presencia se dán mutuamente su fé, y palabra de futuro de casarse, de que doy fé, y se obligan à no retratarse, ni contraer esponsales con persona alguna sin previo consentimiento por escrito del otro contrayente, refiriendo en él esta condicion; y con licencia que sus padres les conceden, de que igualmente doy fé, se imponen la pena convencional de tantos reales, para que el que se aparte de su cumplimiento, la satisfaga al otro, y pagada, ò no, ò graciosamente remitida, quieren ser apremiados por todo rigor à celebrar el matrimonio, y satisfacer las costas y daños que el infractor cause al otro interesado, cuya liquidacion defieren en su juramento, y se relevan de otra prueba; y mediante la licencia que los no-

minados Don Pedro, y Don Diego han dado à sus hijos para imponerse pena, satisfacerla, y las costas, y daños que se originen por su contravencion, y que éstos ningunos bienes tienen al presente, quieren que se practiquen con ellos, y no con sus hijos todas las diligencias concernientes à su exâccion, à cuyo fin se constituyen principales pagadores, y sujetan à su íntegra responsabilidad y satisfaccion.

Que los prenotados Don Pedro y Doña Juana darán al citado Don Francisco su hijo tanta cantidad en tales especies en cuenta de sus legítimas, y los enunciados Don Diego y Doña Elena, à su hija Doña María tanta en dote con la misma calidad en dinero y bienes muebles, una y otra para ayuda de mantener las cargas matrimoniales, cuyas cantidades y bienes se obligan à entregarles para tal dia, víspera de el en que se casen, y no haciendolo así respectivamente, ninguno de sus hijos ha de ser compelido à casarse; y si por algun accidente no pudiere ser efectiva su entrega, queda à eleccion de estos el cumplir, ò no la palabra dada, por cuyo motivo se han de anular como desde ahora anulan los esponsales contraidos.

El mencionado Don Francisco atendiendo à la honestidad, virtud y loables prendas de que está naturalmente adornada su futura esposa, y usando de la facultad legal que tiene, la ofrece por aumento de dote, ò en arras, y donacion *propter nuptias*, segun mas útil y propicio la sea si llegare à efectuarse su matrimonio, tanta cantidad, que confiesa cabe en la decima parte de los bienes libres que sus padres le han prometido, en los que, y en los demas que adquiriese constante él, se la consigna à su eleccion, y quiere que goce del privilegio concedido por derecho à esta donacion.

Que ha de otorgar à favor de su futura esposa carta de pago y recibo, así de los bienes que sus padres la ofrecieron en dote, y la entreguen, como de los demas que lleve à su poder, y la regalen otras qualesquiera personas, previniendole con toda claridad, distincion y separacion, para que si sobreviviere à sus padres, no esté obligada à traer à colacion y particion con sus hermanos mas cantidad que la que la prometieron, y dieron de su propio caudal, y en ella reiterará la donacion que la dexa hecha, à todo lo qual se obliga en forma, como igualmente à formalizar à su favor escritura de aumento de dote, en el caso que sus pa-

dres mueran, de lo que por su fallecimiento la toque, à fin de que constando el importe de su legítimo haber, no sea perjudicada en él, y obre los efectos que haya lugar.

Y para que este contrato sea recíprocamente igual, se obligan dichos Don Diego y su hija à otorgar tambien à favor del enunciado Don Francisco el correspondiente capital de los bienes que lleve à su matrimonio, y demas que herede por muerte de sus padres, ù otro motivo, à fin de que al tiempo de su disolucion se tengan y estimen por suyos propios, se deduzcan antes que los gananciales, y despues de la dote, arras y demas que herede la expresada Doña Maria, y ninguno sea perjudicado en su haber legítimo; y si el mencionado Don Diego no concurriese à su otorgamiento, se tenga y sea suficiente que lo firme la prenotada su hija, sin que se necesite otra diligencia, ni citacion judicial ni extrajudicial, ni por esta causa dexe de obrar los efectos correspondientes, quando el matrimonio se disuelva.

Los referidos Don Pedro, Don Diego, y sus mugeres se obligan à no mejorar en el tercio de sus bienes por contrato entre vivos, ni en última disposicion à los demas hijos suyos; y si lo hicieren, quieren que no valga, y que la mejora se tenga y estime como no hecha, para lo qual se conforman con lo dispuesto por la ley 22. de Toro, previniendo que si les hicieren algun legado, se ha de deducir del quinto, y no entenderse parte del tercio, aunque en él se exprese, y mande lo contrario.

Aquí se pondrán las demas condiciones que los otorgantes quisieren, y proseguirá la escritura en la forma siguiente.

Con cuyas calidades y condiciones formalizan esta escritura los otorgantes, y al cumplimiento de su contexto obligan todos sus bienes muebles, raices, derechos y acciones presentes y futuros; dan amplio poder à los Señores Jueces de esta Villa para que los compelan à él como por sentencia difinitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, que por tal la reciben; renuncian todas las leyes, fueros y derechos de su favor, para que jamás les aproveche su auxîlio; y las nominadas Doña Juana, y Doña Elena renuncian la *ley* 61. *de Toro*, que dice: (*aquí se pondrá la cláusula que estenderé en el capítulo 7. §. IV. y omito por*

evitar duplicacion, y luego dirá:) así lo otorgan y firman, à quienes doy fé conozco, siendo testigos Fulano, Fulano y Fulano vecinos de esta Villa.

Nota. No puse en la escritura precedente de capitulaciones la solemnidad correspondiente à los contratos de menores, porque supongo que los esposos de futuro son mayores de 25 años, y que están baxo de la patria potestad, pues no es incompatible que lo sean, y lo estén; pero si fueren menores, no lo omitirá el Escribano. Notarán algunos que solo hice mencion específica de la ley 61. de Toro, y omití la renunciacion de las demas civiles que los Escribanos acostumbran poner en los contratos de mugeres sin mas motivo que ser costumbre; y para satisfacer à su reparo, les digo que quando la muger se obliga por su hecho propio, por ser realmente principal obligada, y no fiadora, no tiene que hacer mas renunciacion que el hombre mayor de 25 años capáz de contraer, porque no la favorece en este caso la disposicion del Emperador Justiniano, y el Senado Consulto Veleyano, ni otra civil, canónica, ni real, y antes bien queda obligada, como se prueba de unos textos civiles, que citaré en dicho capítulo 7. §. IV. excepto que haya dolo, violencia, ò miedo grave que cae en varon constante, pues justificado, aunque sea hombre el contrayente, se anulará el contrato; à mas de que por la dote que promete à su hija, y donacion que hace à su hijo, queda obligada, segun consta de las leyes. *Si dotare* 12. *Cod. ad Senatus Consultum Veleyanum*, y 8. *tit.* 9. *lib.* 5. *Recop.* y lo dexo explicado en el num. 26, interviniendo para ello, si estuviese casada, licencia de su marido; con que en estas circunstancias es absurdo, y no viene al caso el renunciar leyes que no hay, ò no versan en el asunto, y solo será bueno hacer la renunciacion, quando se constituye fiadora, pero entonces ha de ser de la ley de Partida que se lo prohibe; bien que en algunos casos quedará obligada sin este requisito, como mas latamente explicaré en el citado capítulo 7. §. V.

Carta de dote en virtud de capitulaciones matrimoniales.

60 En tal Villa à tantos de tal mes, y año ante mí el Escribano, y testigos Don Francisco de tal, natural y vecino de ella

dixo, que está tratado de casarse *in facie Ecclesiæ* con Doña María de tal, à cuyo efecto precedieron las tres amonestaciones que previene el Santo Concilio de Trento, y entre los contrayentes, y sus padres escritura de capitulaciones matrimoniales, que todos otorgaron en esta Villa à tantos de tal mes, y año ante Fulano Escribano Real, por la qual se obligaron à entregar à dicha Doña María su hija tanta cantidad en dote, y el otorgante à formalizar à su favor la correspondiente carta de pago, y recibo, como entre ottas cosas resulta de la citada escritura, cuya copia original se une à ésta para documentarla, è insertar en sus traslados, y su literal tenor dice así.

Aquí la escritura de capitulaciones.

La escritura inserta concuerda con la que está en el protocolo de ésta, de que doy fe; y en conseqüencia de lo estipulado en ella, mediante aproxîmarse el dia del desposorio, y estár prontos los padres de la expresada Doña María à cumplir con la obligacion contraida, el otorgante en la mejor forma que haya lugar en derecho, cerciorado del que le compete. = Otorga que recibe ahora en contado de Don Diego y Doña Elena de tal, padres de la enunciada Doña María por dote, y caudal propio de ésta, y en cuenta de sus legítimas los bienes siguientes.

Aquí los bienes como en la primera escritura dotal.

Importan à una suma los referidos bienes tantos mil reales de vellon, de que el otorgante se dá por entregado, por haberlos recibido real, y efectivamente en este acto de los nominados Don Diego, y Doña Elena à mi presencia, y de los testigos infrascriptos, de que doy fé, y como apoderado de ellos, formaliza à favor de su futura esposa, y de sus padres el resguardo mas eficáz, que à su seguridad conduzca, los dá por libres, è indemnes de su responsabilidad, por rota, nula, y cancelada la escritura de capitulaciones, y por extinguida la obligacion que contiene, para que en ningun tiempo obre el menor efecto, y en su conseqüencia declara que &c. (*aquí se pondrá la declaracion de no haber lesion, ni engaño en la tasacion de los bienes, como en la escritura primera de dote, y luego proseguirá*): y reiterando el otor-

gante la promesa de arras hecha en la referida escritura, desde luego ofrece de nuevo à su futura esposa por aumento de dote, ò en arras, y donacion *propter nuptias* tanta cantidad, que confiesa cabe en la decima parte de los bienes libres que sus padres le han entregado, segun resulta del capital formalizado en este dia con arreglo à lo pactado en la quinta condicion de la prenotada escritura, cuya cantidad la consigna en ellos, y en los que en lo sucesivo adquiera, y unida à la dotal compone y asciende su total suma à tantos reales, los que se obliga à restituir &c. *proseguirá como en la escritura primera de dote.*

Nota. En esta escritura supongo que la novia no llevó mas dote que la que sus padres la dieron, por lo que no puse declaracion alguna; pero si llevare mas bienes por haberselos regalado sus parientes, ò estraños, como suele suceder, se han de expresar con toda claridad, distincion, y separacion, como dexo advertido en la nota puesta antes de la escritura de dote confesada, porque de omitirlo, si tiene hermanos, querrán obligarla à recibirlo todo en cuenta de sus legítimas al tiempo de la particion, como si todo fuese patrimonial, à lo que no está obligada segun la *ley* 6. *tit.* 15. *Partid.* 6. y la será dificil justificar despues el regalo. Tambien conviene que los padres de la novia lo declaren, y firmen la escritura dotal, para que los hermanos de ésta no duden de la certidumbre del regalo, ni supongan que quisieron mejorarla en su perjuicio estandoles prohibido; lo que tendrá presente el Escribano para prevenirlo à los interesados.

Otra. Supongo igualmente que la novia está baxo de la patria potestad; pero si estuviere fuera de ella, y despues de casada entregare los bienes à su marido, y éste se hallare por consiguiente apoderado de ellos, se otorgará la escritura de recibo con confesion de él, y no con fé de entrega, pues es absurdo estando apoderado de ellos, decir que su muger se los entrega, y dar fé de ello el Escribano, como si los recibiera entonces de otra mano, lo que le prevengo para que no dé fé falsa, ni sea tenido por ignorante, pues la fé de entrega se ha de dar solamente quando no los recibió, y no quando antes de otorgar el recibo, los tiene en su poder.

Escritura de capital.

61 En tal Villa à tantos de tal mes, y año ante mí el Escribano y testigos Francisca Lopez, natural de ella, y muger de Pedro Rodriguez vecino de esta Villa dixo, que en tantos de este mes contraxeron matrimonio *in facie Ecclesiæ*, y antes de contraerlo pactaron que la otorgante habia de formalizar à su favor el correspondiente resguardo que acreditase los bienes, y efectos que tenia, y llevó à él; y cumpliendo con lo estipulado, en la mejor forma que haya lugar en derecho, cerciorado del que la compete, de su libre, y espontanea voluntad. = Otorga, confiesa, y declara que el referido su marido traxo à su matrimonio, y tenia por caudal suyo propio los bienes siguientes.

Aquí se pondrán los bienes por clases, precios, y partidas como en las escrituras precedentes.

Importan los bienes expresados tantos mil reales de vellon, salvo error de pluma ò suma, de que la otorgante se da por contenta, y satisfecha à su voluntad, y aunque no parecen de presente, por ser cierta, y efectiva su existencia, y haberlos traido su marido, y puesto por fondo en la sociedad conyugal, y tenerlos quando se casaron, renuncia la *ley 9. del tit. 1. Partid. 5.* que trata de la entrega y recibo, los dos años que prefine para justificarla, y la excepcion que podia oponer de no haberlos traido, y otorga à favor de su marido el resguardo mas eficaz que à su seguridad conduzca (*aquí se pondrá la declaracion de ser justa la tasacion, como en la primera escritura dotal, pero no se ha de renunciar la ley 16. del tit. 11. Partid. 4. porque habla de la dote, y no del capital del marido, y éste no goza del privilegio de aquella, y luego proseguirá en esta forma*;) y en su conseqüencia se obliga à tener por caudal del citado su marido todos los mencionados bienes, y los que herede y adquiera por donacion, ù otro contrato lucrativo de algun pariente, ò estraño, deducido primero el importe de la dote y arras de la otorgante, y demas que por herencia, legado, donacion, ò cesion recaigan en ella, para que à ninguno se perjudique en los gananciales que pueda haber quando el matrimonio se disuelva, à lo que quiere ser compelida por todo

rigor legal ; y al cumplimiento de lo referido obliga sus bienes dotales , parafernales , hereditarios y multiplicados , dá amplio poder à los Señores Jueces de esta Villa para que à todo la apremien como por sentencia &c. (*aquí se pondrá la cláusula guarentigia , sumision y renunciacion de leyes , que dexo estendidas en la escritura de capitulaciones , y el juramento que estenderé en el capítulo 7. §. IV. previniendo que si otorga el capital antes de casarse, no necesita juramento ; y luego prosigue la escritura* :) y el enunciado Pedro Rodriguez jura igualmente por Dios nuestro Señor , y una señal de Cruz en solemne forma , que todos los bienes contenidos en este capital son suyos propios ; que no están afectos à responsalidad alguna , y que &c. *Aquí tendrá presente el Escribano lo que expliqué al fin del num.* 49. *y lo pondrá segun ocurra el caso , y sea el caudal ; pues si el marido no tiene deudas à su favor , es superfluo decir que declarará las que cobre , ò no , ni mencionar gastos de cobranza ; y si los bienes son muebles , tampoco hay que hablar de cargas , y basta jurar que son suyos , y que no tiene deudas contra sí , ò expresar las que sean , y añadir que no tiene mas.*

Nota. Omití en esta escritura la licencia de marido à muger, que previene la ley 55. de Toro , porque por el mismo hecho de otorgarla à su favor , es visto darsela , y éste es uno de los casos en que no la necesita , como explicaré en el cap. 7. §. IV. pero conviene poner el juramento , y declaracion del marido , ò del novio , no porque el instrumento lo requiera precisamente para su validacion ; sino para que la muger no sea perjudicada en los gananciales al tiempo de la disolucion del matrimonio ; pues algunos dicen que son ricos , y si se averigua , suelen ser muy pobres , por estár debiendo tanto ò mas que lo que tienen , y por medio del juramento se apura la verdad , como sucedio en cierto capital que pasó ante mí , que habiendome dado el marido futuro puntual razon de los bienes que poseia , y sus precios , cuya tasacion excedia de veinte mil reales , le dixe que habia de declarar con juramento qué deudas tenia contra sí , y aunque no le sentó bien esta proposicion , porque no queria que se descubriesen , se vió precisado à darme razon de ellas , y quedó reducido su haber à poco mas de tres mil reales , y si no hubiera usado de esta precaucion , seria perjudicada gravemente su muger ; pero prevengo que no basta poner el juramento en la escritura , sino

que al tiempo de otorgarla debe recibirselo el Escribano en solemne forma. Mas si el hijo está baxo de la patria potestad, y sus padres le entregan los bienes que lleva al matrimonio, es ocioso el juramento, porque como no puede haberlos gravado ni contraer sin la paternal licencia, y aunque contraiga para quando se case, ò herede, es nula la obligacion que constituya, como lo dice la *ley 22. tit. 11. lib. 5. Recop.* que insertaré en dicho capitulo y §. no es necesario su juramento, ni concurrencia. Y se previene lo primero, que si la muger dota al novio, se ha de poner la dotacion por aumento del capital de éste en la escritura, con la cláusula de que *aunque el novio muera antes que ella, tengan derecho al importe de la dotacion los herederos de él, y puedan exîgirselo como donacion* propter nuptias, *hecha por contrato oneroso que obliga al novio à disponer de su persona*, y si éste nada lleva, se dirá: *que la novia le hace la donacion para que se tenga por capital suyo, y se obligará à su entrega, disuelto el matrimonio:* todo lo qual se entiende no pactando otra cosa, cuya donacion è instrumento debe hacerse antes de casarse para su estabilidad, y que si el novio muere antes, no se tenga por hecha constante matrimonio, que por derecho es nula, lo que tendrá presente el Escribano para evitar dudas y pleitos. Y lo segundo, que si la novia es viuda, y tiene sucesion legítima del anterior marido, no puede exceder la donacion que haga al novio en vida y muerte del quinto de sus bienes, del qual deberá enterrarla, y hacer sus exêquias funerarias en caso que la sobreviva exîstiendo la sucesion.

Otra. Precediendo capitulaciones matrimoniales al casamiento, pueden formalizarse las escrituras de dote y capital baxo de un contexto, para evitar gastos à los interesados, hablando en la introduccion los dos, siguiendo el marido solo con la recepcion de la dote, y obligacion à responder de ella, y luego su muger con el otorgamiento del capital, y volviendo à hablar los dos en la conclusion del instrumento, y obligacion general respectiva de cada uno à su cumplimiento. Lo mismo se puede practicar antes de casarse, si la muger está cerciorada de los bienes que lleva el marido, aunque no haya capitulaciones, pues ni para lo uno, ni para lo otro hay prohibicion legal, por lo que es arbitrario en el Escribano, è interesados el hacer así cada instrumento, ò separadamente.

Aumento de dote.

62 En tal Villa à tantos de tal mes, y año ante mí el Escribano, y testigos Pedro y Juana de tal su muger vecinos de ella dixeron que al tiempo que se casaron, traxo ésta por dote, y caudal suyo propio diferentes bienes, que ascendieron à tanta cantidad, de que el otorgante formalizó à su favor el correspondiente resguardo en tal dia, mes y año, ante tal Escribano, y ahora con motivo del fallecimiento de Fulano su padre la tocaron por su legítima paterna tantos mil reales en tales especies, los que quiere entregar à su marido por aumento de dote, y que de ellos otorgue à su favor el correspondiente recibo, à fin de que no sea perjudicada, ni sus herederos en su legítimo haber; y para que tenga efecto, usando de la facultad, que la *ley 1. tit. 11. Partid. 4.* le confiere.=Otorgan la citada Juana que aumenta, y agrega à la dote que llevó à su matrimonio con las mismas calidades, y condiciones, y entrega à su marido, y éste que recibe ahora en contado por mas dote, y caudal de su muger tantos mil reales de vellon, que importan los bienes que heredó de su padre Francisco de tal, como aparece de las tasaciones, que hicieron peritos electos de conformidad por el otorgante, y demás coherederos en la forma siguiente.

Aquí se pondrán los bienes como en la primera escritura dotal.

Importan à una suma los bienes expresados tantos mil reales de vellon, de los quales el otorgante se da por entregado à su voluntad, por recibirlos en este acto de dicha su muger, de cuya entrega, y recibo doy fé, por haberse hecho à mi presencia, y de los testigos que se nominarán, por lo que otorga à su favor el mas firme, y eficáz resguardo que à su seguridad convenga, y declara &c. (*Aquí se pondrá la declaracion de no haber lesion en la tasacion, como en la escritura primera de dote, y luego proseguirá así.*) Y se obliga à volver, y restituir à su muger ò à quien la represente, los mencionados tantos mil reales al mismo tiempo que los que importó la dote, que quando se casaron traxo à su poder, siempre que el matrimonio se disuelva por qualquiera de

los casos prescriptos por derecho, cuya restitucion hará integramente en los bienes que existan, y por los deteriorados, y consumidos en otros equivalentes à justa tasacion, &c. (*Aquí proseguirá como la escritura dotal, y ambos firmarán ésta.*

Nota. Esta escritura rara vez suele hacerse, pues si la muger hereda, ò la donan algo constante matrimonio, lo recibe el marido, y si se le olvida declararlo, y no consta la donacion, ò herencia por instrumento que la acredite, la pierde, y se tiene por ganancial como lucrada mientras viven juntos, por lo que es conveniente que se otorgue, y que en la escritura primera dotal que el marido formaliza à favor de la muger al tiempo de casarse, y en la de capitulaciones si precedieron al matrimonio, se obligue á ello, y se prevenga, por si llega el caso de heredar à sus padres, ò à otro, y de esta suerte no será perjudicada, porque muchas veces importan mas los bienes que hereda, y adquiere despues de casada, que lo que lleva al tiempo de casarse, y si es única heredera, ò aunque no lo sea, si no se hace inventario judicial, ni particion, no podrá hacer constar lo que heredó mientras lo estuvo.

Escritura de palabra de casamiento, ò esponsales de futuro.

63 En tal Villa à tantos de tal mes, y año ante mí el Escribano, y testigos Don Francisco, y Doña Juana de tal de estado solteros, mayores de 25 años, naturales, y vecinos de ella, hijos de &c. ya difuntos, dixeron que para vincular, y radicar honesta, è indisolublemente el sumo amor que se profesan, y evitar los riesgos à que están expuestos, y las infaustas consequëncias que pueden resultar en detrimento de sus conciencias, y ofensa de la Divina Omnipotencia, han deliberado contraer matrimonio *in facie Ecclesiæ*, y por graves inconvenientes que les obstan efectuarlo al presente, ligarse con los esponsales de futuro, à fin de que ninguno pueda separarse; y poniendolo en execucion, en la mejor forma que haya lugar en derecho, instruidos del que en este caso les compete, de su libre, y espontanea voluntad.= Otorgan que prometen, y se dan mutuamente su fé, y palabra de casarse por las de presente que constituyen legitimo, y verdadero matrimonio, segun disposicion del Concilio de Trento, para

tal dia de tal mes, y año, y que ninguno contraerá directa, ni indirecta, tácita ni expresamente esponsales con persona alguna, sin que preceda licencia, y consentimiento por escrito del otro contrayente, y si lo hiciere, sean nulos; y para su mayor estabilidad se dan sus manos derechas, y tales alhajas (*se expresarán las que sean*,) en señal, las que pasan à su poder reciprocamente, de que doy fé; y se obligan à no reclamar este contrato, y si lo hicieren, à mas de no ser oidos judicial, ni extrajudicialmente, quieren ser compelidos à su observancia, como por sentencia difinitiva de Juez competente pasada en autoridad de cosa juzgada, y consentida, que por tal la reciben, obligan à ello sus personas, y bienes, se someten à los Señores Jueces que de ésta causa deben conocer conforme à derecho, renuncian todas las leyes y fueros de su favor, y así lo otorgan, y firman, à quienes doy fé conozco, siendo testigos, &c.

Nota. En esta escritura no pase pena contra el que se retrate, ni juramento de cumplir el contrato, ni tampoco renunciacion de la *ley* 39. *tit.* 11. *Partid.* 5. que dice: *que arrepintiendose alguno de los contrayentes, no esté obligado à pagar la pena.* Porque si se ponen, como el que ha de rejalar el juramento, y conocer de los esponsales es el Juez Eclesiástico, à quien privativamente toca, puede suceder que por miedo de ser castigado el penitente como perjuro, y compelido à la satisfaccion de la pena, se case contra su voluntad, y resulten funestas conseqüencias, por lo que no aconsejo al Escribano que los ponga, pues el matrimonio no ha de hacerse por miedo de pena, sino por mútuo amor, y consentimiento de los contrayentes, y el que se retrate bastante tendrá que hacer, y le costará el exîmirse de celebrarlo, aunque no se le ligue tanto, como la experiencia lo acredita. Previniendo que si los contrayentes fueren menores ò hijos de familia, deberá intervenir en los esponsales el consentimiento paternal, segun se previene en la Pragmatica de 28 de Abril de 1803.

Otra. Como si se introduce entre los casados la discordia suelen vivir en continua guerra, y buscar arbitrios para separarse; algunos Escribanos rebosando perfidia, è gnorancia, tienen alientos para aconsejarles que por escritura pueden hacerlo, y para obviar los inconvenientes que pueden originarse deben tener entendido, que los casados no pueden, ni deben separarse perpetua ni temporalmente por escritura, ni sentencia de Juez lego, y

que para ello es preciso que intervenga la del Eclesiástico con prévio y maduro conocimiento de causa, como se prueba de los *tit.* 1. *y* 2. *Partid.* 4. de los cap. *Porro* 3. *de Divortiis* : *Cum sis.* 4. *Uxoratus* 8. *Ad Apostolicam* 13. *de Convers. Conjug.* y de otros que expresan las causas que anulan el matrimonio, y esponsales, y por quales se permite el divorcio, y que si tuvieren arrojo para autorizar instrumento de esta naturaleza, son acreedores à una correccion severa, sin que les sirva de disculpa alegar que los contrayentes lo quisieron, pues no deben hacer lo que es contra derecho y buenas costumbres aunque lo quieran; pero si contraxeron solamente esponsales de futuro, pueden apartarse de ellos, y de la accion que en su virtud les compete, sin intervencion del Juez, ni de otro, porque los esponsales dependen del libre asenso, ò disenso de los contrayentes, y pueden deshacerse, y remitirse uno à otro recíprocamente el derecho que tienen para compelerse à la celebracion del matrimonio, mediante no resultar por ellos vínculo indisoluble, como por éste.

Escritura de apartamiento, y disolucion de esponsales.

64 En tal parte à tantos del tal mes y año, ante mí el Escribano, y testigos Francisco y Francisca de tal, vecinos de ella, dixeron que en tal dia, mes, y año, contraxeron esponsales de futuro, y se dieron mutua palabra de casarse *in facie Ecclesiæ*, y para su mayor firmeza se entregaron tales alhajas, (se expresarán las que sean,) obligándose á que ninguno los contraeria con otra persona sin consentimiento por escrito de el otro contrayente. Y mediante convenirles ahora apartarse de ellos, para que tenga efecto, en la via y forma que mas haya lugar en derecho, cerciorados del que les compete, de su libre y espontanea voluntad. = Otorgan que se apartan de los referidos esponsales, los que dan por disueltos, rescindidos, nulos, y de ningun valor, ni efecto, como sino los hubieran contraido, y los otorgantes recíprocamente uno al otro por libres, è indemnes entera, y absolutamente de la obligacion que por la palabra de casamiento tenia ligadas sus personas; se dexan en plena libertad, y confieren el mas eficaz è irrevocable poder que

necesiten, para que cada uno use de ella, y se case, ò elija otro estado à su arbitrio sin licencia, intervencion, ni consentimiento de el otro, del mismo modo que ántes lo podian practicar sin diferencia, y como si jamás hubiera habido tales esponsales, à cuyo fin se desisten, y separan de todas las acciones que para impedirselo les competian, las que dan por fenecidas y acabadas, se devuelven las referidas alhajas, y suplican á los Señores Jueces competentes los hayan por apartados, y libres enteramente para disponer de sus personas segun les convenga. Y bajo de juramento que hacen por Dios nuestro Señor, y una señal de Cruz tal como esta ✠ se obligan à que jamás se pondrán impedimento, ni reclamarán esta escritura total, ni parcialmente, y si lo hicieren, quieren que à mas de no oírseles en juicio, ni fuera de él, se les compela à su observancia, y condene en costas, y que por el mismo hecho sea visto haberla aprobado, y ratificado con mayores vínculos, y firmezas, añadiendo fuerza à fuerza, y contrato à contrato. Y al cumplimiento de este obligan sus personas, y bienes muebles, raices, &c. proseguirá como la anterior.

Nota. En esta escritura, y en la de palabra de casamiento obligarán los otorgantes sus personas, pues son las que realmente quedan obligadas aun mas que sus bienes, y aunque sean nobles, no les sufraga el privilegio. Si cada uno por no existir ámbos en un pueblo, hiciere con separacion su apartamiento, el que lo haga primero, lo otorgará con la expresa calidad, y condicion de que el otro se aparte tambien, y no en otros términos, porque de no prevenirse así, puede aquel quedar ligado, y éste en libertad, lo qual no es justo.

Licencia de padre à hijo para casarse.

65 En tal Villa à tantos de tal mes y año, ante mí el Escribano, y testigos Don Pedro de Meneses vecino de ella, dixo que Don Juan de Meneses su hijo menor de 25 años, procreado en su matrimonio con Doña Gertrudis de Ribas, tiene determinado casarse con Doña Matilde de los Rios, de estado soltera, hija de &c., y para poder practicarlo, y que en el Tribunal competente no se le oponga el mas leve obstáculo, me ha pedido la licencia, y consentimiento que previene la Real Pragmática

de 28 de Abril de 1803. Y mediante concurrir en la dicha Doña Matilde las circunstancias de igualdad en calidad, y demás apreciables que para efectuar esta alianza y enlace se requieren, en la via y forma que mas haya lugar en derecho = Otorga que da, y concede ámplia licencia, y facultad al mencionado Don Juan de Meneses su hijo, para que sin incurrir en pena alguna, celebre segun órden de nuestra Santa Madre la Iglesia su matrimonio con la citada Doña Matilde de los Rios, á cuyo efecto de su libre y espontanea voluntad, para que no se le ponga impedimento, presta su pleno consentimiento y beneplácito, el que se obliga en legal forma à no revocar ni reclamar con pretexto alguno, y si lo hiciere, no valga en juicio, ni fuera de él, ántes bien sea visto haberlo dado con mayores estabilidades; y à fin de que se le compela, da poder à los Señores Jueces que de esta causa deben conocer, renuncia las leyes de su favor si acaso se retraxese, y así lo otorga, y firma, à quien doy fé conozco, siendo testigos Fulano, Fulano, y Fulano, residentes en esta Villa.

Nota. Los hijos de Títulos de Castilla necesitan à mas del consentimiento de sus padres, ò personas que deben dárselo, obtener licencia de la Cámara; y los de Grandes ésta, y dar cuenta ántes à la Real Persona; y si son Militares, del Consejo de Guerra tambien; por lo que se relacionarán estas Reales licencias en el consentimiento de los padres, tutores, ò personas que se las concedan, para que no haya embarazo; bien que no debe haberlo respecto á que se han de presentar, y hacer constar al juez Eclesiástico, y así nada importa aunque se omita su relacion.

Otra. Los protocolos de todas las escrituras referidas en este capítulo, se han de estender en papel del sello quarto. Las copias de las ocho primeras, deben sacarse en el mismo papel, si su importe no llega à cien ducados, y si llega ò excede de ellos hasta mil inclusive en el del sello segundo; pero si son ò pasan de mil ducados, en el del primero, y en el intermedio comun. Las de palabra de casamiento, apartamiento de esponsales, y licencia para casarse, respecto no hablar la ley del papel que las corresponde, se darán en el del segundo, à ménos que intervenga señal, ò arra que valga mil ducados, ò mas, que entónces se deben sacar en el del primero.

CAPITULO V.

De las donaciones entre vivos, y de las que se hacen por causa de muerte.

§. I.

Donacion entre vivos.

1 Esta palabra *donacion* quiere decir lo mismo que dacion, entrega, don, ò dádiva (1) de alguna cosa permitida; ò translacion del dominio de cosa propia en otro por mera liberalidad (2). La donacion es uno de los contratos que llaman de riguroso derecho, porque en él no puede proceder el Juez, sino con el rigor del derecho, ciñendose à lo que de él consta sin suplir cosa alguna. Puede hacerse, ò ser de dos maneras, *verbal*, y *real*. La verbal ò imperfecta es la que se hace con palabras sin entregar la cosa donada, y la real ò perfecta de que aqui se trata, *es aquella por la qual una persona por su mera liberalidad dá à otro dinero ò alhaja suya propia* (3). Dividese en donacion entre vivos, y por causa de muerte. La donacion entre vivos es la que el hombre estando bueno sin temor de la muerte, ni de otro peligro, hace al donatario, para que la goce al instante, y se haga dueño de ella; y la donacion por causa de muerte es la que hace estando enfermo, ò aunque sano, con peligro ò temor de la muerte, v. gr. de que le maten los enemigos, ò los ladrones en un camino, ò que naufrague y perezca en el mar si se embarca, ò por su abanzada edad, ù otro motivo semejante (4).

2 Se subdivide la donacion entre vivos en *propia*, è *impropia*. La propia es la que se hace sin mas causa, respeto, ni motivo que la mera liberalidad del donante, producida por un efecto de su

(1) Ley Senatus 35. §. 1. ff. de Mortis causa donation. (2) Ley Donari 19. ff. de Donation. ley Donari 82. ff. de Regul. jur. Scoto. In 4. distinct. 15. quæst. 2. §. Secundo potest. Abb. & Hostiens. in Rubr. de Donation. (3) Proem. y ley 1. tit. 4. Partid. 5. y leyes 1. y 29. ff. de Donat Gom. lib. 2. Variar. cap. 4. num. 1. Ferrar. Biblioth. verb. Donatio. art. 1. num. 1. al 10. (4) Leyes 3. 4. y 5. ff. de Mortis causa donat. y 7. tit. 10. lib. 5. Recop.

generoso ánimo, no solo sin esperanza de retribucion, ni de que jamás vuelva à su poder la cosa donada, sino con el fin de que su dominio pase incontinenti al donatario; por cuya razon se llama *pura*, *simple*, *graciosa* y *perfecta*, y una vez hecha irrevocable, no puede invalidarse porque mude de parecer y voluntad el donante (1), no ocurriendo alguna de las causas que explicaré en el num. 24: ni rescindirse, aunque intervenga rescripto del Príncipe (2); ni tampoco debe imponerse despues en ella, modo, gravamen, ni condicion. Lo mismo sucede en otro qualquier contrato (3), y aunque se le imponga no valdrá, porque por la donacion pura irrevocable se hace propia del donatario la cosa donada, y en la agena nadie tiene facultad de disponer por via de enagenacion, hipoteca, gravamen, ni de otra suerte (4) contra la voluntad de su dueño. Pero podrá declararla, porque qualquiera que hace algun acto aunque sea irrevocable, puede declararlo despues (5). Por lo tocante à quál se llama donacion *simple* y *causal*; y quándo estará ò no obligado el donatario descendiente à colacionarla, véase el lib. 2. cap. 3. §. 2. de mi segunda parte, en donde lo explico.

3 La impropia ó imperfecta es la que se hace con causa, ò baxo de cierto modo y condicion, v. gr. la donacion *propter nuptias*, (la qual antes del Emperador Justiniano se llamaba *ante nuptias*, porque para su validacion era preciso que se hiciese antes del matrimonio, lo qual corrigió y amplió permitiendo que se haga y aumente constante él, al modo que la dote (6), como dexo explicado) ò la donacion por causa de la dote que la muger, ù otro en su nombre hace al marido para mantener las cargas matrimoniales (7), la qual no puede revocarse durante el matrimouio, à menos que el marido venga à estado de pobreza por su culpa, ò se le confisquen sus bienes (8): ò la remuneratoria,

(1) Leyes 2. 3. y 4. ff. de Revocand. donat. (2) Ley Si donationem 5. Cod. de Revocand. donat. (3) Ley Sicut initio 5. Cod. de Obligationib. ley Perfecta donatio, Cod. de Donation. quæ sub modo, y ley 2. Cod. de Revocand. donation. (4) Ley final Cod. de Pact. al fin. Sr. Salg. labir. part. 2. cap. 9. n. 73. Sr. Roxas Almans. de Incompatibilit. disp. 1. quæst. 10. num. 8. (5) Ley fin. §. 1. Cod. de Legib. ley Hæredes palam 21. ff Qui testament. facere pos. ley Ex facto 43. ff. de Vulgar. & pupillar. substit. Sr. Roxas ibi num. 24. y sig. (6) §. Est & aliud genus, Instit. hoc tit. y ley ult. Cod. de Donat ante nupt. (7) Ley Pro oneribus 20. Cod. de Jure dot. (8) Leyes Si constante 24. y Si marito 31. ff. Solut. matrim. y leyes 1. tit. 9. Partid. 3. y 29. tit. 11. Partid. 4.

que es la que se hace en recompensa de beneficio recibido, por lo que es irrevocable (1): ò la que se hace con tal modo, ley y condicion, que no verificandose, puede revocarla el donante (2); ò la que se hace hasta cierto tiempo, la qual vale (3), porque el dominio de las cosas se puede transferir à algun sugeto por tiempo determinado, y cumplido éste, à otro ù otros, à voluntad del donante, y por consiguiente en las donaciones se pueden hacer substituciones y revocaciones como en los testamentos, è imponer las condiciones posibles y honestas que quiera el donante (4), las quales aunque sean irrevocablemente hechas, y aceptadas por el donatario, podrá despues el donante quitarlas ò reformarlas, porque esto no es revocacion sino manifestacion de su mayor liberalidad, y aficion al donatario, con el fin de hacer de mejor condicion el beneficio. No sucede así en las donaciones perfectas, pues una vez hechas irrevocables, no se puede imponer condicion alguna.

4 El efecto de la donacion entre vivos perfecta, es quedar obligado el donante à entregar al donatario la cosa donada, si éste acepta la donacion, aunque sea verbalmente hecha, para lo qual tiene accion contra él; pero no obstante, si tarda en entregarsela, no por eso deberá pagar sus frutos, ni usuras, pues de lo contrario le será demasiado gravosa su liberalidad (5). Y sin embargo de que por derecho antiguo debia intervenir precisamente tradicion de la cosa donada para que la donacion se perfeccionase, cuyo acto era el único medio, y modo natural de adquirir el donatario su dominio por no ser suficiente su consentimiento (6); hoy nada de esto es necesario aunque sea entre ausentes, y no intervenga persona que por el donatario la acepte, *ni carta*, pues basta que manifieste su voluntad y consentimiento de qualquiera suerte para su perfeccion, sin que haya tradicion de la cosa donada, ni el donatario estipule que se le ha de entregar, porque en qualquier manera que parezca que uno quiso obligarse

(1) Leyes Aquilus 27. y Si pater. 34. ff. de Donat. (4) Veanse las cinco leyes Cod. de Donat. quæ sub modo. (3) Leyes 2. y 3. Cod. de Donationib. quæ sub modo. Y ley fin. Cod. de Legat. (4) Leyes 1. y 2. Cod. de Donation. leyes Si rerum 2. y Quoties 3. Cod. de Donationib. quæ sub modo; y ley Ut hæredibus, ff. de Legat. 2. Hermosill. en la ley 7. tit. 4. Partid. 5. glos. 1. n. 1. y 4. (5) Leyes fin. Cod. de Revocand. donat. Si quis argentum 35. Cod. de Donat. y 9. §. 1. 12. 22. y 33. ff. de Donat. (6) §§. Per traditionem 40. Instit. de Rer. divis. y Aliæ autem 2. Instit. hoc tit.

à otro, queda obligado, segun lo manda la ley Real (1); y así lo que antes de la promesa fué voluntario en el donante, se hace coactivo, forzoso y obligatorio despues de hecha, y puede ser compelido à cumplirla, si el donatario la acepta: lo mismo milita en todos los contratos innominados, pues no pueden rescindirse, ni los contrayentes arrepentirse (2).

5 Convienen las donaciones entre vivos, y por causa de muerte, en razon de ser donaciones ambas, y en que por medio de ellas recibe beneficio el donatario. Se diferencian en tres cosas. La primera, en que la perfecta entre vivos con sola la voluntad del donante manifestada, y el consentimiento y aceptacion del donatario se hace irrevocable, à menos que intervenga causa grave legal que lo impida, porque en el mismo instante que la acepta, adquiere derecho à la cosa donada, y se le transfiere su dominio, lo que no sucede en la que se hace por causa de muerte, porque para que ésta sea efectiva, es preciso que se confirme con la muerte del donante, pues hasta entonces puede revocarla, y si la revoca, vuelve à él la cosa donada, y le compete su reivindicacion con frutos. La segunda, en que la donacion por causa de muerte se frustra y revoca tácitamente si el donatario muere antes que el donante, y así la cosa donada no pasa à sus herederos, porque no adquirió dominio en ella. Esta donacion se gradúa por las reglas de los legados, por ser de la misma naturaleza y calidad, y convenir con ellos, como diré en el num. 40. mediante que el donante quiso beneficiar à su donatario despues de su muerte, y no al heredero de éste (3); lo que sucede al contrario en la donacion entre vivos. Y la tercera, en que para que la donacion entre vivos, que excede de 500 mrs. de oro sea válida en el todo, se requiere insinuacion, la que no es necesaria en la que se hace por causa de muerte (4).

6 Tambien conviene la donacion con la cesion, en que por ambas recibe beneficio aquel à cuyo favor se hacen; y se dife-

(1) Ley 2. tit. 16. lib. 5. Recop. Gom. lib. 2. Var. cap. 4. num. 2. & ibi Ayllon num. 3. (2) Ley Sicut, Cod. de Actionib. & obligationib. Hermosill. en la ley 61. tit. 5. Partid. 5. num. 1. (3) §. 1. Instit. de Donation. ley Si mortis causa res donat 29. y ley Illud 37. ff. de Mortis causa donat. Gom. ibi num. 19. 20. 21. (4) Leyes fin Cod. de Revocand. donat. y de Donat. causa mortis, y 9. tit. 4. Partid. 5. § 1. Instit. de Donat. Ferrar. Bibliothec. verb. Donatio art. 1. n. 19. 20. y 21.

reneian, en que para que la cesion sea válida, se requiere causa cierta, y para la donacion ninguna mas se necesita, que la libre y espontanea voluntad y liberalidad humana, con la qual queda perfecta, por lo que dice la *ley 1. tit. 4. Partid. 5. y su Proemio: que la donacion es bien hecho, que nace de nobleza y bondad de corazon, y una gracia y amor que usan los hombres entre sí, porque el que dá, se queda sin lo suyo, por beneficiar à otro.* Asimismo se diferencia del legado, acerca de lo qual vease à *Gom. lib. 2. Var. cap. 4. num. 5.* Se diferencia igualmente del *Precario*, pues aunque éste es una especie de liberalidad, y por consiguiente un contrato gratuito, el que dá en precario, es para volver à recibir lo que dió, y disolver y revocar la donacion parcial siempre que quiera. *Precario es aquello que à deprecacion ò súplica de alguno le concede su dueño para que lo use todo el tiempo que éste quiera.* En la donacion sucede al contrario, porque el que la hace, es para no recibir jamás lo que dió (1). Tambien se diferencia el precario del commodato, acerca de lo qual, y de otras especies concernientes véase à *Ferraris Biblioth.* verb. *Præcarium*; pues por no importar al Escribano saberlas, omito su explicacion.

7 El que tiene potestad de tratar, y contratar, puede hacer la donacion con tradicion de la cosa donada, ó sin tradicion, ó para tiempo determinado, estando presentes, ò ausentes donante, donatario, y la cosa que se dona (2); y puramente, ò calificando la donacion con pactos que la restrinjan, ò amplien, è imponiendo al tiempo de hacerla al donatario, y à la cosa donada los gravamenes, y honestas condiciones que licitamente pueda cumplir (3). Si la donacion es graciosa, no necesita el donante obligarse à la eviccion, y saneamiento de lo que dona, sino quiere; pero siendo remuneratoria, debe hacerlo à menos que se estipule lo contrario, ò que haya de tener efecto despues de su muerte.

8 La *ley 69. de Toro, que es la 8. tit. 10. lib. 5. Recop.* dice: *Ninguno puede hacer donacion de todos sus bienes, aunque la haga solo de los presentes.* La razon de esta prohibicion es porque ademas de quedarse el donante sin lo necesario para su manutencion,

(1) Ley 1. ff. de Præcario cap. Præcarium, de præcariis. (2) Leyes 1. 4. y 11. tit. 4. Partid. 5. 10. tit. 12. lib. 3. del Fuero Real, y 7. tit. 10. lib. 5. Recop. (3) Leyes 4. y 6. tit. 4. Partid. 5. y In re mandata 21. Cod. Mandati. Ferraris en el lugar citado, art. 2.

se priva del derecho de testar y se puede dar ocasion al donatario para que maquine la muerte del donante con el fin de apoderarse prontamente de sus bienes. Fuera de esto y ademas del perjuicio que se causa à las costumbres, no conviene en el órden publico que los hombres sean pródigos de sus bienes. Esta prohibicion tiene lugar aunque la donacion sea reciproca entre dos, o mas personas, insinuada, y jurada, porque viene à ser, y se estima por pacto *de succedendo*, que por derecho está prohibido, como explicaré en el n. 33. Lo mismo procede con la simulada, o hecha en fraude de la ley, pues no la da vigor la insinuacion, ni el juramento. Pero si el donante reserva para sí por toda su vida el usufruto de sus bienes, y los suficientes de que poder testar libremente, y el usufruto es competente para su manutencion, será valida (1); y tambien, si el donatario se obliga à mantener al donante mientras viva, enterrarlo segun su calidad, y cumplir lo que disponga en su testamento.

9 La donacion limitada puede estenderse hasta 500 maravedises de oro, ò exceder de ellos. Si no excede, no necesita ser insinuada; pero excediendo, es preciso que se insinue, y manifieste al Juez mayor del lugar en que se hace, que por tal es conocido hoy el Corregidor, ò Alcalde Mayor del Pueblo, por no haber en los lugares otros mayores que estos, y si es Aldea, debe manifestarse al de la cabeza de ella, que es donde reside regularmente el Corregidor, à fin de que la apruebe, y à ella interponga su judicial autoridad, sin cuyo requisito es nula, como se prueba de la *ley 9. tit. 4. Partid. 5.* que dice: *Pero si quisiere dar à otro ome, ò à otro lugar, puedelo facer sin carta fasta 500 maravedis de oro: mas si quiere facer donacion de lo que es sobredicho en esta ley, lo que fuere dado de mas, non valdria, fueras ende si lo ficiese con carta, è con sabiduria del mayor Juzgador de aquel logar, do ficiese la donacion.* La razon de esta prohibicion es, porque conviene al Estado que sus individuos no usen pródigamente de su hacienda, ni se empobrezcan, y para que las donaciones tan excesivas se hagan con mayor deliberacion, y conocimiento, y se eviten fraudes. Lo qual procede tambien en la liberacion, y remision del debito por via de donacion, en el caso

(1) Gomez en la ley 69. de Toro, num. 3. Gutierrez de Juram. confirm. part 1 cap. 11. y 57. num. 18. Señor Covar. lib. 3. Var. cap. 12. & in rubric. testam. part 2. num. 8 y sig. Matienzo en la ley 8. tit. 10. lib. 5. Recopgles. unic. Sr. Larrea decis. 66. num. 36.

que exceda de dicha suma, aunque provenga de diversas causas, y se haga à muchos deudores; pero si la donacion es jurada, vale sin insinuacion (1); y para ésta pueden acudir donante y donatario, aunque sean Eclesiásticos, al Juez Real, porque como es acto que no requiere formal conocimiento de causa, tiene jurisdiccion para ello, bien que el donante es el que debe pedirla, y no otro (2); y asi puede en ellas dar poder al donatario para que la insinúe en su nombre, si no quiere practicarlo por sí mismo. Si el Escribano es Juez, puede ser insinuada ante él la donacion que autorizó como Escribano, porque en él pueden concurrir las dos personalidades, y usar de ambas, pero no si el Juez es el donante, ò donatario (3).

10 Y aunque algunos afirman que no es necesaria la aprobacion judicial, y que basta la insinuacion hecha en la misma escritura ante Escribano como persona pública, poniendo en ella esta clausula: *Y consiente el otorgante que esta donacion se insinúe para su mayor estabilidad ante Juez competente con arreglo à la ley; y para que no sea necesaria dicha solemnidad, que renuncia, la insinúa, y ha por legitimamente insinuada ante mí como persona pública, y quiere que tenga la misma fuerza, que si se insinuára en forma legal, &c.* no me conformo con su dictámen, porque la ley concede únicamente esta facultad al Juez Mayor, y no à otro inferior, ni al Escribano como tal, segun se evidencia de su contexto; por cuya razon ignoro los fundamentos en que la apoyan, queriendo hacer legítima costumbre una corruptela por algunos introducida, y no por todos observada, mayormente diciendo la ley que la donacion no vale sin dicho requisito. No me persuado que sea éste uno de los casos en que dicen es ley, y regla el apartarse de la regla, y de la ley; y mas siendo infructuosa la renunciacion de la insinuacion. Lo primero, porque no es acto del donante, sino del donatario, en cuyo beneficio privativo cede. Lo segundo, porque las leyes que prescriben por forma al-

(1) Gutier. de Jurament. confirm. part. 1. cap. 7. num. 2. y repet. leg. Nemo potest, ff. de Legat. 1. num. 340. y sig. Gomez lib. 2. Variar. cap. 4. n. 6. al 9. Matienzo en la ley 7. tit. 10. lib. 5. Recop. glos. 6. Hermosill. en la ley 9. tit. 4. Part. 5. glos. 15. num. 5. al 8. (2) Bald. in leg. In hac, Cod. de Donation. Matienz. en la 7. tit. 6. lib 5. Recop. glos. fin. n. ultim. (3) Bald. in leg. Jubemus, §. Sane, si hæc, Cod. de Sacrosanct. Eccles. Matienz. en la ley 7. tit. 10. lib. 5. Recop. glos. 6. num. 3. Hermosill. en la ley 9. tit. 4. Partid. 5. glos. 16. num. 5. y 6.

guna solemnidad para la validacion de los actos humanos, no pueden ser renunciadas. Lo tercero, porque à todos está prohibido alterar lo dispuesto por derecho; y lo quarto, porque de esta renunciacion se presume fraude, y colusion, pues con la facilidad que qualquiera poco cauto puede ser dolosamente inducido para donar, lo puede ser para renunciar la insinuacion, y así aunque el donante mande que la cláusula se ordene en estos términos: *Y si esta donacion excediere de los* 500 *maravedises de oro que la ley permite donar sin insinuacion, quiero, y mando que quantas veces exceda, tantas se tenga el exceso por nueva donacion, pues para su mayor estabilidad renuncio la ley* 9. *tit.* 4. *Partid.* 5. *à fin de que jamás sea necesaria la insinuacion que previene*, no valdrá la donacion en el exceso, sino se insinúa, y antes bien se limitará à los 500 maravedises, en los que será estable, y válida (1), porque en las cosas divisibles no se vicia lo util por lo inutil (2); pero si fuere jurada la renunciacion y donacion, quedará firme (3); y el que reclame la donacion debe justificar el defecto de la insinuacion (4).

11 Sobre el valor de los 500 maravedises de oro hay diversas opiniones, porque cada uno ajustó la cuenta segun el que tenia en su tiempo la moneda corriente, y todos dixeron bien, y una misma cosa en la substancia; en cuya inteligencia la cuenta que me parece debe ajustarse hoy, es ésta. Cada maravedi de oro de aquellos valia lo que un castellano (5), que fué moneda de oro de estos Reynos, y entraban 50 en un marco de ocho onzas (6), y si actualmente los hubiera, valdria cada uno 1740 maravedis de vellon, y quatro quintos de otro, porque en el siglo 15 valia un escudo sencillo 400 maravedis, y el castellano 544; con que valiendo hoy el mismo escudo 1280 maravedises, que son 37 reales y 22 maravedises, corresponden al castellano los 1740 y 4 quintos; y los 500 maravedises de oro compondrán 25600 reales de vellon. Si se consideran sueldos de oro, y cada sueldo de 485 ò 500 maravedises de vellon del valor actual, ascenderán à

(1) Ley 9. tit. 4. Partid. 5. Gomez lib. 2 Variar. cap. 4 num. 7. y 8. & ibi. Ayllon num. 8. Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap 7 (2) Regla 37 jur. in 6. (3) Cap. Cum contingat. 28. de Jurejurand. (4) Luca Donation. discurs 2. ex num. 14 (5) Sr. Greg. Lop. en la ley 9. tit. 4. Partid. 5. n. 14. Sr. Covar. de Vet. num. cap. 6. num. 4. Escobar computat. 1. num. 16 y sig. y computat 25. (6) Auto unic. §. 1. al fin, y ley 2. tit. 22. lib. 5. Recop.

250000 maravedises, que hacen 7352 reales y 32 maravedises de la propia especie: y porque todo es opinable, convendria que el Principe lo declarase, para evitar dudas por la alteracion que hubo en la moneda despues de la creacion de la ley de Partida.

12 No necesita ser insinuada la donacion antidotal, ò remuneratoria, porque ésta no es propiamente donacion, sino compensacion de méritos hechos, ò beneficio recibido, ò satisfaccion, y paga de lo que se debe, ni la del tercio, y remanente del quinto hecha à los legitimos descendientes, porque pende de la muerte del Testador, el saber si excederá, ò no de los 500 maravedises de oro (1); y así es superflua la clausula de insinuacion que algunos suelen poner en estas donaciones, sin saber por qué, y nada mas que por haberlo visto à otros ignorantes, ni la que el Emperador, ò Rey hacen, ò les hacen, aunque exceda de dichos 500 maravedises, ni la que se hace à alguno para reparar su casa deborada, y consumida por incendio, ò ruina, ni para redimir cautivos, ni à obra pia, y lugar religioso, bien que acerca de esta se duda; ni à muger menor antes de casarse por razon de dote, si está destituida del auxîlio paterno (2); ni la renunciacion de las futuras sucesiones, y derechos, pero sí la de los bienes adquiridos (3); ni la reciproca, ni otras que expresa *Hermosilla* en la glos. 15. de la ley 9. tit. 4. Partid. 5. que se cita. Ni tampoco la de alguna, ò algunas fincas raices à renta vitalicia al riesgo de la vida del donante, de que para modélo estenderé la correspondiente escritura.

13 Es nula la donacion que el enfermo hace à su Confesor, ò à su Convento, deudo, ò Iglesia en su última enfermedad (4), como en el capítulo 1. dexo sentado. Tambien lo es la que se hace en fraude de no pechar, aunque no llegue à los 500 mrs. de oro, v. gr. à hijo Clérigo, teniendo otros legos (5); y así en la que se haga à Clérigo, Iglesia, Convento, Memoria pia, Capellanía, ò à alguno para ordenarse, convendrá añadir, y poner esta cláusula: *Cuya donacion le hace sin que por ella sea visto perju-*

(1) Matienz. en la ley 7. tit. 6. lib. 5. Recop. glos. 3. num. 2. (2) Leyes 9. tit. 4 Partid. 5. 18. de Toro: 6. tit. 5. lib. 3. del Fuero Real penult. Cod. de Donat. Aquilius 27. y penult. §. Si quis, ff. eod. tit. y Minoribus 17 Cod. de Donat. ante nupt. (3) Dueñas regula 224. Limit. 14. Hermosill. en la ley 9. tit. 4 Partid. 5. glos. 15. num. 17. Gom. lib. 2. Variar. cap. 4. n. 10. vers. Item etiam: & ibi. Ayllon, num. 11. (4) Auto 3. tit. 10. lib. 5. Recop. (5) Ley 11. tit. 10. lib. 5. Recop.

dicar, ni defraudar los derechos Reales, y demás cargas que pagarian los bienes en ella contenidos si los poseyera un lego, pues quedan ligados, y sujetos à todo en iguales términos indistinta y absolutamente, para lo que ha de entenderse, y estimarse exîstir en poder de persona no esenta ni privilegiada. Igualmente es nula la que el ascendiente hace à hija, ò nietas suyas por razon de dote, ò casamiento en contrato entre vivos con título de mejora, porque no pueden ser mejoradas por esta causa, como dexo expresado: y la de Villas, Castillos, Lugares, Tierras, Heredamientos, è Islas de estos Reynos que se hace à Rey, Señor, ù otro estrangero (1).

14 No pueden hacer donacion entre vivos el menor de 25 años, ni el loco, fatuo, desmemoriado, ni prodigo declarado, ni vale la que estos hagan, aunque sí la que otro les hace. Tampoco es válida la que hace él que cometió crimen de lesa Magestad, ò para ello dió consejo, ò maquinó la muerte, mutilacion de miembro, ò lesion contra algun Consejero del Rey, ò division de su Reyno: ni el declarado en juicio por herege; pero si es acusado de otro delito, aunque por él deba morir, ò ser deportado, puede hacer donacion hasta el dia que contra él se dé la sentencia, y no despues; y si la hace antes de cometerlo, valdrá, sin embargo de que luego le condenen (2).

15 Tampoco pueden hacerla el Arzobispo, y el Obispo de los bienes de la Iglesia, ni su Administrador, sino en los casos, y con los requisitos que se expresan en las doce leyes del tit. 14. Partid. 1. concordantes con el derecho canónico: ni el marido, y muger constante matrimonio, excepto que sea la que llaman remuneratoria, v. gr. marido viejo à muger pobre, moza, doncella, noble, ò hermosa; pero para que ésta sea válida, si el donante tiene ascendientes, ò descendientes, se ha de confirmar con su muerte, ò ser jurada, ò de las cosas que en el num. 21. y sig. se contendrán, y no exceder de lo que las leyes permiten (3), y dexo explicado en el capítulo 1. que es del tercio ò quinto, segun sea el heredero, porque esta remuneracion no es de las que obligan en conciencia, ni en justicia, y por lo mismo no debe perjudicar à los forzosos en su legítima.

(1) Ley 2. tit. 10. lib. 5. Rec. (2) Leyes 1. y 2. tit. 4. Partid. 5. y 5. tit. 12. lib. 3. del Fuero Real. Gom. lib. 2. Variar cap 4. n. 23. (3) Leyes 4. y 5. tit. 11. Partid. 4. Gom. en el cap. cit. Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 3.

16 El padre no puede hacer donacion al hijo que tiene en su poder, sino que sea Soldado, y le dé armas y caballo, ò le dedique à alguna ciencia, y le done los libros para estudiar, ò que sea jurada, ò por servicios que le haya hecho, pero éstos han de ser reales y verdaderos, y no de puro obsequio, pues en este caso se contempla remuneratoria (1): ò de lo que la ley (2) le permite, que es el tercio, y remanente del quinto. Pero es de advertir que hecha la donacion por el padre à su hijo, caduca ésta regularmente hablando, si el padre le sobrevive (3); bien que si se la hizo por causa de matrimonio, y dexa hijos el donatario, se entienden llamados, pero no sus herederos estraños (4). En quanto à si la muger puede hacer donaciones constante matrimonio sin pecado, ni cargo de restitucion, vease à *Ferraris Biblioth.* verb. *Bona*, que trae siete casos, y otros en los quales no puede, ni tampoco su marido sin su mutuo consentimiento.

17 El hijo que está baxo de la patria potestad, no puede hacer donacion sin licencia de su padre, à menos que tenga peculio, ò bienes castrenses, ò quasi castrenses, que entonces no la necesita; pero teniendo bienes profecticios, puede dar de ellos alguna cosa à su madre, hermana, sobrina, ù otro pariente con justa causa, ò al maestro que le enseña alguna ciencia el salario correspondiente sin el paternal permiso (5).

18 De tres maneras gana el donatario la posesion de la cosa donada. La primera, si el donante, ù otro en su nombre están apoderados de la cosa, mas no si de propia autoridad se entra en ella, ò la roba (6). La segunda, dandole posesion de ella, ò entregandole los títulos de su pertenencia, ò la escritura de donacion, aunque no se apodere materialmente de la cosa donada (7), por cuyos dos medios se constituye verdadera, efectiva, é irrevocable la donacion y liberalidad del donante (8), por ser mas firme lo que

(1) Leyes 3. tit. 4. Partid. 5. y 2. Cod. de Donat. inof. Gutier. tit. cit. part. 1. cap. 4. y 5. Ferrar Biblioth. verb. Donatio, art. 2. num. 9. y 10. Gom. en la ley 17. de Toro, num. 4. (2) Ley 18. de Toro. (3) Trentacinq. Variar. lib. 3. Resolut. 6. num. 7. (4) Luca de Dote disc 27. n. 19. y de Donationib. disc. 8. num. 27. y disc. 21. n. 4. Andreol. Controvers. 232. (5) Ley 3. tit. 4. Partid. 5. Ferrar. Biblioth verb. Donatio, art. 1. num. 34. al 42. Matienzo en la ley 3. tit. 8. lib. 5. Recop. glos. 1. y 2. (6) Ley 10. tit 30. Partid. 3. (7) Ley 8. tit 30. Partid. 3. (8) Ley 1. & ibi glos. & Cin. Cod. de Pericul. & commod. Rei vendit. §. Venditæ, Institut. de Rer. division. y cap. Cum Joannes, de Fide instrum.

estriva y se apoya en la tradicion, que en la simple promesa (1), ò palabra. Y la tercera, conteniendo la escritura de donacion la cláusula de *Constituto*, que es decir el donante: *que desde allí en adelante posee la tal cosa en nombre del donatario*; ò *que se constituye por su inquilino, tenedor, y precario poseedor de la cosa donada en legal forma* (2); y por este medio se transfiere ficta y tácitamente la posesion en el donatario, pero para ganarla, ha de tenerla éste por sí mismo, ù otro en su nombre, y voluntad de ganarla (3).

19 Si se hace donacion al que está ausente, conviene se le entregue el título de la cosa donada, ò que luego la acepte, para que el donante no pueda revocarla, pues si no se le entrega, lo podrá hacer, como lo dice la *ley* 10. *tit.* 12. *lib.* 3. *del Fuero Real*, ibi: *Otrosí mandamos, que si alguno ficiere carta de donacion de sus cosas à otri, è la carta tuviere el que la fizo, è no la diere, puedagela toller si quisiere, è darla à otri, ò facer della lo què quisiere.* Y aunque segun la *ley* 2. *tit.* 16. *lib.* 5. *Recop.* en qualquier manera que parezca que uno quiso obligarse à otro, queda obligado, se duda entre los AA. si no habiendo sido aceptada la donacion, podrá ò no el donante revocarla, no obstante que sea jurada, y contenga la cláusula de *Constituto*, como lo advierte *Gutierr. repet. cap. Quamvis, de Pactis num.* 53. *y sig.* Y para que por la ausencia y falta de aceptacion del donatario no pueda revocar el donante la donacion que le hace, y evitar dudas y disputas, se pondrá despues de las cláusulas que requiere para su estabilidad, y antes de la guarentigia la siguiente: *Y mediante hallarse ausente el donatario, y no poder por esta razon aceptar la donacion que le hago, para que no pueda invalidarse, ni yo revocarla à pretexto de no haberla aceptado, pido al presente Escribano, que como persona constituida con autoridad pública y real, usando de la facultad que el derecho le franquea, la acepte en su nombre, pues desde ahora la doy por aceptada en solemne forma legal, à fin de que sea irrevocable en el todo, como si el mismo donatario la aceptára expresamente, y se le entregára el título de ella: quiero que nada de esto, ni otro acto, ni requisito sea necesa-*

(1) Ley Divisionis placitum, ff. de Pact. (2) Ley 9. tit. 30. Partid 3. Gomez en la 17. de Toro, n. 15. y en la 45. n. 20 32. y 45. (3) Ley 6. tit. 30. Partid 6.

ria para su perpetua estabilidad, y renuncio la ley decima, título duodecimo, libro tercero del Fuero Real, que por la no entrega de la escritura de donacion me permite su revocacion. y demás que en el asunto versan, para no aprovecharme de su auxîlio en manera alguna. E yo el infrascrito Escribano la acepto en forma legal por dicho donatario al efecto enunciado. Y à haberla por firme obligo yo el otorgante mis bienes, raices, &c. Con esta cláusula queda tan estable como si el donatario la aceptára por sí, porque los Jueces y Escribanos como personas con autoridad pública, pueden aceptar ò recibir promesas en nombre de otros, y los promitentes están obligados à cumplirlas, segun lo dispone la ley 7. tit. 11. Partid 5. ibi: *E aun decimos que los Juzgadores, è los Escribanos de Concejo pueden rescebir promision en nome de otro* ::: y mas abaxo dice: *Cá maguer ninguno destos sobredichos en cuyo nome fuese rescebida la promision, non estuviese delante quando la rescibió, vale la promision, è puedela demandar aquel en cuyo nome fuese fecha, tambien como si él mismo la obiese recebido.* Y aunque la ley inserta habla de los Escribanos de Concejo, ò Ayuntamiento, que son los que éste, ò el dueño jurisdicional nombra, y eran los que quando la creacion de ella habia, deberá militar con superior razon lo propio con los demas públicos y Reales, porque tienen título Real, y pueden actuar en lo judicial, y en contratos y testamentos, lo que no pueden hacer hoy como tales los de mero Ayuntamiento, así por carecer de autoridad y facultades para ello, como porque no tienen título, ni aprobacion real, y son nada mas que unos Fieles de fechos, diputados únicamente para escribir y autorizar los acuerdos, y demas cosas tocantes al Concejo, y no para otra, y por lo mismo les está prohibido por las leyes del tit. 25. lib. 4. Recop. entender en actos judiciales, y autorizar escrituras si no tienen titulo y aprobacion Real. Lo tendrá presente el Escribano para poner la aceptacion con expresa anuencia del donante, y no de otro modo.

20 La donacion otorgada entre los esposos de futuro es válida, y se perfecciona luego que se entrega al donatario la posesion de la cosa donada. Esto se entiende aunque no se efectúe el matrimonio, si se pacta así entre ellos; y si no se pacta, con tal que tenga efecto, y no de otro modo (1); pero si estipulan que ha

(1) Leyes 1. ff. de Donat. inter vir, & uxor. y Cum veterum 15. Cod. de Donat. ante nupt.

de ser efectiva quando se haya consumado, no valdrá, porque se prefine para que llegue à perfeccionarse, un tiempo por derecho prohibido, y se estima como donacion entre marido y muger hecha constante matrimonio (1). Lo propio sucederá si el novio teniendo en su casa à la novia, se la hace ù ofrece en el mismo dia de la boda, mas no si ella está en la suya (2). Si se hace, ò promete por aumento de dote estando pobre el donatario, ò por causa remuneratoria entre los dos, valdrá, y no podrá revocarse por ingratitud de éste; pero para que no se entienda ser donacion simple, es preciso que se exprese la causa, y que ésta sea verdadera, previniendo que si entonces tienen hijos, se limitará al quinto, como si fuera hecha por testamento, pues los descendientes no deben ser gravados en su legítima, segun dexo sentado en el cap. 1.

21 Constante matrimonio suelen marido y muger hacerse donaciones entre vivos, y para que el Escribano se instruya de las que son, ò no válidas, y por qué causa, tengo por conveniente insertar las *leyes* 4. 5. *y* 6. *tit.* 11. *Partid.* 4. que à la letra dicen así. Ley 4. *Durando el matrimonio facen à las vegadas donaciones el marido à la muger, y ella al marido, non por razon de casamiento, mas por amor que han de consuno uno con otro; è tales donaciones como éstas son defendidas que las non fagan, porque non se engañen despojandose el uno al otro por amor que han de consuno, è porque el que fuese escaso, seria de mejor condicion, que el que es franco en dar; è por ende si las ficieren despues que el matrimonio es acabado, no deben valer, si el uno se ficiere por ello mas rico, è el otro mas pobre; fueras ende si aquel que ficiese tal donacion, nunca la revocase, nin la desficiese en su vida, cá entonce fincaria valedera. Mas si revocase la donacion en su vida el que la ficiese, diciendo señaladamente: tal donacion como ésta, que fice à mi muger, non quiero que valga; ò si callase, non diciendo nada, ò la diese despues à otro, ò la vendiese; ò si muriese aquel, que recibiera la donacion ante de aquel que la fizo, desatarse, y è por qualquier de estas razones la donacion primera.* Pero si fuere venta, pueden hacersela, no interviniendo fraude, y causa de donacion, porque no hay peligro de que se despojen del mútuo

(1) Ley Quod sponsæ 4. Cod. de Donat. ante nupt. (2) Ley Cum in te 6. Cod. de Donat. ante nupt.

amor, ni por este contrato se constituye el uno mas pobre, y el otro mas rico.

22 Ley 5. *Casos y à, è razones, en que valdria el donadio que ficiese el marido à la muger, ò ella al marido durando el matrimonio è esto podria acaecer en dos maneras, la una es asi como quando el que dá la donacion, no se face por ella mas pobre, ò aquel à quien la dá, se face por ella mas rico, è esto seria como si algun ome, ò muger ficiere su heredero algun ome casado, diciendo asi: Yo fago mi heredero à tal ome (nombrandole señaladamente) è mando que quando él finare, que aste heredamiento quel yo dó, finque à su muger; cá si el marido della ante que entrase en tenencia de aquella heredad la diese à su muger, valdria la donacion; è esto es porque non seria él por ende mas pobre, pues que non era aun en tenencia del heredamiento, è non se le mengua ninguna cosa del patrimonio que habia ante. Eso mismo seria si alguno en su testamento mandase al marido alguna cosa, asi como casa ò viña ò heredad en la manera sobredicha, è despues la diese à su muger antes que fuese apoderado della. Otro tal seria, si el marido diese à la muger alguna cosa que non fuese suya, cá valdria la donacion para poderla ganar la muger por tiempo. Eso mismo seria, cá valdria la donacion que fuese fecha en alguna otra manera semejante de éstas entre el marido, è la muger.*

23 Ley 6. *Empobreciendo el que ficiese la donacion por razon della, è non enriqueciendo mas por ella aquel à quien la diese, es la otra manera, de que ficimos emiente en la ley ante desta que valdria la donacion que ficiese el marido à la muger, ò el uno al otro, durando el matrimonio, è esto seria como si uno dixese al otro quel daba alguna sepultura suya en que se soterrase, ol diese, ol comprase logar, en que la ficiese, ol diese heredad alguna, en que se ficiese alguna Eglesia, ò Monasterio, ol diese renta de alguna heredad, ò dineros, ò otra cosa, quel diese por luminaria à alguna Eglesia; tales donaciones como éstas, è otras semejantes dellas deben valer, porque aquel à quien las dán, no se aprovecha de ellas en su vida: Otrosí, porque son dadas en manera que se torna en servicio de Dios* (1). Otras donaciones se hacen marido y muger constante matrimonio que son válidas, de las quales trata *Ferra-*

(1) Vease à Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 3. à Montalvo en la ley 3. tit 12. lib. 3. del Fuero Real, y à Ferrar. Biblioth. verb. Donatio art. 2. num. 14 y sig.

ris in sua Biblioth. verb. *Donatio*, num. 14. al 26. y refiere trece casos, que el aplicado podrá ver en él.

24 La donacion pura entre vivos, que por su naturaleza es irrevocable, puede revocarse por las siguientes causas. La primera, por haber deshonrado de palabra el donatario al donante. La segunda, por haberle acusado de delito, porque merezca pena de muerte, mutilacion de miembro, perdimiento de todos, ò la mayor parte de sus bienes, ò ser desterrado. La tercera, por haber puesto en él sus manos ayradas para herirle, ò matarle. Y la quarta, por haberle hecho grave daño en sus bienes, ò maquinado su lesion, ò muerte. Por estas causas, como efectos de la ingratitud, puede el donante revocar la donacion perfecta; pero para que valga la revocacion, es preciso que las declare, y pruebe en juicio, y no haciendolo, no se revocará, ni sus herederos podrán querellarse del donatario por esta razon. Por las mismas puede el padre revocar la que haga à su hijo; pero si su madre se la hace, y muerto su padre, vuelve à casarse, solo podrá revocarla por tres, que son: haber puesto en ella las manos ayradas, intentado su muerte, ò malbaratado todos, ò la mayor parte de sus bienes (1). Tambien podrá el donante revocarla, por no cumplir el donatario con la contribucion de los alimentos pactados en la escritura de donacion, ò el modo y condicion puestos en ésta, y por otras causas semejantes, si son probadas (2). Pero el ingrato hace suyos los frutos percibidos antes de la revocacion por su buena fé, y por haber sido válida en su principio la donacion, y solo deberá restituir los que despues de la contestacion se devenguen, acerca de lo qual vease à *Hermosilla en la ley* 10. *tit.* 4. *Partid.* 5. *glos.* 8. *num.* 20. y à los que cita.

25 Pero si el donante se obliga con juramento à no revocarla por ellas, será firme è irrevocable, porque puede renunciar todo lo que está establecido en su beneficio (3); y la cláusula se ordena en estos términos: *Y baxo de juramento que hago por Dios nuestro Señor, y una señal de Cruz tal como esta* ✠, *me obligo à*

(1) Leyes 10. tit. 1. Partid. 5. 7. tit. 10. lib. 5. Recop. y 1. y fin. Cod. de Revocand. donat. Auth. Quod mater, Cod. eod. tit. y cap. Propter 10. de Donat. Gom. lib. 2. Variar. cap. 4. num. 11. Gutier. de Jurami. confirm. part. 1. cap. 10. Ferraris Biblioth. verb. Donatio, art. 3. (2) Leyes 5. 6. y 7. tit. 4. Partid. 5. y 1. Cod. de Donat. quæ sub modo. (3) Ley Si quis in conscribendo 29. Cod. de Pactis.

no revocar esta donacion por causa alguna de las que prefinen la ley 10. *tit.* 4. *Partid.* 5. *y otras del mismo título ; ni reclamarla total ni parcialmente, ni alegar excepcion que me sea propicia, ni tampoco pedir relaxacion de este juramento à quien pueda concedermela , y si lo intentare , no solo quiero no ser oido judicial ni extrajudicialmente , sino antes bien condenado en costas , habido por perjuro , como tal castigado , y que con todo eso se lleve à debido efecta esta donacion en todas sus partes , à cuyo fin la formalizo con nuevos juramentos , vínculos y firmezas , añadiendo fuerza à fuerza , y contrato à contrato , y renuncio las citadas leyes , para no aprovecharme de ellas en manera alguna.*

26 Ordenada de esta suerte, quedará irrevocable, pues aunque la *ley* 67. *tit.* 18. *Partid.* 3. prescribe el modo de estender la donacion en estos términos: *E otorgó éste que fizo el danadio, poderío al otro, à quien lo dió, de entrar la tenencia de esta casa por si mismo quando él quisiese sin otorgamiento de Juez, è de otro ome qualquier , è sobre todo esto prometió que esta donacion que le fizo, que siempre la habia por firme , è que nunca iria contra ella en ninguna manera, è señaladamente que nunca la revocaria diciendo que aquel à quien la ficiera , que gela non agradeciera , è fuera desconociente , faciendo contra él alguna de aquellas cosas que dicen las leyes deste nuestro libro porque pueden ser revocadas las donaciones, asi como se muestra en el título que fabla de ellas.* Se ha dudado entre sus Expositores sobre la inteligencia de ella , porque algunos afirman que fué ordenada con atencion al comun estilo que tenian entonces los Escribanos de estender las donaciones sin que los donantes interviniesen en sus cláusulas , y que por lo mismo no ha de surtir efecto, pues la impericia de aquellos en la formacion de algunas cláusulas no puede dar vigor à los contratos, por ser irritantes como estendidas por quien ignora su naturaleza, y otros dicen que dicha legal disposicion debe observarse , porque en las leyes nada hay superfluo (1). Para evitar qüestiones, la ocasion de delinquir à los donatarios, y que sean ingratos à sus bienhechores , aconsejo al Escribano que no ponga la cláusula con juramento , y renunciacion de las leyes que contiene , sin que el donante bien cerciorado previamente de las causas por qué pue-

(1) Señor Covarrub. de Testam. cap. 7. num. 31. Señor Molin. de Hisp. primog. lib. 1. cap. 9. Gom. lib. 2. Variar. cap. 4. num. 14. Gutier. de Juram. confirmat. part. 1. cap. 10.

den ser revocadas las donaciones perfectas se lo mande, dando en en este caso fé de haberselo mandado, y especificando las mismas causas en la escritura, para que no se dude de haberle cerciorado de ellas, pues el ingrato es indigno de que se busquen arbitrios para beneficiarlo, por ser la ingratitud uno de los pecados mas abominables à los Divinos ojos. El Escribano no debe poner en los instrumentos clausulas, ni obligaciones que los otorgantes ignoran, sin instruirlos primero de sus efectos con pureza, é imparcialidad.

27 La potestad de revocar la donacion por ingratitud compete al donante solo contra el donatario, y no se transfiere à los herederos de aquel contra éste, ni contra los suyos (1). La razon es, porque la accion de hacer la revocacion, es personal, y como tal toca al donante por la injuria que le irrogó el donatario por cuya causa se extingue con la muerte de los dos (2). Esto se limita en quatro casos, el primero, quando el donante se quejó de la ingratitud, ò se preparó para la revocacion, ò viniendo à mover el pleyto para que se declarase ésta, se murió; bien que la quexa debe ser judicial, pues no basta la verbal. El segundo, quando por el pacto puesto en la donacion, ò por otro motivo se revocaria esta por derecho. El tercero, quando el donante ignoró la injuria, ò aunque la supo, no tuvo tiempo competente para revocar la donacion, ò usar de su derecho. Y el quarto, en la donacion revocable, pues al instante que el donatario fué ingrato, se revocó por el mismo hecho (3). Pero la de revocarla por inoficiosidad corresponde no solo à los hijos, y descendientes legítimos, sino tambien à sus padres, y demás ascendientes, quando sus descendientes por no tenerlos hacen donaciones tan excesivas que disminuyen lo que con arreglo à derecho deben dexarles (4); y la razon es, porque la querella de donacion inoficiosa fué establecida à la similitud de la de inoficioso testamento (5), y esta compete à los ascendientes legítimos igualmente que à los

(1) Cap. Propter 10. de donation. ley His solis 7. vers. Actionem vero, Cod. de Revocand. donation. 2 Ley Injuriarum 13 ff. de Injuriis. ley Sancimus, Cod. de pœnis, y ley Inic. Cod. ex delito defuncti, y dicha ley His solis, y vers. Actionem. 3. Hermosill. en la ley 10. tit. 4. Partid. 5. glos. 8. num. 2 al 7. y otros que cita. Ferrar. Biblioth. verb. Donatio, art. 3 num. 14. y 15. (4) Ley Si filius 4. Cod. de Inoffic. donat. (5) Ley ultim. Cod. eod. tit.

descendientes (1). Se advierte que el que alega la ingratitud, debe probarla como fundamento de su intencion, al modo que el que alega otro hecho (2); cuya prueba ha de ser plena por testigos, pues no se defiere en el juramento supletorio del donante, à menos que así se pacte entre las partes (3). En quanto à si antes de moverse el pleyto sobre la ingratitud, enagenare la cosa donada el donatario, podrá revocarla el donante, y sacarla al tercero poseedor, ò si el donatario la hipotecare, se resolverá la hipoteca, y la recuperará libre de ésta el donante, vease à *Hermosill. en la ley* 10. *tit.* 4. *Partid.* 5. *glos.* 8. en donde lo trata, y otras especies útiles.

28 Aunque la donacion entre vivos graciosa no se revoque expresamente, se entiende revocada en tres casos. El primero, quando el que tiene descendientes legítimos, hace à un estraño donacion inmensa que toque à la legítima de estos, pues se revocará en todo, menos en el remanente del quinto. El segundo, si tiene un hijo solo, y le hace donacion inoficiosa, (que es la que excede al tercio, quinto, y legítima), y despues le nacen otros, pues se revocará en el exceso, aunque el donante renuncie las leyes que prohiben gravar en mas à los legítimos descendientes, de que traté latamente en el cap. 1. Y el tercero, quando el que no tiene hijos, dona á un estraño todos, ò la mayor parte de sus bienes, y despues le nacen (4), pues no es creible, ni justo, que quiera preferir los estraños à su legítima posteridad, y así no debe valer en cosa alguna; pero si la cosa donada no es propiedad, sino fruto de alhaja raiz, ò renta anua, se duda si será, ò no válida, y me parece que no, porque aunque no es propiedad, impide el incremento de ésta, y por consiguiente de la legítima de los hijos, sobre lo qual vease al *Señor Gregorio Lopez en la ley* 8. *tit.* 4. *Partid.* 5. *glos.* 12. *versic. Et an ista prohibitio quod parentes non donent* ::: bien que si despues de nacidos no la re-

(1) Ley Nam etsi 15. ff. de Inofficios. testament. Ferrar. Biblioth. verb. Donatio, art. 3. n. 25. al 28. (2) Leyes Quoties 1. Ei incumbit 2. Quoties 18. §. Qui dolo: y Verius esse 21. ff. de Probation. (3) Hermosill. en dicha ley 10. y glos. 8. num. penult. y fin. Ferrar. ibi num. 12. (4. Leyes 8. tit. 4 Partid. 5. 4. al fin. tit. 15. Partid. 6. Si unquam Cod. de Revocand. donat. y 1. 5. y 7. Cod. de Inofficios. donat. Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 9. Gom. lib. 2. Variar. cap. 4. num. 11. 12. y 13. y Sr. Covar. de Matrim. part. 2. cap. 8. §. 4.

clama en algun tiempo, y el donatario le pide la renta vencida hasta el dia en que la demanda, deberá pagarsela, porque es visto haber querido donarsela despues que nacieron, y privarse de su goce, pues no le está prohibido hacer una donacion moderada à quien quiera, así como habia de gastarlo en otra cosa por diversion, y recreo; y si pretende luego su revocacion, empezará à ser ineficáz desde entonces, y no excediendo del quinto no se revocará, ni tampoco si es donacion remuneratoria, aunque exceda en algo.

29 Para que en el último caso no se revoque totalmente la donacion por la supernascencia de los hijos, y valga en lo de que el ascendiente puede testar en su perjuicio, se ordenará la cláusula de irrevocacion en esta forma: *Y me obligo à no revocar total, ni parcialmente esta donacion, y si lo hiciere, no valga, sin embargo de que alegue que quando la formalicé, tuve esperanza de tener hijos, ò exponga otra excepcion legitima, pues por el mismo caso quiero, y consiento no ser oido, ni admitido judicial, ni extrajudicialmente, y que sea visto aprobarla, y ratificarla con todos los requisitos que conduzcan à su mayor estabilidad, para que sea válida, perfecta, è irrevocable en todo lo que por derecho haya lugar, à cuyo fin renuncio la ley 8. tit. 4. Partid. 5. y pido à qualquier señor Juez, ante quien se presente, supla como doy por suplido todo lo que le falta, è interponga à ella su autoridad en legal forma.*

30 Puede revocar el donante la donacion que hizo à alguno con la condicion de que éste despues de su muerte sea obligado à restituir à otro la cosa donada, y valdrá la revocacion, excepto en trece casos que recopila *Hermosilla en la ley 7. tit. 4. Partid 5. glos. 4. per tot.* y son. El primero, quando el substituto presenció la donacion, ò la consintió, y aceptó. El segundo, quando fué hecha en favor de los succesores del primer donatario, pues por la aceptacion de éste adquirieron derecho à ella. El tercero, si el donante hizo la promesa en favor de tercero, y éste la aceptó. El quarto, quando prometió no revocarla por favor del segundo donatario, ò substituto. El quinto, quando juró no hacer la revocacion. El sexto, quando en nombre del substituto la aceptó el Escribano ante quien se otorgó. El septimo, quando la cosa no está integra. El octavo quando el donante se muere antes que el substituto la acepte, pues el heredero de aquel no puede revocarla. El nono, quando llegó el tiempo pactado para satisfacer el grava-

men impuesto à favor del mismo tercero, ò substituto, pues entonces no vale la revocacion. El decimo, si éste es infante al tiempo que se le hace la donacion. El undecimo, quando ésta fué hecha por via de mayorazgo para que existiese perpetuamente en la familia, y el primer llamado la aceptó. El duodecimo, en la mejora hecha al hijo con la condicion de que si muere sin ellos, pase à otros que llama el donante, pues aunque el hijo consienta la revocacion, no puede hacerla el donante en perjuicio de los llamados. Y el decimotercio, quando el modo, y la condicion fué puesto en favor del heredero. En estos trece casos no puede revocar la donacion, y con ellos se concilian las dos opiniones diametralmente opuestas sobre si puede ó no hacer su revocacion.

31 Algunas donaciones hay, que no pueden ser revocadas por causa de ingratitud, y son. La remuneratoria, porque ésta no es propiamente donacion, sino compensacion de méritos, como dexo expuesto. La que obliga à disponer de la persona, porque es causa onerosa, y la donacion propia debe ser meramente liberal. La que se hace por razon de dote, pues aun quando los novios sean ingratos despues de contraer matrimonio, no puede revocarse (1). La que se hace por cierta causa, v. gr. el padre à su hijo para que se ordene, y otras que trae *Hermosilla* en la ley 10. tit. 4. Partid. 5. glos. 1. à quien, y à los que cita puede ver el aplicado.

32 Tampoco se pueden revocar, ni invalidar (regularmente hablando) las donaciones, herencias, ni legados que se hacen, y dexan à la Iglesia, Monasterio, Congregacion, Memoria, ò à otro lugar, ò cosa pia, porque se contemplan hechas à Dios que no es, ni puede ser ingrato, aunque su Prelado, Cabildo, y Monasterio, ò su Administrador lo sean (2). Dixe (*regularmente hablando*) porque à veces los donantes, y testadores las hacen para fundaciones, construcciones de fabricas de Iglesias y Conventos, y para otros fines piadosos, y luego suele cesar la causa final por que se hicieron, ya por extincion del Cuerpo, Congregacion, Cofradia, ò Comunidad, ya por prohibir su execucion el Gobierno, ya por no ser necesario emplear lo donado, ò legado en el destino para que se donó, ò legó, y ya por otros motivos; y

(1) Ferrar. Biblioth. verb. Donat. art. 3. n. 16. y 18. (2) Arg. regl. 76. jur. in 6. Jul. Clar. §. Donatio, quæst. 21. n. 5 Barbos. in cap. Propter, de Donation. n. 15. Ferrar. Biblioth. verb. Donatio, art. 3. n. 17.

otras veces suelen dexar cierta renta fixa para hacer alguna obra en el Convento, ò Iglesia ò concluirla, y mandan que acabada que sea, pase la renta con los bienes que la producen, à persona determinada, y por tener pretexto para percibirla siempre, jamás se concluye la obra, cuyo detestable efugio sugiere la codicia à fin de lucrarse en detrimento de tercero contra la voluntad del donante. En estos casos, y otros semejantes se duda si las donaciones, herencias, y legados se invalidarán, y resolverán en el todo, y los bienes donados harán reversion al donante, ò à quien éste mande. Y para no dár lugar à los pleytos, y dudas que suelen suscitarse, y à las decisiones arbitrarias que muchas veces se dán en ellos por falta de explicacion clara de la voluntad de los donantes, y testadores, y de prevencion de lo que puede ocurrir à causa de ignorarlo éstos, y los que estienden las donaciones, y cláusulas de los legados; digo que de estas donaciones, y legados hay tres clases. La primera es, quando se hacen simplemente sin imponer al donatario, ò legatario carga, modo, ni condicion, en cuyo caso éstos adquieren libre, pleno, y perfecto dominio en las cosas donadas, ò legadas, por lo que aun quando cesen, y se extinga la Iglesia, Comunidad, ò lugar pio à quien se donaron, ò legaron, no se anulan ni resuelven, antes bien como bienes puramente eclesiásticos quedan à la disposicion del Papa, ò de los Ordinarios para disponer de ellos y aplicarlos à otros fines piadosos y utiles à la causa publica (1). La segunda es, quando el donante impone al donatario alguna carga, ò modo que ha de cumplir en lo sucesivo, v. gr. de alimentarle, ò de practicar anualmente otra cosa. En este caso sin embargo de que en las donaciones que se hacen à personas privadas es voluntaria, y culpable la falta de cumplimiento, y por esta razon se resuelven y anulan en el todo, pues en la donacion en poco ò nada se diferencia el modo de la condicion (2), ò à lo menos hay causa justa para revocarla, no obstante, si las que se hacen à la Iglesia, ò à otro lugar, ò causa pia, carecen de pacto resolutivo expreso, no se anularán, ni revocarán por el defecto de cumplimiento; y la razon es, porque como el donatario es incapáz de cometer delito,

(1) Inocen. in cap. Cum super de causa possession. & propriet. n. 3. Fagnan. in cap. Relatum, num. 37. Ne Clerici, vel Monachi. (2) Ley 1. Cod. de Donation. quæ sub modo. ley fin. Cod. de Revocand. donation. y ley 6. tit. 4. Partid 5.

à causa de vivir baxo la direccion y manejo de su Prelado, ò Administrador, no le debe irrogar perjuicio la culpa, ò negligencia de estos; y así se debe tratar solamente del cumplimiento de la carga, ò modo impuesto, y no de la revocacion, ò resolucion de la donacion (1). La tercera clase es la que contiene cierta causa final, baxo de la qual, y no en otra está concebida, y se distingue de dos maneras. La una es la que incluye condicion resolutiva expresa, v. gr. la que se hace à cierto Convento construido, ò que se ha de construir, con la de que: *faltando los Religiosos de él, han de volver los bienes al donante, ò à la persona que señala.* En este caso si la falta de los Religiosos, ù otra condicion puesta en la donacion proviene de hecho voluntario y culpable de ellos mismos, se resuelve y anula ésta, porque falta la voluntad del donante, y este defecto no puede suplirse con el pretexto de que interviene el favor de la causa pia, porque ni la Iglesia, ni otro alguno deben tener lo ageno contra la voluntad de su dueño. Pero si dimana de precepto del Soberano, que por justas causas útiles al Estado suprime un Convento, Iglesia, ù Congregacion, como sucedió con los Jesuitas y con otras Ordenes Monasticas, y confraternidades que nos recuerdan las historias, no se resolverá la donacion, à menos que contenga este pacto específico y expreso, y la cláusula se ordenará de esta suerte: *Y en el caso de que los Religiosos falten de dicho Convento, ya sea por voluntad suya, ò por la de sus Superiores, ò porque el Papa, el Príncipe, ò el Ordinario Diocesano, ù otro en su nombre lo supriman por necesidad, ò por utilidad del Estado, ò por su mera voluntad, aunque ellos no dén el mas leve motivo para la supresion, extincion, ocupacion, ò confiscacion de sus bienes, ò por otra causa (sea la que fuere indistintamente): Mando que los bienes donados vuelvan integros y sin gravamen, con todo lo en ellos aumentado y mejorado, à mí, y despues de mis dias à mi casa y mayorazgo (ò à quien señala) con el que se incorporen, como desde ahora los doy por unidos è incorporados en él con sus mejoras y aumentos; pues prohibo absolutamente que los puedan vender, gravar, enagenar, ni trocar por otros con ningun pretexto sin excepcion: que se les dé otro destino y aplicacion, y que recaigan en la*

(1) Roxas decis. 37. num. fin. Card. de Luca. de donation. lib. 7. discur. 12. num. 3. y 4.

Corona, Iglesia, ò en otro Convento, Comunidad, parte, ò persona con título de agregacion, reunion, ni otro. Quiero que esta donacion se entienda hecha por via de limosna limitada y temporal, y haber cesado y espirado ocho dias antes de la falta de los Religiosos, y supresion, como puramente interina y voluntaria, à cuyo efecto la revoco, y anulo desde ahora para entonces, y reservo en mí el pleno dominio de los bienes en ella contenidos, para que jamás sea estimado el Convento por dueño propietario, sino por mero usufrutuario y precario poseedor de ellos, que por tal le constituyo, y ha de ser tenido. Y prohibo igualmente toda dispensacion y conmutacion, interpretacion, declaracion y tergiversacion de esta mi expresa y deliberada voluntad, à fin de que se observe literal y especificamente en todas sus partes, y el uso de la dispensacion, aunque se obtenga; pues à saber que se habia de interpretar, dispensar y declarar, ò que habian de faltar los Religiosos, ò suceder la supresion y extincion de su Convento, y la ocupacion de sus bienes por qualquiera acaso, ni aun por via de limosna les haria esta donacion. Y mando asimismo que de esta escritura se saque una copia, la qual se una à la de fundacion del mayorazgo, y que además se ponga en ésta nota de ella, para que si se pierde, se pueda sacar otra, y llegado al caso, reivindicar dichos bienes. Con este pacto resolutivo harán reversion al donante los bienes donados, ò pasarán à quien disponga, y no recaerán en la Corona, ni en el Príncipe, ni se podrá usar, ni disponer lícitamente de ellos; pues el dominio y posesion se pueden transferir con condicion, como dice el derecho (1), y el donante imponer al donatario en la donacion, y en la cosa legada los pactos posibles y honestos que quiera. Lo propio militará quando el donante prefine el parage ò sitio en que se ha de construir el Convento, si la escritura se ordenare con el pacto resolutivo siguiente: *Cuya cantidad dono, ò lego para que con ella se construya precisamente en tal parage, ò sitio el citado Convento, y mando que si se edificare en otro, ò si el Príncipe, el Pueblo, Cabildo, ò alguna otra persona particular diere à los Religiosos casa en que vivan, y la aceptaren, ò aunque se edifique en el citado sitio, si el Convento, ò la Religion se extin-*

(1) Ley penult. §. fin. ff. de Contrahend. emption. ley Ea quæ 20. ff. de Præcar. ley Servi 16. ff. de Pericul. & commod. Rei vendit. y ley Qui 3. Cod. de Pact. inter emptor. & venditor.

guiere ò suprimiere despues en qualquier tiempo con motivo, ò sin él, sea nula, y se estime no hecha esta donacion, y que sin el menor decremento, ni desfalco, ni necesidad de requerimiento ni otra diligencia judicial ni extrajudicial vuelvan la cantidad, ò bienes donados à mí, ò pasen à mis herederos (ò à quien disponga), à cuyo fin me reservo su dominio y propiedad para mí, y para los que llamo à su goze. Prohibo absolutamente que se empleen en otro destino, aunque sea mas pio y útil, y toda dispensacion y conmutacion hecha llanamente, ò por via de declaracion, è interpretacion, ò en otra forma, y el uso de ella sin embargo de que sea concedida de motu proprio, y plenitud de potestad, ò en otros términos, y se inserte en ella esta cláusula; y que los Religiosos, ù otro se puedan quedar con el todo, ò parte de dichos bienes, no obstante que pretexten que no tienen culpa, ò que se ven obligados del Superior à admitir la casa, ò à mudar el sitio del Convento por mas saludable, ò por su inmediacion al Pueblo para mayor comodidad, y mas pronta administracion del pasto espiritual; ò que el dueño del terreno no se lo quiera vender; ò que esta prohibicion es impuesta por via de modo, y causa impulsiva, y no final, ni como condicion coactiva; ò que el que les dió la casa, se la puede quitar; ò que necesitan lo donado, para con su importe ensanchar, alargar, mejorar, ò reparar la casa; ò que la donacion es hecha à Dios, que no es ni puede ser ingrato; ò aleguen otras causas y razones poderosas y ciertas, ò usen de los efugios sofisticos y maliciosos que suele sugerir la refinada, hidrópica, è insaciable codicia para interpretar y tergiversar mi voluntad, eludir esta prohibicion, y utilizarse total, ò parcialmente de los bienes donados; pues por ningun motivo sin excepcion han de poder retenerlos, venderlos, gravarlos, trocarlos, ni enagenarlos, antes sí ser reputados como meros usufrutuarios temporales, y precarios poseedores, que por tales los constituyo, y compelidos à devolverlos incontinenti, y emplearse indispensablemente en los fines relacionados; y si se resistieren à su devolucion y entrega, ser condenados no solo à su restitucion, sino à la de sus frutos è intereses, desde el dia en que se verifique la aceptacion de la casa, ò Convento, ò mutacion del sitio, extincion y supresion de la Religion, ò Convento, sin desfalco, y asimismo en las costas, daños y perjuicios que se irroguen à la parte à quien los dexo aplicados, como temerarios litigantes, que quieren retener lo ageno contra la voluntad de su dueño, y lucrarse

en detrimento de tercero, en vez de restituirselo sin dar lugar à ser interpelados judicial ni extrajudicialmente, pues à ocurrirme este futuro evento, ò saber que no habian de cumplir en forma especifica mi voluntad, ni por imaginacion les haria esta donacion. Sobre lo que encargo seria y estrechamente la conciencia, y hago responsables en ambos fueros à los Señores Jueces, ante quienes en virtud de esta cláusula se intente la reivindicacion de los bienes donados, para que declaren con arreglo à lo literal y expreso de ella, y executen inviolablemente su contexto sin la mas leve alteracion. Lo mismo sucedera quando se hace donacion de alguna renta para construir Iglesia ò Convento hasta que se concluya, si prefine el término en que se ha de concluir, prohibe su percibo, pasado que sea, y toda prorogacion y ampliacion, ya esté ò no concluida dentro de él, y manda que al instante que espire cese la renta, y sea visto haberla dexado hasta aquel tiempo, y no mas, privandolo de toda accion à continuar desde entonces en su percibo &c. y con otros pactos resolutivos expresos, porque versa la razon expuesta. La otra manera es, quando la donacion contiene condicion suspensiva, que tiene su tendencia al futuro cumplimiento de la causa final, v. gr. quando se hace à una Religion para construir un Monasterio en el que habiten los Religiosos en lo sucesivo; en cuyo caso sin embargo de parecer que no verificandose por culpa de los Religiosos el cumplimiento de la causa por qué se hace, que es su habitacion, se debe revocar la donacion, porque falta en el todo la voluntad de donar, sin la qual no puede adquirir ni retener los bienes el Monasterio (1), no se revocará, ni resolverá, porque se presume puesto el cumplimiento por via de modo, ò causa impulsiva mas que final. Pero si el donante añade el pacto y condicion siguiente: *Cuya donacion hago con la expresa calidad y condicion de que si no lo habitaren los Religiosos, ya sea por su culpa, ò por la de su Prelado mediato ò inmediato, ò por incendiarse ò arruinarse, y no reedificarlo por falta de caudal, ò por otra causa dentro del preciso y perentorio término de tantos años siguientes à la ruina ò incendio que les prefino, ò por suprimirlo, ò por agregar el Principe, à otra persona sus rentas à otro Monasterio, aun quando no dén el mas leve motivo à la supresion, agregacion, ruina, ni incendio, ò por otra*

(1) Canonistæ in cap. Verum, de Condition. apposit.

causa, sea la que fuere, sin excepcion ni limitacion, han de volver íntegros, è ilesos, sin el menor decremento ni gravamen los bienes en ella comprehendidos à mi casa y mayorazgo (ó à quien diga) en el que desde ahora para quando llegue el caso, los incorporo, y no recaer en la Corona, ni en la Iglesia, ni agregarse à otro Convento de la misma, ni de otra Religion, ni à otra Comunidad, ni persona eclesiástica ni secular, ni tampoco à obra pública ni privada, tanto ò mas pia y útil, con título de subrogacion, ò reunion, ò de mantener los Religiosos, ò de ser mas necesaria, útil, ò piadosa la obra, ò cosa à que se apliquen, ni con otro motivo, sea el que fuere sin reservacion, pues lo prohibo expresa y absolutamente, y toda conmutacion y dispensacion de esta mi voluntad, y el uso de ella si se impetráre, aunque se conceda con vista è insercion de esta cláusula, y de cierta ciencia, motu proprio, y poder absoluto, como tambien el que los puedan vender, trocar, gravar y enagenar, antes sí se ha de cumplir y executar inviolable, exâcta y literalmente lo que dexo ordenado, sin interpretarlo, declararlo, ni tergiversarlo, y entenderse como lo confieso, que à saber que los Religiosos no lo habian de habitar perpetuamente sin intermision, que es la causa final, no se los donaria, y que esta donacion desde el instante en que dexaron su habitacion, se anuló y quedó ineficáz, como desde ahora para entonces la constituyo tal. Y quiero, y mando que los bienes en ella contenidos pasen sin el menor decremento, desfalco, ni gravamen al citado mi mayorazgo: que si los Religiosos los vendieren, trocaren, enagenaren, hipotecaren, acensuaren ò gravaren, ò parte de ellos, sea nulo todo, y no se transfiera derecho alguno à tercero, y que no los retengan ni un momento, ni su Religion, ni otra Comunidad ni persona, con ningun pretexto, à cuyo efecto los constituyo meros usufrutuarios, y precarios poseedores, y me reservo para mí, y para los que dexo llamados à su goce, el pleno dominio, y propiedad de todos; y si traspasaren este precepto y prohibicion, sean condenados à la íntegra restitucion de sus frutos, y rentas vencidas desde el dia de su transgresion, ò de la falta de habitacion, y en las costas y daños que ocasionen al poseedor del mayorazgo à que dichos bienes han de hacer reversion, y agregarse; y como injustos detentadores de lo ageno contra la voluntad de su dueño, y destituidos de toda accion para pretender el todo ni parte de ellos, y ampliacion ò prorogacion del término que dexo prefinido para reedificar el Convento, y para exîmirse de la restitucion de

sus frutos, sin que sea necesario interpelarlos para hacerla, no sean oidos, ni admitidos judicial ni extrajudicialmente, pues desde ahora los privo y excluyo de todas quantas intenten contra esta expresa prohibicion que hago de retencion, subrogacion, enagenacion, reunion, agregacion, gravamen y empleo de dichos bienes, y sus frutos, en otro destino que el referido, y de ampliacion ò prorogacion de los tantos años mencionados, aunque sea por via de equidad para la reedificacion, à fin de que jamás les sufraguen. Y à efecto de que la persona à quien han de volver los bienes donados, pueda reivindicarlos, y por ignorancia de esta condicion no dexe de usar de su derecho, se ponga copia legalizada de esta escritura con la de fundacion del mayorazgo, y en ésta se note y prevenga por si se pierde, à fin de que se pueda sacar otra. Entonces como su voluntad está clara, y no dá margen, ni fomento à congeturas, ni interpretaciones siniestras, no se considera el no cumplimiento como delito productivo de pena, ò caducidad, sino como condicion coactiva, baxo de la qual, y no de otra suerte quiso el donante hacer la donacion, ò legado, por lo que se resolverá, y los bienes en ella comprehendidos harán regreso, ò reversion à él, ò pasarán à quien mandó que pasasen. Todo lo qual tendrá presente el Escribano, y lo advertirá à los donantes y testadores, y precedida su indispensable instruccion y anuencia, ligará las donaciones y legados, de modo que se eviten decisiones tal vez diametralmente opuestas à su voluntad, teniendo à la vista las cláusulas anteriores que puse por modelo, y discurriendo y adelantando quanto mas pueda, y no alcancé yo, en las que estienda, para la mayor claridad y firmeza de aquellas; pues no hay duda que muchos à prevenir lo que habia de suceder, no las harian, y si fuera posible preguntarles, responderian todo lo contrario à lo que por presunciones y congeturas, las mas veces infundadas y falaces, suele determinarse en juicio contencioso, lo qual es muy doloroso, y se debe precaver. El que quiera instruirse de la materia de donaciones entre vivos, vea à *Hermosilla* en las leyes 1. hasta la 10. del tit. 4. Partid. 5. que recopila muchísimas especies útiles, y dignas de saberse.

33 La *ley* 33. *tit.* 11. *Partid.* 5. cuyas palabras son las siguientes: *Pleyto, è promision faciendo dos omes entre sí*: que qualquiera dellos, que muriese primero que el otro que fincase, que heredase todo lo suyo: *tal pleyto, nin tal promision decimos que*

non debe valer, porque ninguno dellos non haya ocasion de se trabajar de muerte del otro por razon de heredar lo suyo: y otras leyes del derecho comun (1) reprueban el contrato con pacto, ò promesa de suceder una persona à otra, ò dos entre sí, que llaman en latin pacto *ad invicem succedendo*, así entre marido, y muger, como entre otros, el que se ordena de esta suerte: *Otorgan, pactan, y se convienen en que si el citado Pedro muriere antes que Juan, le ha de suceder éste, y no otro, y heredar todos los bienes muebles, raices, derechos, y acciones que actualmente tiene, y entonces le correspondan; y por consiguiente si el enunciado Juan falleciere antes, le ha de suceder, y heredar en igual conformidad el referido Pedro; y ambos se obligan reciprocamente à no disponer cosa contraria à este pacto por última disposicion, ni por contrato entre vivos, y si lo hicieren, no valga, pues desde ahora lo dan por irrito, y de ningun valor ni efecto, porque solo este pacto, y mutuo convenio se ha de observar inviolablemente, y no otro, aunque sea solemnizado con juramento, à cuyo fin renuncian la ley 33. tit. 11. Partid. 5. y demás que lo prohiben.* El motivo de la prohibicion es evitar que alguno de ellos maquine la muerte del otro, y porque por este pacto se priva el hombre de la facultad de testar libremente, la qual es de derecho público, como dexo expuesto en el capítulo 1. Por estas y otras razones que recopila *Montalvo* en la ley 6. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real verb. *Sean desheredados*, no debe valer el pacto contra ley y buenas costumbres, aunque se ligue con juramento, segun lo dicen la *ley 6. Cod. de Pactis*, ibi: : *Pacta, quæ contra leges, constitutionesque, vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere indubitati juris est.* Y otros textos (2). Este pacto solo se permite à los Soldados, que están en campaña para entrar en alguna funcion, y no tienen herederos forzosos, pues si alguno de ellos muere en la batalla le heredará el otro, y tambien aunque no muera, si no lo revoca; mas si lo revoca, valdrá la revocacion. Tampoco vale el contrato con pacto *de futura successione certo modo dividenda*, que es de dividir la herencia que se espera de cierta y determinada persona aunque se autorice con juramento, porque militan las mismas razones (3);

(1) Leyes Pactum 15. Licet 19. y fin Cod. de Pactis, y Hæreditas 5. Cod. de Pa t conven. Gom. en la 22. de Toro n. 18. (2) Cap. Non est obligatorium, de Regul. jur. lib. 6. cap. 1. & per tot. caus. 22. quæst. 4. cap. Si diligenti, de Foro compet. Gom. ibi. n. 17. (3) Ley fin. Cod. de Pact. Gom. ibi. num. 30.

pero siendo de persona incierta, es válido (1). Del pacto *de non succedendo*, ó renuncia de legítimas, y futuras sucesiones trataré en el cap. siguiente.

34 Pero la hermandad y comunicacion de bienes, ó por otro nombre el testamento recíproco, ó *ad invicem succedendo*, de que trata la *ley 9. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real*, es válido si no se revoca, en dos casos. El primero en defecto de legítimos ascendientes, y descendientes, y de hijos adoptivos, ó arrogados (2); y el segundo no maquinando el superstite la muerte del otro, porque en el primero si tiene herederos forzosos, solo valdrá en el tercio, ó quinto, segun sean éstos, y en el segundo verificada, y probada la muerte, pierde el que sobrevive por el mismo hecho la herencia, como dexo explicado en el capitulo 1. y así se practica entre casados, aunque no haya pasado el año desde su casamiento, como dicha ley dispone, y entre otras personas, porque no es irrevocable como el pacto *de succedendo*, por lo que qualquiera de ellos lo puede revocar como última voluntad, quando quiera.

35 La escritura de donacion entre vivos graciosa, y perfecta requiere las siguientes cláusulas. La primera, que se exprese quién dona, à quién, y la cosa donada con todas sus señales, de modo que no se dude de ella, y si tiene cargas, se especificarán. La segunda, que el donante se desista, y à sus herederos y sucesores del dominio, propiedad, posesion, y otro qualquier derecho que à ella tenga, y lo ceda enteramente en el donatario, y en los suyos. La tercera, que les confiera poder irrevocable con libre, franca, y general administracion para aposesionarse de la cosa donada sin su intervencion, usar, y disponer de ella à su arbitrio como de cosa suya adquirida con legítimo título, y en el interin se constituya por su inquilino, y precario poseedor, y así mismo para insinuarla ante Juez competente en caso que exceda de los 500 maravedises de oro, y le entregue los títulos de pertenencia, y la escritura de donacion. Pero es de notar que por estas cláusulas no es visto vincular el donante la cosa donada, ni prohibir al donatario el libre uso de ella, sino solamente transferirle, y à sus herederos, y sucesores su pleno dominio en concepto de libre, pues para la vinculacion son necesarias cláusulas claras, y

(1) Ley 3. §. De illo, ff. Pro socio. Gom. ibi. num. 31. vers. Limita tamen : : : (2) Montalvo en ella glos. 1. y 2.

expresas con la prohibicion de enagenacion, y con imposicion de gravamen, y llamamiento de los sucesores. La quarta, que declare que le quedan bienes suficientes para su decente manutencion, y que por lo mismo no necesita de la cosa donada. La quinta, que se obligue à no revocar la donacion con ningun motivo, ni pretexto, y si quisiere, constituirá esta obligacion con juramento para su mayor estabilidad, pero no pondrá en ella el Escribano la obligacion à la eviccion, de la cosa donada, ya sea pia, ò profana la donacion, excepto que el donante se lo mande expresamente, porque éste no está obligado à ella, ni debe ser reconvenido en mas de su posibilidad, ni serle nociva su liberalidad (1). La sexta, que el donatario si está presente, acepte la donacion, para que el donante no pueda retratarse y se obligue à cumplir las cargas, y condiciones justas que éste le imponga, y las que tenga la cosa donada, y si no está presente, que pida el donante al Escribano la acepte por él, y éste lo haga en los términos expuestos en el num. 19. con lo que queda firme. Y la septima es la guarentigia con la sumision à las Justicias, y renunciacion de leyes que otro qualquier instrumento. Si la donacion fuere remuneratoria, se añadirá à las cláusulas referidas la de evicion, en el caso que el donante quiera obligarse à ella, y no de otra suerte.

§. II.

Donacion por causa de muerte.

36 La donacion por causa de muerte es la que el hombre, ò muger estando enfermos, ò sanos, hacen por temor de la muerte, ò con peligro muy grave, presente, ò futuro de los que dexo expresados en el num. 1. Puede hacerla el que es capáz de testar aunque esté baxo de la patria potestad (2), no solo de los bienes presentes, sino de los futuros, y valdrá hasta en lo que permiten las leyes (3); à diferencia de la donacion entre vivos que está

(1) Ley Aristo, § fin. ff. de Donation. ley Ad res donatas, ff. de Ædilit. edict. Gom. lib. 2. Variar. cap. 2. n. 35. & ibi Ayll. n 36. (2) Leyes fin. tit. 4. Partid. 5. y 1. 3. y 35. ff. de Mortis causa donat. Matienzo en la ley 7. t. 10. lib. 5. Recop. glos. 1. num. 34. (3) Glos. verb. Accomodaverit, & ibi Bart. Bald. & alii in leg. fin. Cod. de Pact. Boet. decis. 353. Parlador. lib. 2. cap. 8. num. 3. y 4.

prohibida hasta de los presentes, como dexo expuesto. Donar se puede tambien por temor de la muerte de otro, con la condicion de que si éste fallece perciba el donatario la cosa donada, y si no, que no tenga accion à pedirla (1). El que puede ser legatario puede ser donatario (2), ya esté presente ò ausente quando se le hace la donacion.

37 La donacion por causa de muerte es de tres especies, ò puede hacerse de tres maneras. La primera, quando el donante no tiene peligro de muerte, sino solamente temor de ella. La segunda, quando conmovido de él, la hace para que la cosa donada pase inmediatamente al donatario, y jamás deba restituirsela, aunque el donante convalezca, y revoque la donacion. Y la tercera, quando impelido del referido temor la hace para que no pase al instante, sino despues de su muerte, ò que no vuelva à él, à menos que el donatario muera primero (3). Para la percepcion de la cosa donada, se ha de mirar la capacidad del donatario al tiempo de la muerte del donante, y no quando éste le hizo la donacion (4).

38 Es válida la donacion por causa de muerte entre marido, y muger, entregandose al donatario la cosa donada, y se confirma con la muerte del donante, si durante su vida no la revoca (5), pues tiene facultad de hacerlo quando quiera, ò darla à otro, porque la muerte es la que la dá el ser, no la voluntad del donante; lo que sucede al contrario en la donacion entre vivos que al instante vale, siendo simple, y pura.

39 La muger casada parece que sin licencia de su marido no podrá hacer esta donacion, à menos que sea entregando incontinenti, ò antes de su fallecimiento al donatario la posesion de la cosa donada, como dexo sentado en el capitulo 1. pero sobre ello hay variedad de opiniones, porque esta donacion en quanto à su forma, solemnidad, y ordenacion se equipara à contrato, y respecto de su confirmacion, y efecto à última voluntad; pero la opinion afirmativa es la segura, y la de que podrá revocar la do-

(1) Ley Mortis causa 18. ff. Hoc titul. (2) Ley Omnibus 9. ff. Hoc tit. Hermosill. en la ley 11. tit. 4. Partid. 5. glos. 6. y 7. num. 2. (3) Leyes Julianus 2. y Si alienam 13. §. 1. y su glos. mag. ff. Hoc tit. (4) Leyes In mortis causa 22 y Mortis causa 34. ff. Hoc tit. (5) Leyes 9. §. fin. 10. y 11. ff de Donat. inter vir. & uxor. y Si mortis causa 40. y penult. ff. Hoc tit. Sr. Covar. de Testam. tertia pars, rubricæ num. 3. y siguient.

nacion sin dicha licencia, como dice *Hermosilla* en la *ley* 11. *tit.* 4. *Partid.* 5. *glos.* 1. *num.* 3. *al* 5. La misma variedad hay en quanto à si el menor que tiene curador, podrá hacerla sin licencia de éste (1).

40 Conviene la donacion por causa de muerte con el legado en que en el donatario se transfiere el dominio de la cosa donada luego que el donante fallece, sin necesidad de tradicion, y si éste se la entrega, se le transfiere al instante: en que en ella ha lugar el derecho de acrecer, y la caucion Muciana como en los legados: en que de ella se detrae la quarta falcidia, y se repele la condicion imposible: en que se revoca por la enagenacion voluntaria de la cosa donada: y en otras varias cosas que trae *Matienzo* en la ley 7. *tit.* 10. *lib.* 5. *Recop. glos.* 2. *num.* 40. al 50. y omito por no importar al Escribano. Debe otorgarse segun el derecho de las Partidas ante cinco testigos (2) pero algunos AA. (3) afirman que en su otorgamiento ha de intervenir la solemnidad que en el del testamento nuncupativo prescribe la *ley* 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop.* inserta en el capitulo 1. porque surte los efectos de última voluntad, y como tal es revocable por su naturaleza hasta la muerte, por cuya razon bastarán tres testigos vecinos con Escribano, ò cinco que no lo sean, y me conformo con su dictamen.

41 Espira, y se revoca la donacion por causa de muerte por tres causas que expresa la *ley final tit.* 4. *Partid.* 5. en esta forma: *E decimos que la donacion, que ome face de su voluntad estando enfermo, temiendose de la muerte, ò de otro peligro, que vale; pero tal donacion como esta puede ser revocada en tres maneras: la primera es, si se muere ante aquel à quien es fecha, que el otro que la fizo. La segunda es, si aquel que la fizo, guarece de aquella enfermedad, ò estuerce de aquel peligro porque se movia à hacer la donacion. La tercera és, si se arrepiente ante que muera*, con cuya ley concuerda la 6. *tit.* 12. *lib.* 3. *del Fuero Real.* En la revocacion que se hace por esta última causa bastarán tres testigos para acreditarla, pues se revoca por el hecho mismo de arrepentirse

(1) Gom. lib. 2. Variar. cap. 4. num. 16. Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 13. Matienz. en la ley 2. tit. 3. lib. 5. Recop. glos. 1. num. 2. vers Donare autem causa mortis. (2) Leyes fin. tit. 4. Partid. 5. y 105. al fin. tit. 18. Partid. 3. (3) Ley ult. al fin. Cod. de Donat. causa mortis. Matienzo en la 1. tit. 4. lib. 5. Recop. glos. 2. num. 2. Gom. lib. 2. Variar. cap. 4. n. 16. vers. Unum tamen est. Hermosilla en dicha ley 11. tit. 4. y glos. 6. y 7. num. 4.

de ella; bien que si intervinieren cinco, no dañarán. Pero se previene que una vez revocada la donacion, debe restituir el donatario no solo los frutos pendientes, sino los percibidos desde que se le hizo, aunque se le haya entregado entonces la cosa donada (1), porque no es contrato válido, ni perfecto hasta que con la muerte del donante se confirma, como mas latamente explicaré en el cap. 2. lib. 2. de mi segunda parte adicionada, lo qual no sucede en la donacion pura entre vivos, ni en otros que al instante valen, por lo que no hay obligacion de restituir los frutos percibidos antes de su revocacion (2). En quanto à si se revocará el testamento que hace el que está en peligro inminente de muerte, en caso de convalecer de la enfermedad, al modo que la donacion por causa de muerte, vease à *Gomez* en la *ley* 3. *de Toro*, *num. final*, que defiende que no se revoca por la convalecencia, sino lo revoca por otro motivo, y así se observa.

42 Sin embargo de lo dispuesto por las leyes citadas en el número inmediato, será irrevocable la donacion por causa de muerte, si la cláusula de irrevocacion se ordena en esta forma: *Y para la mayor estabilidad de esta donacion me obligo, y juro por Dios nuestro Señor, y una señal de cruz como esta* ✠, *que no la revocaré por instrumento entre vivos, ni por causa de muerte, aunque concurran todas las causas que prefine la ley final del tit.* 4. *Partid.* 5. *y demas que versan en el asunto: que con pretexto de ser formalizada por temor de la muerte, no me opondré à su tenor, ni alegaré excepcion que me sea propicia, porque la ordeno de mi libre y espontanea voluntad: y que contra ella no tengo hecha, ni haré protesta, ni reclamacion, y si algo de lo expuesto practicáre, à mas de ser nulo, por lo mismo sea esta donacion tan firme como si fuese hecha entre vivos con todas las cláusulas por derecho necesarias para su subsistencia, que doy aquí por expresadas literalmente; à cuyo fin la apruebo y ratifico, añadiendo fuerza à fuerza, y contrato à contrato: E igualmente juro que no pediré relaxacion de este juramento*, &c. Con esta cláusula valdrá en todo aquello de que por derecho puede disponer el donante, porque se eleva à la clase y esfera de donacion entre vivos por el juramen-

(1) Ley Cum qui, ff. de Condit. caus. dat. (2) Gom. lib. 2. Variar. cap. 4. num. 21. vers. Sed advertendum. Matienz. en la ley 7. tit. 10. lib. 5. Recop. glos. 3. num. 10. y 11.

to, el qual hace firme el contrato, que sin él no lo es, con tal que no ceda en perjuicio de tercero, ni sea contra buenas costumbres (1).

43 En la donacion por causa de muerte lo que tiene que hacer el Escribano, es expresar quién la hace, à quién, de qué cosa, con individual mencion de sus señales, de suerte que no haya duda, ni equivocacion, y el motivo que tiene para hacerla, si es por estár enfermo, ò muy viejo, y temeroso de la muerte, ò aunque sano, si se halla en peligro inminente de ella por alguna de las causas explicadas en el num. 1. ù otras semejantes, pues si no se expresa, se tendrá por donacion entre vivos, sin embargo de que el donante esté enfermo (2); y añadirá que si éste muere de aquella enfermedad, ò perece en aquel peligro, valga la donacion, y el donatario pueda apoderarse de la cosa donada despues de su fallecimiento, à cuyo fin le conferirá el poder y facultad que necesite; pero si convalece, ò sale de él, se entienda revocada enteramente, como si no la hubiera hecho; pues aunque realmente no es precisa esta adiccion, es bueno que se ponga, para que no se dude que es donacion por causa de muerte: y con estas cláusulas quedará bien ordenada la escritura, la qual por su naturaleza no requiere mas renunciaciones, sumision, obligacion de persona y bienes à su cumplimiento, ni otra cosa, porque es última voluntad, y como tal revocable.

44 Se previene al Escribano que esta donacion es revocable por su naturaleza hasta la muerte del que la hace, por ser última voluntad en quanto à sus efectos y confirmacion, por lo que no se perfecciona, ni cobra vigor hasta que el donante fallece, segun dexo expuesto (3), y por lo mismo no ha de poner en ella la palabra *irrevocable*, ni otra de igual fuerza y significacion, ni la cláusula de *irrevocacion* con juramento, ni sin él, ya sea menor, ò mayor el otorgante, como algunos por ignorar su naturaleza, y sin órden del donante lo hacen; pues si la contiene, se estimará y tendrá por donacion entre vivos (4), y no podrá re-

(1) Camp. Cum contingat 28. de Jurejurand. y regla Non es obligator. 58. de Reg. jur. in 6. Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 12. Molin. de Just. & jur. tract. 2. disput. 287. n. 18. (2) Ley Seya 42. §. fin. ff de Mortis causa donatis. Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 12. num. 19. y fin. Sr. Greg. Lop. en la ley fin. tit. 4. Partid. 5. verb. De la muerte. (3) Ley Non videtur 32. ff. de Mortis causa donat. (4) Ley Ubi ita 27. ff. de mortis causa donat. Gutier.

vocarla, ò à lo menos habrá dificultad sobre ser válida su revocacion, no concurriendo alguna de las causas explicadas en el num. 24. y careciendo de ella, podrá revocarla aunque sea antes de convalecer perfectamente (1), al modo que el testamento, ù otra última voluntad; pero si el donante instruido previamente de sus efectos se lo mandáre, la pondrá. Tambien se le previene que el donante puede nombrar en ella substituto del donatario (2).

45 La fuerza, el miedo grave que cae en varon constante, y el dolo anulan los contratos (3), y así para que las donaciones sean válidas, es preciso que se hagan libre y espontaneamente, pues de lo contrario se anularán, como lo resuelve la *ley final tit. 4. Partid. 5.* cuyo contexto es éste ::: *E sobre todo decimos que si el ome ficiese donacion por premia que le ficiesen, ò por miedo que oviese que lo matarian, que tal donacion como ésta que non valdria*, con la qual concuerda la *ley 7. tit. 12. lib. 3. del Fuero Real.* El que apetezca mayor instruccion en esta materia, vea à *Hermosilla* en la ley 11. tit. 4. Partid. 5. à *Matienzo* en la 7. tit. 10. lib. 5. Recop. glos. 1. à la 3. y à los que citan, y tratan de ella con toda extension.

§. III.

Donacion, ò cesion à Estudiante.

46 Porque muchas personas legas con el fin de fatigar à sus deudores, y cobrar sus debitos, y en muchos casos los que no habia, hacian donaciones, ò cesiones de éstos à sus hijos, y parientes, y los enviaban al estudio con el unico fin de exîgirlos, de que se irrogaban à los deudores gravisimos perjuicios, para evitarlos prohibió la *ley 18. tit. 7. lib. 1. Recop.* que se hiciese donacion, ò cesion, (que así la llama) à Estudiante, y Catedratico de la Universidad de Salamanca, y que se admitiese, excepto de padre à hijo, y mandó que ésta para ser válida, contuviese dos juramentos uno del padre, y otro del hijo: de lo qual instruye radicalmente el §. II. de dicha ley, que dice: *Pero por*

in Repet. Auth. sacram. puber. num. 32. Matienzo en la ley 7. tit. 10. lib. 5. Recop. glos. 1. num. 10. y sig. (2) Ley Mortis causa 16. ff. hoc. tit. (2) Leyes Ei, cui 10. ff. y 1. Cod. de Mortis causa donat. (3) Leyes 1. tit. 10. y 7. tit. 33. Partid. 7. y 2. tit. 11. lib. 5. Recop. Sr. Greg. Lop. en las dos de Partid. y Matienzo en la Recop. glos. 2. num. 1. 2. y fin.

quanto muchas personas ligas por fatigar à los que algo les debian, y aun por cobrar lo que no les debian, hacian cesiones en sus hijos, y en sus parientes que tenian en el estudio, y aunque no los tenian, los hacian ir al dicho estudio, y matricular solamente por esta causa, de lo qual nuestros súbditos y naturales eran muy fatigados, y sacados fuera de sus casas para litigar en jurisdicciones estrañas. Mandamos que de aquí adelante ninguna cesion que se hiciere à ningun Catedratico, ni Estudiante del dicho estudio, no sea rescibida, salvo de padre à hijo, y no de otra persona alguna, y que el Maestre Escuela, ò su Lugar Teniente antes que conozcan de esta causa, ni dén cartas para ello, resciban juramento así del padre como del hijo que la deuda es verdadera, y que no lo hacen fraudalosamente, ni por fatigar, ni molestar aquel, contra quien la hacen: y que la dicha cesion se hace realmente para el dicho su hijo, y para su sustentamiento, y que el padre no habrá de ello cosa alguna, ni los otros sus hijos directe, ni indirecte; y que allende de esta el hijo jure que no rescibe la dicha cesion con intencion de volver lo contenido en ella à su padre, ni à sus hermanos, y que el padre jure que no lo envia al dicho estudio principalmente para hacer la dicha cesion. Por esta legal disposicion se enterará el Escribano de la forma de estender esta escritura; y se le previene que aunque la ley inserta manda que el Maestre Escuela reciba el juramento, se entiende siendo formalizada la cesion sin él, pero no prohibe al Escribano que lo reciba, ni que ante él lo hagan espontaneamente el cedente y cesonario, y así conteniendolo la escritura, no necesita recibirlo el Maestre Escuela. La propia solemnidad debe observarse en las cesiones que se hacen á Catedraticos, ò Estudiantes de la Universidad de Alcalá de Henares, como lo dice la ley 26. del mismo título y libro; pero las que se hacen à otras personas, no requieren juramento por precision para ser estables, siendo los cedentes mayores de 25 años, y capaces de contraer por sí solos.

§. FINAL.

Escrituras correspondientes à este capítulo.

Donacion graciosa.

47 En tal Villa à tantos de tal mes, y año ante mí el Escribano y testigos Pedro Rodriguez, vecino de ella, mayor que expresó ser de 25 años, y que por sí propio gobierna su persona, dixo: que de su libre y espontanea voluntad, por el mucho amor y afecto que profesa à Juan Fernandez de la misma vecindad, y sin otro motivo, ni respeto le hace gracia, y donacion pura, perfecta, e irrevocable entre vivos de una casa que posee en esta Villa en tal calle, (*aqui se pondrán linderos, y señales de la casa con claridad*) la qual le dona con toda su fábrica, centro, buelo, entradas, salidas, usos, costumbres, derechos y servidumbres que ha tenido, tiene, y de hecho, y por derecho le pertenecen, y pueden tocar, y con obligacion de cumplir las cargas, à que está afecta, y son: (*aquí se especificarán las cargas, y si ninguna tuviere dirá*): por libre de todo gravamen real, perpetuo, temporal, especial, general, tácito, y expreso. Y desde hoy en adelante para siempre jamás se abdica, desprende, desapodera, desiste, quita, y aparta, y à sus herederos y sucesores de la posesion, y dominio, ò propiedad, título, voz, recurso, y otro qualquier derecho que à la citada casa le corresponde, y lo cede, renuncia, y traspasa plenamente con las acciones reales, personales, útiles, mixtas, directas, executivas, y demas que le competen, en el mencionado Juan Fernandez, à quien confiere poder irrevocable con libre, franca, y general administracion, y constituye Procurador actor en su propio negocio, para que la goce, y sin dependencia, ni intervencion del otorgante la cambie, enagene, use, y disponga de ella como de cosa suya adquirida con justo legítimo título, y tome, y aprenda de su autoridad, ò judicialmente la real tenencia, y posesion, que en virtud de este instrumento le pertenece; y para que no necesiste tomarla, y antes bien conste en todo tiempo ser suya en pleno dominio, y que en este concepto puede disponer de ella libremente à su arbitrio, formaliza à su

favor esta escritura, de la qual me pide le dé las copias autorizadas que quisiere para su resguardo, con las quales sin otro acto de aprension, ni aceptacion ha de ser visto haber tomado, aprendido, y transferidosele dicha posesion, y en el interin se constituye su inquilino, y precario poseedor en legal forma, y à este efecto le entrega los titulos de su pertenencia à mi presencia, de que doy fé, con arreglo à lo prevenido por las leyes octava, y nona del título trece Partida tercera, para que de esta suerte se verifique no reservar en sí derecho alguno á la prenotada casa, y esta donacion sea perfecta, y estable en todas sus partes. Y declara que no es inmensa, que no necesita de la casa donada, porque le quedan bienes suficientes para su decente manutencion, y que no excede de los quinientos maravedises de oro que la *ley* 9. *tit.* 4. *Partid.* 5. permite se puedan donar sin insinuacion; y en el caso que exceda, le dá igual poder para que sin su dependencia, citacion, intervencion, ni otro requisito la insinúe ante Juez competente, à fin de que la apruebe, y à ella interponga su autoridad para su mayor validacion, pues desde ahora la há el otorgante por insínuada con todas las solemnidades que legalmente están prescriptas; suple, y pide se haya por suplido qualquier substancial defecto, que incluya; y se obliga à no revocarla, à menos que intervenga causa legal, y si lo hiciere, quiere que no se le admita en juicio, ni fuera de él, y que por el mismo caso sea visto haberla aprobado, y ratificado con mayores vinculos, y estabilidades, añadiendo fuerza à fuerza, y contrato à contrato, à todo lo qual consiente ser apremiado por todo rigor, y para ello se somete à los Señores Jueces de esta Villa, obliga su persona, y bienes à su cumplimiento, lo recibe por sentencia difinitiva, pasada en autoridad de cosa juzgada, y consentida, y renuncia todas las leyes, fueros, y derechos de su favor. Y habiendo oido, y enteradose de esta escritura el expresado Juan Fernandez, que está presente, dixo que acepta en todo, y por todo la donacion que contiene, para usar de ella como le convenga; estima la merced que el enunciado Pedro le ha hecho, por la que le tributa las debidas gracias, recibe los titulos de la referida casa, y se obliga à cumplir todas las cargas à que está afecta, y à este fin le dá por libre, esento, è indemne de su responsabilidad. En cuyo testimonio, y con la prevencion de que el donante no queda obligado à la eviccion, ni saneamiento de la citada casa en el todo

ni parte con ningun pretexto, aunque perezca, ò se la quiten en juicio al donatario, así lo otorgan, y firman ambos, à quienes doy fé conozco, siendo testigos Fulano, Fulano y Fulano, vecinos de esta Villa (1).

Nota. La escritura anterior es de donacion graciosa, como de su contexto se reconoce, por lo que no puse en ella: *que el donante la hace por servicios que el donatario le hizo*, como los AA. Escribanos que trataron de ella, lo han puesto, pues esto es remuneracion, y la donacion puramente graciosa debe ser hecha por amor, y mera liberalidad del donante sin respeto, motivo ni atencion à servicios, ni beneficios recibidos del donatario, y lo demás es confundir una donacion con otra. Tampoco puse renunciacion de la ley 69. de Toro, que prohibe las donaciones inmensas, porque es superflua, y solo será adequada quando el donante dona todos sus bienes, ò se queda sin lo preciso para su conservacion, (que para el caso viene à ser lo propio) y aun entonces será infructuosa la renunciacion, porque la donacion es nula por derecho por las razones que dexo expuestas en el n. 8. pero el Escribano la pondrá si quisiere el donante. Omiti el juramento, porque la *ley* 67. *tit* 18 *Partid.* 3. que trae la forma de ordenar la escritura de donacion, no lo pone, ni este contrato es de los que lo requieren por precision para su estabilidad; y aunque la *ley* 12. *tit.* 1. *lib.* 4. *Recop.* permite que pueda interponerse en él, no lo manda, ni dice que sin él no valga, y así por dexar de contenerlo, no podrá revocarse, sin embargo de que intervenga rescripto del Principe, como lo dice la ley *Si donationem* 5. *Cod. de Revocand. donationib.* respecto de que ninguna cláusula de las esenciales la falta para su firmeza; mas esto no quita que el Escribano lo ponga si el donante se lo mandáre, y no de otra suerte. Pero le prevengo preceda con mucho cuidado, en ligar los contratos con juramento, porque à mas de resistirlo el derecho Real, hay mucho riesgo en su interposicion; y aunque los arrendamientos de rentas de Monasterios, Iglesias, Eclesiásticos, y los de Menores, Concejos, Comunidades, mugeres casadas, ventas, dotes, arras, donaciones, compromisos, transacio-

(1) Si el donatario estuviere ausente, se añadirá la cláusula estendida en el num. 19. para el efecto que en ella se enuncia; lo que no echará al olvido el Escribano.

nes, y enagenaciones perpetuas pueden contenerlo, no obliga la ley 12. citada, à que se interponga en ellos, y solo lo permite, lo qual es muy diverso: ni dice que no valen, careciendo de él, por lo que siendo los otorgantes mayores de 25 años no lo ponga sin su expreso mandato, pues las leyes prescriben las clausulas conducentes à su validacion sin necesidad de juramento. Omití tambien en la obligacion de no revocarla, la expresion: *por ninguna de las causas, que el derecho prefine*, y renunciacion de la *ley* 10. *tit.* 4. *Partid.* 5. que las explica, y en su lugar puse la de: *à menos que intervenga causa legal*, porque en la donacion graciosa no deben ponerse sin previa ciencia, y órden del donante, por la razon que dexo expuesta al fin del num. 26. pero en la remuneratoria bien podrá ponerlas el Escribano, pues aunque el donatario cometa alguna ingratitud contra el donante, no se debe llamar ingratitud, porque ésta supone beneficio recibido, el que no hay en la donacion remuneratoria, sino una mera paga, compensacion, y satisfaccion de lo que se le debe, por cuya causa está el donante obligado à la eviccion de lo que dona, no pactandose lo contrario entre los dos. Ultimamente omití imponer pena al donante, porque sin embargo de que dicha ley 67. de Partida permite imponersela para cumplir mejor, y no revocar la donacion, esto no es precisarle à que se la imponga, y así podrá imponersela si quisiere, como igualmente podrán imponerse al donatario, y à la cosa donada los gravamenes, y condiciones honestas que le parezca, y puedan cumplirse. Advierto al Escribano lo primero, que en la donacion graciosa, ya sea de alhaja, ò finca en propiedad, ò de usufruto determinado de algunas para el donatario, nunca obligue al donante à la eviccion y saneamiento de la finca, ni à que la renta será cierta, ò las fincas producirán tanta fixa al donatario; antes por el contrario ha de expresar que no queda obligado à ello, porque será motivo de pleyto, y su liberalidad cederá en su detrimento, y le será gravosa, y nociva, excepto que quiera obligarse, y se lo mande poner así. Y lo segundo, que la aceptacion de la donacion puede hacerse en instrumento separado, en cuyo caso se citará ésta individualmente, ò se insertará original en ella; y si la cosa donada no tiene cargas, ò el donante no la grava, no tiene que obligarse el donatario à su cumplimiento.

Insinuacion.

48 La insinuacion no es otra cosa, que una manifestacion hecha en vida del donante y del donatario, pues no puede hacerse despues que aquel muere, ni compete à su heredero esta facultad, ni à los del donatario la de pedir que se haga, y se hace de la escritura de donacion al Juez mayor del Pueblo en que se otorga, à fin de que exâminando préviamente la voluntad del donante, pues la ha de pedir éste, ò con su poder el donatario (1), y viendo que no fué violentado à hacerla, ni hubo dolo, ni colusion, la aprueba, è interponga à ella su autoridad, para que sea firme en caso que exceda de los 500 maravedises de oro, pues no excediendo, no necesita ser insinuada, como dexo sentado. Puede manifestarla el donante, ò con su poder el donatario, el que le dará en la misma escritura, como en la precedente, en cuyo caso no necesita ser citado el donante, de una de dos maneras, que son: presentando solamente la escritura al Juez, y poniendo à su continuacion su pretension y aprobacion; ò con pedimento, y entonces se pone el correspondiente auto ante testigos, si en el Juzgado hay costumbre de ponerlos en los autos, y no de otra suerte, y todo se entrega al donatario, y se estiende en esta forma.

Pedimento.

Pedro Rodriguez vecino de esta Villa, ante Vmd. como mejor proceda, y en derecho lugar haya, digo: que en tantos de este mes, de mi libre y espontanea voluntad, y por el amor que profeso à Juan Fernandez de la propia vecindad, le hice donacion de una casa, que poseía en tal calle, y de ella otorgué à su favor ante Fulano Escribano Real la correspondiente escritura, que en debida forma exhivo è insinúo; y mediante exceder esta donacion de los 500 maravedises de oro, ser cierta, verdadera, y no simulada, no perjudicar à la Real Hacienda, ni à tercero, ni haber intervenido en ella miedo, violencia, dolo, ni colusion, como lo declaro, y en caso necesario juro solemnemente, en esta atencion = Á Vmd. suplico se sirva haberla por insinuada, y le-

(1) Barbos. var. 25. num. 71.

gítimamente manifestada, y en su consequiencia aprobarla, è imponer su judicial autoridad quanto haya lugar en derecho para su mayor firmeza y validacion, y mandar que con este pedimento, y auto de aprobacion se entregue original al donatario, para que use de ella como le convenga, pues así es justicia que pido, y para ello &c.

Auto.

Hase por exhibida è insinuada con la solemnidad necesaria la donacion que se refiere, à la qual para su mayor estabilidad se interpone la judicial autoridad en legal forma: entreguese original al donatario, para que use de ella como le convenga, segun se pretende: el Señor Don Fulano, Corregidor de esta Villa de tal lo mandó, y firmó en ella à tantos de tal mes y año &c.

Revocacion de donacion.

49 En tal Villa à tantos de tal mes y año, ante mí el Escribano y testigos Pedro Rodriguez vecino de ella dixo, que por el mucho amor que profesaba à Juan Fernandez de la misma vecindad, le donó graciosamente en posesion y propiedad una casa que le pertenecia en tal calle, de que otorgó á su favor la correspondiente escritura en tal dia, mes y año ante Fulano Escribano, y que en vez de ser grato al beneficio que de él recibió, no solo no lo hizo, sino que como ingrato y desconocido, olvidandose enteramente de este beneficio, tuvo la osadía de poner en él tal dia sus manos ayradas, conminandole de muerte, y profiriendo al mismo tiempo contra su honor palabras ignominiosas à presencia de varias personas, por cuyo delito se hizo acreedor, y condigno del mas severo castigo; y para que no quede impugne, y sirva à otros de exemplo y escarmiento, sin perjuicio de usar contra él de la accion criminal que le compete, ha resuelto revocar dicha donacion, y poniendolo en execucion, en la via y forma que mas haya lugar en derecho, usando de la facultad que la *ley* 10. *del tit.* 4. *Partid.* 5. y demas que de este asunto tratan, le confieren = Otorga que revoca enteramente la referida donacion, dá por rota y cancelada la escritura que de ella formalizó, la declara por irrita y de ningun valor y efecto desde el punto en que el donatario cometió el delito, è ingratitud mencionada, y quiere que por tal se estime,

y declare judicial y extrajudicialmente, y que en su protocolo se note, y prevenga esta revocacion, para que siempre conste; y en su conseqüencia desiste, quita, aparta, y priva enteramente al citado Juan Fernandez, y à sus herederos y sucesores de la propiedad, posesion, goce, usufruto, y otra qualquiera accion y derecho, que à la nominada casa habia adquirido en fuerza de dicha donacion, y los excluye de todo para siempre: y para que esta revocacion sea efectiva, y le conste, me requiere que se la haga saber, y notifique le devuelva la escritura de donacion que otorgó à su favor con los títulos de la mencionada casa, à fin de que en caso de escusarse à su entrega, pueda el otorgante usar contra él para reivindicarla, de las acciones que le competan, las quales dexa vivas, ilesas, y en su fuerza y vigor; y que de haberle requerido se ponga por mí à continuacion de esta revocacion el conducente testimonio con la respuesta que dé, devolviendoselo todo original para su resguardo. Asi lo otorga, y firma, à quien doy fé conozco, siendo testigos Fulano, Fulano y Fulano, vecinos de esta Villa.

Notificacion y requerimiento.

En tal Villa à tantos de tal mes y año yo el Escribano leí, è hice saber la escritura de revocacion precedente à Juan Fernandez en ella contenido en su persona, y le requerí entregue à Pedro Rodriguez la de donacion, y títulos de la casa que en ella se expresan, y enterado dixo: (*aquí se pondrá la respuesta que dé*) esto respondió, y lo firma, doy fé.

Donacion remuneratoria.

50 En tal Villa à tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Pedro Rodriguez, vecino de ella dixo: que Pedro Lopez de la propia vecindad le ha hecho tales beneficios (*aquí se expresarán los que sean*) y deseando como grato y obligado corresponderle, y remunerarselos en algun modo, ha deliberado donarle para siempre una tierra, que posee en término de esta Villa; y poniendolo en execucion, en la via y forma que mejor lugar haya en derecho, cerciorado del que le compete, de su libre y espontanea voluntad: Otorga que hace gracia y donacion

pura, perfecta, è irrevocable entre vivos para siempre jamás al citado Pedro Lopez, sus herederos y sucesores de la referida tierra, en que caben poco mas ò menos tantas fanegas de sembradura, la qual está en el término de esta Villa, y sitio que llaman de tal, y linda, &c. (*aquí sus linderos*) cuya tierra le dona con todas las entradas, salidas, usos, costumbres, derechos y servidumbres que hasta ahora ha tenido, y de hecho, y por derecho le pertenecen, y pueden corresponder, por libre de memoria, &c. (1)

Escritura de donacion, y cesion de una casa à renta vitalicia.

51 En tal parte à tantos de tal mes y año ante mí el Escribado y testigos Don Pedro de tal, vecino de ella: dixo le pertenece en posesion y propiedad una casa sita en tal calle, que linda &c. (*aquí sus linderos*) y habiendo experimentado que por su situacion, por los huecos, reparos y malas pagas, y por otros motivos le produce muy poco; considerando que está expuesta à una ruina è incendio; que en venta no le darán por ella veinte mil reales, en que se le aplicó por muerte de sus padres, y antes bien cada dia se irá deteriorando: y que consumirá prontamente lo líquido, que deducidos gastos de alcabala y escritura, le quede, y luego se hallará sin tener lo necesario para su diaria subsistencia; deseando asegurar ésta, mediante hallarse con otros bienes para testar à beneficio de su alma, y sin herederos forzosos, deliberó donarla y cederla à renta vitalicia à Don Juan de tal, regulando ésta á un nueve por ciento, à imitacion y con arreglo al fondo vitalicio à dinero, establecido por Real Decreto de primero de Noviembre de 1768, y contando por consiguiente con cinco reales diarios, en lo que se convinieron ambos; y para que tenga efecto su convenio en la via, y forma que mas haya lugar en derecho, cerciorado del que le compete. = Otorga que

(1) Así proseguirá como en la escritura de donacion graciosa hasta la cláusula de insinuacion, y esta se pondrá si se quisiere, bien que no es precisa, aunque la cosa donada exceda de los 500 maravedises de oro, como queda sentado. à su continuacion la de irrevocacion que dexo estendida en el num. 25. despues la de eviccion, y lo último la guarentigia, sumision, renunciacion y aceptacion en los mismos términos que la precedente.

por sí, y en nombre de sus herederos sucesores, y de quien de ellos hubiere titulo, voz, y causa en qualquiera manera, cede, renuncia, y traspasa para siempre, y hace gracia, y donacion pura, perfecta, è irrevocable entre vivos al expresado Don Juan de tal, y à los suyos de la nominada casa en posesion, propiedad, y usufruto, con todas las entradas, salidas, usos, costumbres, derechos, regalias, y servidumbres que ha tenido, tiene, y la corresponden, y deben corresponder sin limitacion, ni reservacion; cuya cesion, renuncia y donacion le hace con las calidades, y condiciones siguientes.

Que el referido Don Juan, sus herederos, y sucesores han de contribuir al Don Pedro en cada un dia por todos los de su vida, incluso el de su fallecimiento, y satisfacerle por mesadas cinco reales de vellon, que componen algó mas que un nueve por ciento del valor en que se le aplicó la casa, los que le satisfarán el dia ultimo de cada mes en buena moneda de plata, ú oro usual, y corriente, y no en papel moneda, ni en otra cosa, ni especie, pena de execucion, costas, y salarios de su cobranza, y su satisfaccion ha de ser cierta, puntual, y efectiva durante la vida del Don Pedro, aunque sea tan dilatada que sus mesadas, y anualidades consuman, y superen no solo una, sino muchas veces los enunciados veinte mil reales, y los alquileres liquidos que perciba de ella, sin que por este motivo, ni por incendio, ruina, ni otro caso fortuito que en ella acaezca, puedan escusarse à su total, ni parcial solucion, ni alegar agravio, lesion, ni otra excepcion por legítima, y admisible que sea en juicio, ni pretender descuento, baxa, ni moderacion de los cinco reales diarios, ni de parte de ellos; y si lo pretendieren, sean repelidos como quien pretende lo que por ningun titulo le toca.

Que el nominado Don Juan, y sus sucesores han de tener bien labrada, y reparada à sus expensas de todo lo necesario la citada casa, de modo que no padezca deterioro, han de pagar todas las cargas à que está afecta, y no venderla, cederla, donarla, enagenarla, dividirla, gravarla, ni hipotecarla à deuda, ni responsabilidad durante la vida del otorgante, pues se les prohibe, y priva de ello; y si lo hicieren, sea nulo, y no se transfiera su dominio, posesion, ni hipoteca à otro poseedor, como practicado contra este pacto expreso, y prohibicion absoluta de no enagenar ni hipotecar; à la observancia del qual queda desde ahora sujeta,

y liga tambien especial, y expresamente la mencionada casa.

Que si no cumplieren con lo expuesto en las dos condiciones precedentes, ò contravinieren al todo, ò parte de ello, ha de ser visto quedar como desde ahora queda extinguida, anulada, y revocada por el mismo hecho esta cesion, y donacion, y ha de poder apoderarse de propia autoridad el otorgante de la prenotada casa, y disponer de ella à su arbitrio, para lo qual se le concede amplia facultad, sin que necesite acudir à la Justicia, ni citar, ni interpelar al Don Juan, ò al que la posea, ni éste tenga la mas leve accion para impedirselo, ni tampoco para pretender les devuelva el todo, ni parte de los cinco reales hasta entonces percibidos, pues los ha de hacer suyos enteramente, al modo que el poseedor el producto de sus alquileres; se ha de entender compensado uno con otro, no obstante que medie notabilisima diferencia y exceso, y no se ha de poder alegar lesion, ni otra excepcion propicia, la que no se le deberá admitir.

Que si se verificare que el otorgante tiene cedida, donada, vendida, ò enagenada la referida casa, ò que está gravada con mas cargas que &c. (*se expresarán las que sean*) no solo no ha de tener obligacion el que la posea, de contribuirle con los cinco reales diarios, ni parte de ellos, sino que por el mismo hecho, dolo, y ocultacion ha de ser visto haber espirado este contrato, y podrá ser compelido à entregarle el exceso que haya de lo percibido por la renta vitalicia desde hoy, al liquido producto de sus alquileres, baxados huecos, reparos, malas pagas, y administracion, y estár à su relacion jurada sin otra prueba, ni justificacion, pues de ella le releva en forma; y no practicandolo, ha de poder retenerla el que la posea para reintegrarse de todo, y de los gastos, perjuicios, intereses, ò menoscabos que se le irroguen, y deberá abonarle tambien en virtud de la propia relacion, sin que hasta conseguir el total reintegro pueda ser despojado de ella, ni el otorgante tenga la mas leve accion, para intentar el despojo, ni su administracion, ni para pretender cosa alguna de lo que rente: y si se la demandáre, y quitáre en juicio algun tercero, ha de restituirle incontinenti citandole de eviccion el poseedor conforme à derecho todo lo referido, y à ello podrá ser executado por todo rigor con costas, y salarios; y durante el litigio no ha de poder pretender tampoco los cinco reales diarios, ni otra cosa alguna de sus alquileres, aunque por sí mismo, y à

sus expensas siga el pleyto que se suscite, antes bien los ha de percibir el poseedor como hasta entonces para en parte de reintegro del exceso desembolsado, y demás que haya lugar; pero si no fuere vencido en él, continuará este contrato.

Que con la vida de dicho Don Pedro ha de espirar, y extinguirse entera, y absolutamente para siempre la obligacion de contribuir el Don Juan, y sus sucesores con los cinco reales diarios, y no continuar, ni transmitirse á los herederos de aquel la accion à su percibo, aunque su vida sea tan corta, y limitada que se acabe à muy poco tiempo despues de otorgada esta escritura; ni tampoco podrán pretender éstos el todo, ni parte de la propiedad de la casa, ni de los alquileres que haya producido hasta entonces, y produzca en lo sucesivo, pues todo lo cede, y queda perpetuamente à su beneficio privativo, ò del que la posea, por via de remuneracion, y recompensa del riesgo, y peligro à que se expone de que la contribucion de los cinco reales diarios sea en sumo grado superior, y excesiva à los veinte mil en que la casa se valuó, y à los alquileres liquidos que reditúe, à cuyo fin, y el de que despues de sus dias pueda disponer de ella à su arbitrio como de cosa suya propia, adquirida con legítimo, y justo título, le hace nuevamente desde ahora à mayor abundamiento gracia, cesion, y donacion pura, perfecta, è irrevocable con insinuacion, y demás firmezas legales, para que sea de esta suerte igual á entrambos otorgantes este contrato, licito, y justo como tal en todas sus partes, y ninguno pueda retraerse de él, contravenirlo ni interpretarlo con pretexto alguno.

Con cuyas calidades, y condiciones cede, y dona el expresado Don Pedro à dicho Don Juan, y à sus herederos, y sucesores la mencionada casa en posesion, propiedad, y usufruto; y desde hoy en adelante para siempre jamas se abdica, desprende, desapodera, desiste, quinta, y aparta, y à los suyos del dominio útil, y directo, título, voz, recurso, y otro qualquiera derecho que à ella le corresponde, y todo con las acciones reales, personales, útiles, mixtas, directas, executivas, y demás que le competen, lo cede, renuncia, y traspasa en el referido Don Juan, à quien confiere poder irrevocable con libre, franca, y general administracion, y constituye Procurador actor en su misma causa, para que de su autoridad, ò judicialmente tome, y aprenda de ella por sí, y en nombre de sus sucesores la real tenencia, y posesion que le

pertenece, y para que no necesite tomarla, formaliza à su favor esta escritura, de la qual quiere se le dén las copias que pida, sin que para darlas se requiera auto de Juez, ni citacion de parte, con la que sin otro acto de aprehension, ni aceptacion ha de ser visto haber tomado, aprendido, y tranferidosele su posesion, y pleno dominio; y en el interin se constituye su inquilino, tenedor, y precario poseedor en legal forma, le entrega los titulos de su pertenencia, y se obliga à su eviccion y saneamiento. Y declara le quedan bienes suficientes para testar, y que esta cesion y donacion no es inmensa, ni por consiguiente reprobada por derecho; y se obliga à no revocarla sin que intervenga alguno de los motivos expuestos, y si lo hiciere, no valga, y sea visto por lo mismo haberla formalizado con mayores vínculos, y estabilidades, añadiendo fuerza à fuerza, y contrato à contrato; y quiere que para el abono de las mesadas que el Don Juan, ò quien le represente, le entreguen, baste un recibo simple, firmado del otorgante, ò de quien su poder tenga, sin que se le pueda pedir con mas solemnidad, pues no ha de ser obligado à darselo con otra.=Y el precitado Don Juan que está presente, enterado de esta escritura, dixo que acepta la cesion, y donacion que contiene, y se obliga, y à sus herederos, y sucesores à contribuir al Don Pedro con los cinco reales diarios, por todos los dias de su vida, incluso el de su fallecimiento, y por mesadas en el último de cada mes, empezando desde hoy, con la mayor puntualidad en buena moneda de plata, ù oro usual y corriente, pena de execucion, costas, y salarios: à reparar la casa, pagar sus cargas, y no alegar excepcion alguna para eximirse de esto, y de la solucion de las mesadas: à no enagenarla, gravarla, ni hipotecarla mientras viva el enunciado Don Pedro: y à cumplir con toda exâctitud en quanto esté de su parte, las condiciones con que esta cesion le queda hecha, sin interpretarla, tergiversarla, ni contravenirla total, ni parcialmente, pena de no ser oido en Juicio ni fuera de él, y antes sí repelido, y condenado en costas. Y ambos otorgantes formalizan respectivamente esta escritura con todas las cláusulas que para su mayor validacion sean legalmente necesarias; y quieren se haya por suplido qualquiera substancial defecto que incluya; y à su cumplimiento obligan sus bienes muebles, raices, derechos, y acciones presentes &c.

Nota. De la naturaleza de este contrato han entendido poco

los AA. formularistas de escrituras, y por eso omitieron tratar de él; y porque puede ofrecerse al Escribano alguna de esta clase, estendí para su instruccion, y tuve por conveniente adicionar aquí la anterior con las indispensables cláusulas y firmezas, que para seguridad recíproca de los contrayentes se requieren, y deberá tener presentes quando le ocurra, poniendo las demas que estos quieran, y no sean contrarias, ni destructivas de las que contiene.

Donacion ò cesion à Estudiante.

52 En tal parte à tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Pedro Rodriguez, vecino de ella, dixo: que por quanto tiene determinado enviar à su hijo Juan Rodriguez à la Universidad de Salamanca à estudiar tal ciencia, y es preciso consignarle para sus alimentos lo correspondiente à su decencia; por tanto, mediante deberle pagar anualmente Antonio Lopez, vecino de tal parte, tanta cantidad por tal razon, y tener proporcion su hijo de cobrarla por la inmediacion à dicha Universidad = Otorga que cede, dona, renuncia y traspasa al enunciado Juan Rodriguez la mencionada cantidad que el prenotado Antonio Lopez está obligado à satisfacerle; y le confiere poder irrevocable con libre, franca y general administracion, y facultad de substituirlo, para que le haya, perciba, y cobre judicial ò extrajudicialmente por sí, ò por medio de sus substitutos, à efecto de alimentarse, y formalice à favor del deudor los recibos, cartas de pago, y demas resguardos convenientes, con las cláusulas y firmezas necesarias, y cesiones y fastos à quien por él la satisfaciere, pues el otorgante los aprueba y ratifica, y quiere sean tan subsistentes, como si presenciára su otorgamiento; y si para exîgirla fuere preciso comparecer en juicio, lo execute, practicando en los Tribunales superiores è inferiores competentes todos los actos, autos, y diligencias judiciales y extrajudiciales que se requieran, y el otorgante practicaria por sí propio, hasta conseguir su plena cobranza, y la solucion de las costas y daños que por su morosidad se le causen, pues para ello le confiere el poder y facultad que necesite sin limitacion; le constituye Procurador actor en su propio negocio; le hace gracia, y donacion pura, perfecta, è irrevocable entre vivos de dicha cantidad, con las estabilidades conducentes; le cede sus derechos, y acciones

reales, personales, útiles, mixtas, directas, executivas y demas que le corresponden, con subrogacion en forma, y se obliga à no revocarla total, ni parcialmente, y si lo hiciere no valga. Y jura por Dios nuestro Señor, y una señal de cruz tal como ésta ✠ que dicha deuda y esta cesion son verdaderas, y no simuladas, y para los alimentos del citado su hijo; que él, ni los demas sus hijos nada habrán directa, ni indirectamente de ella; que no la hace fraudalosamente, ni por molestar al deudor; y que no envia su hijo al referido estudio principalmente por hacer dicha cesion, ni por cobrar su importe, sino porque se instruya y aprenda la enunciada ciencia. Y el prenotado Juan Rodriguez, que está presente, dice que acepta esta donacion y cesion en todo, y por todo, estima la merced que su padre le ha hecho, por la que le dá las debidas gracias, y jura en la misma forma que éste, que no recibe el enunciado crédito con intencion de entregarle cosa alguna de su importe, ni à sus hermanos, sino que antes bien ha de expenderlo íntegramente en sus alimentos; y que el nominado su padre le hizo cesion de él, para invertirlo efectivamente en este fin, y no en otro alguno; y ambos así lo otorgan, y firman, à quienes doy fé conozco, siendo testigos Fulano, Fulano y Fulano, vecinos de esta Villa.

Nota. Si la cosa que se cede, es deuda que procede de vale ò escritura, se entregará el documento que la justifique, al hijo, y de ello dará fé el Escribano. Omito estender la escritura de donacion por causa de muerte, por evitar prolixidad, pues con lo que dexo explicado en los numeros 43. y 44 puede ordenarla el Escribano con el conocimiento que se requiere.

Otra. Las copias de las escrituras de donacion que asciende, ò excede de mil ducados, se han de sacar en papel del sello primero: si no llegan à ellos, en el del segundo, y no llegando à ciento, en el del sello quarto, en el que se han de extender los protocolos de todas; y lo mismo debe practicarse en la cesion à Estudiante.

CAPITULO VI.

De las renuncias de legítimas, y futuras sucesiones, y con especialidad de las que hacen los Religiosos y Religiosas.

§. *Único.*

1 Aunque en el §. 2. del cap. 14. trataré de la cesion, y poder en causa propia, de las cláusulas que debe contener para su estabilidad, y de los derechos que pueden ser, ò no cedidos, en éste, por ser su lugar propio, hablaré de la renuncia y sus clases: de los requisitos que son precisos para la validacion de las que hacen los Religiosos novicios, de lo que por representacion de estos pueden, ò no heredar sus Monasterios; y de si el pacto de *non succedendo*, ò la licencia para testar que los ascendientes, y descendientes se confieren, valdrá, ò no. La renuncia ò renunciacion *es una protesta, y espontanea declaracion de ánimo que el hombre hace, por la que aparta de sí alguna cosa, derecho, ò privilegio. O un acto que consta de la nuda voluntad del que lo executa, por el qual abdica, y segrega de su persona el derecho que le compete realmente, ò en esperanza* (1). Puede hacerla el que tiene potestad de testar, ceder, tratar, y contratar, y se restringe, y limita por su naturaleza à las personas, cosas, y derechos expresados en las leyes (2); por lo que la renunciacion de un derecho no induce, ni se amplia à la de otro, aunque sea en la misma cosa, ni daña à otro que al renunciante (3). En quanto á los fines, y efecto de la renuncia, veanse los cinco capitulos del libro segundo de *Gallerato* en su tratado de renunciaciones, pues por no importar al Escribano omito explicarlos.

2 Sin embargo de que la renuncia es especie de cesion, y ambas convienen en las cláusulas que se requieren para su valida-

(1) Paul. Gallerat. de Renuntiationib. lib. 1. cap. 1. y cap. 8. n. 6. al 11. (2) Ley Qui cum tutoribus, ff. de Transact. y ley Jubemus, Cod. de Velley. ley Si unus, § Illud, ff. de Pactis Gallerat. ibi, cap. 10. 11. y 12. (3) Ley Si domus, ff. de Servit. urbanor. prædior. ley Si prius, ff. de Aqua pluv. arcend. Gallerat. ici, cap. 9. n. 4. y sig. y cap. 10. al 12. dichos.

cion, y firmeza, se diferencian no obstante, lo primero, en que ésta regularmente, y con propiedad se constituye de cosas y derechos no materiales (1), bien que à veces se hace de los materiales, y entonces es tradicion de estos, en que deben concurrir indispensablemente la voluntad del cedente, la del cesonario, y causa justa por la que se transfiera en este el derecho cedido, como expondré en el citado cap. 14. y en la renuncia basta la voluntad del renunciante, con la qual se perfecciona. Lo segundo, en que el fin, y efecto principal de la renuncia es la privacion, y abdicacion; y el de la cesion es la translacion del derecho en la persona del cesonario por la causa justa que impele al cedente á hacerla; bien que por conseqüencia se sigue la privacion, y abdicacion de éste (2).

3 Tambien es especie de repudiacion, pero se diferencia en que ésta es de cosa, ò derecho deferido, traspasado, ò dexado al que la hace, y la renuncia no, porque la repudiacion presupone adquisicion, y despues privacion, y renunciacion de la cosa, ò herencia deferida; mas la renuncia no presupone adquisicion, sino solamente privacion, y abdicacion del derecho, ò cosa no adquirida, aunque se espera (3). La repudiacion es declaracion que el hombre hace de su voluntad, por la que manifiesta que no quiere el derecho que se le ha deferido, ò dexado; repudiar no es otra cosa que no recibir, ni admitir lo que admitiendolo, ò recibiendolo puede adquirirse (4).

4 Varios géneros de renuncias se conocen en el derecho, sobre cuya inteligencia han discurrido, y sutilizado tanto los ingenios de los Escritores, y especialmente los de los Regulares, y otros demasiadamente adictos à los Monasterios, que como afirma un docto Jurisconsulto (5), las han constituido materia implicada, y sumamente obscura, por pararse en generalidades sin hacer la debida distincion de casos; y por aplicar à todos la vulgar doctrina de que por ser de riguroso derecho la renuncia, debe interpretarse con la mayor restriccion, y no estenderse de caso à caso, ni de persona à persona, y mucho menos à los derechos de futu-

(1) Ley 1. Cod. de Action. & obligation. y ley fin. & ibi glos. & Bart. ff. de Donat. (2) Galler. ibi cap. 4. num. 5. 6. y 26. (3) Gallerat. ibi. cap. 2. n. 12. al 40. (4) Ley 1. §. Furiosi, y §. Decretalis, ff. de Successor. edict. y ley Qui potest, vers. Quod quis, ff. de Regul. jur. Gallerat. dicho cap. 2. num. 2. al 4. (5) Card. de Luc. de Renuntiat. disc. 3. num. 3. y 10.

ro con causa de futuro, y otras proposiciones, que aunque en algunos son verdaderas, dexan de serlo en otros por la variedad de circunstancias, una de las quales, que como mas esencial jamás debe perderse de vista, es la causa ò motivo que influyó, ò pudo influir à hacer la renuncia, pues es muy considerable, y digna de atencion la diferencia que media entre la que constituye una muger con motivo de su matrimonio, y la que hace una Novicia; porque aquella como no desampara el siglo, antes bien elige un estado por medio de el que espera reproducirse, y propagar su especie con la sucesion de sus hijos, y demás descendientes, no es verisimil, ni creible quiera desprenderse, ni despojarse de los bienes que la son indispensables para conservarse decentemente en él; por cuya razon su renuncia no debe ampliarse à mas de lo que suena; y así cesando las personas en ella contenidas, cesa tambien. Al contrario sucede con la que otorga la que entra en Religion, porque ésta como abdica, ò aparta de sí al mundo, y à sus bienes, votando la mas estrecha pobreza, à fin de que estos no la preocupen, distraygan, ni impidan servir mejor a Dios, y sabe que no ha de tener posteridad, ni la ha de faltar en lo sucesivo lo necesario para su conservacion, nada se presume que reserva à no expresarlo con claridad en la renuncia. Fundados en estos principios los mas clásicos AA. y aun la Sacra Rota, han establecido como máxima inconcusa que las renuncias hechas por causa de ingreso en Religion, y dote recibida, deben reputarse reales, extinctivas, y abdicativas, no constando claramente lo contrario en ellas, é interpretarse latamente, comprendiendo todas las herencias, y sucesiones, no obstante que sean de futuro con causa de futuro, y con especialidad si se hallan estendidas con palabras amplias, y generales que denoten esta verisimil voluntad de los renunciantes (1).

5 Y porque del perfecto discernimiento de la diversa naturaleza, y qualidad de las renuncias, y términos con que suelen estar concebidas, pende la justa, y arreglada decision de las dudas que acerca de ellas ocurren, con el fin, y objeto de desem-

(1) Rota coram Othobon in una Perusiana decis. 7. Februarii 1628. in alia Mantuatensi pecuniaria, 20. Junii 1644. in Romana hæreditatis 7. Maii 1660. Galler. dec. 3. 9. y 27. Donadeo de Renunt. tom. 2. c. 44. num. 139 y 142. Casarreg. ad statut. Genuæ, de Succes. ab intestat. §. 12. n. 66. y sig. Card. de Luc. ibi, num. 10. cit.

peñar mi obligacion, y de dar à los Escribanos una clara idea, y nocion suficiente que los instruya de sus diferencias, para que sepan lo que hacen, y por qué exploren la voluntad de los renunciantes, ya sean, ó no Religiosos, cerciorandolos de sus efectos, y en todo lo que esté de su parte, no sean la causa de pleytos, y discordias; he procurado (con motivo de las renuncias, de dos personas ricas que ante mi pasaron, y de la variedad de dictamenes que intervinieron acerca del modo de hacerlas, y disponer respectivamente de lo que tenian, y esperaban tener, registrar, exâminar, y desentrañar varios AA. que de ellas tratan, é instruirme à expensas de sumo trabajo, y desvelo de quanto contemplé oportuno, y útil à este intento. Para que en lo sucesivo no yerren, ni aleguen ignorancia, debo sentar que las renuncias unas son *translativas*, *ó transmisivas*, y otras *abdicativas*, *ó extinctivas* (1). Se llaman *translativas* las que comprenden los bienes, derechos, y acciones que el renunciante tiene adquiridos, y se le han deferido, los que por una especie de donacion, ó cesion implicita transfiere en el renunciatario, y de consiguiente se presupone un derecho radicado, y una adquisicion à lo menos intelectual, y momentanea en la persona del renunciante, de donde se deriva, y por su representacion pasa à la de aquel à cuyo favor se constituye la renuncia, al qual aprovecha solamente (2). Estas renuncias, ó repudiaciones que por lo regular se constituyen con cesion de derechos, mas son cesiones que renuncias respecto de que en nada se diferencian de la cesion.

6 Por *extinctas*, *ó abdicativas* se estiman, y gradúan aquellas en que el renunciante que nada cierto, y determinado dá, ni transfiere de presente en el renunciatario, porque nada tiene, ni posee, aparta para siempre de su persona qualquiera derecho que en lo futuro le pueda venir, queriendo no se cuente con él para cosa alguna, que se le estime como no exîstente en el mundo; y por consiguiente, que aunque esté vivo, no se le contemple, ni tenga por parte en las sucesiones *ex testamento* y *ab*

(1) Card. de Luc. de Renuntiat. disc. 1. num. 5. disc. 3. num. 7. y en la summ. num. 12. y 15 Señor Olea de Cesion. jur. tit. 1. quæst. 2. num. 15. y sig. Donadeo, tom. 2. cap. 49. dicho, num. 143. Noguerol. allegat. 6. (2) Ley com oportet, §. penultim. vers. Sed nisi, Cod. de Bon. quæ liber. y ley 4. Cod. de Repudiat. hæreditat. Card. de Luc. disc. 1. y num. 5. dichos, y disc. 7. num. 2.

intestato que puedan recaer en él, ántes bien se defieran, y pasen à sus inmediatos parientes. Estas son las propias, y verdaderas renuncias, porque por ellas se induce, y verifica una simple, y nuda privacion, exclusion y absoluto desapropio, y desprendimiento que el renunciante hace de sus derechos, sin transferirlos, ni cederlos à persona determinada (1). De estos principios se deduce, que una misma renuncia puede ser translativa, y tambien abdicativa ò extinctiva à un propio tiempo con diversos respectos. Translativa en quanto à los bienes y derechos que el renunciante tiene adquiridos, se le han deferido, y le pertenecen quando la constituye, lo qual es verdadera repudiacion de ellos; y abdicativa ò extinctiva por lo concerniente à los que al tiempo de renunciar no tiene adquiridos; pero pueden corresponderle en lo sucesivo por causa de presente, ò de futuro (2)

7 Se subdividen en *reales*, y en *personales*. Son reales, las que el renunciante formaliza movido no por atencion y afecto à ciertas y determinadas personas, sino por un motivo general, y absoluto, y por un eficáz deseo de desprenderse, desapropiarse, y abdicar ò apartar enteramente de sí todos los bienes, herencias y derechos que tiene, y en él pueden recaer en lo sucesivo *ex testamento*, y *ab intestato* de parientes y estraños, ya sea con la mira y objeto de servir mejor à Dios, ò por otra causa absoluta y universal. De suerte que por estas renuncias se abdica y desprende el renunciante de todos sus bienes y derechos presentes y futuros, y de la esperanza de ellos, y los traspasa en el renunciatario tan plena y eficazmente, que aunque éste muera intestado, y aquel viva, no reviven, ni vuelven à él, excepto que intervenga nueva causa y derecho, ò que cese la de la renuncia; ni tampoco pasan à otra persona, ni Comunidad por su representacion, ni éstas tienen el mas leve derecho à ellos (3). Por *personales* se entienden las que constituye en contemplacion, y à favor de una ò mas personas ciertas y determinadas, à las que se restringen y limitan en tanto grado, que faltando éstas antes que el renunciante, y habiendo aptitud y capacidad en éste para adquirir entonces, hace suyos otra vez los bienes que ha renunciado, y

(1) Señor Olea quæst. 2. cit. num. 17. y 18. Card. de Luc. ibi, num. 5. dicho (2) Card. de Luc. de Renuntiat. disc. 6. num. 13. (3) Gallerat. de Renunt. lib. 2 cap. 5. y otros que cita.

la renuncia queda inútil, è ineficáz en este caso, como si no la hubiera constituido, especialmente en herencias y derechos no deferidos al tiempo de hacerla, excepto que en ella disponga otra cosa (1); por lo que conviene que manifieste claramente su voluntad, à fin de evitar siniestras interpretaciones, y decisiones arbitrarias. Todas las expresadas renuncias pueden ser hechas por causa de presente y de futuro como las cesiones, con las que se confunden en la práctica y comun inteligencia, y por consiguiente se puede renunciar al modo que ceder el derecho de futuro con causa de futuro, y la esperanza de él; pero para que este derecho se realice, y sea efectivo, es indispensable que el renunciante tenga la capacidad y aptitud referidas al tiempo que se verifica recaer en él, porque si carece de ellas, ò está muerto civil, ò naturalmente, así como no puede adquirirlo, tampoco puede transmitirlo à otro por las razones que en el cap. 14. expondré.

8 Supuestas las acciones y derechos que pueden, ò no ser cedidos y renunciados (de que en el citado cap 14. haré larga mencion) y las clases de renuncias que los AA. distinguen; antes que explique las solemnidades que hoy son indispensables en las que otorgan los que entran en Religion, tengo por necesario decir alguna cosa acerca del origen que tuvieron las herencias y sucesiones respecto de los Monasterios, y de los Religiosos.

9 En tiempo de la Gentilidad no conocieron los Romanos otra especie de Religiosas que sus Vírgenes Vestales, à las quales consideraron incapaces de heredar y suceder *ex testamento*, y *ab intestato* (2). La misma incapacidad tuvieron las Iglesias y Monasterios durante el Imperio de los Gentiles, porque los reputaban Colegios, ò Juntas ilícitas y reprobadas; y sin embargo de que concedida la paz à los Christianos por Constantino, se permitió dexarles libremente sus bienes (3), no sucedian *ab intestato* los Monasterios en los de sus individuos, sino en defecto de padres, hijos, agnados, cognados, y de muger legítima que el Monge hubiese tenido antes de su ingreso en el claustro, como se reconoce en una ley del Emperador Teodosio (4). Pero este Príncipe nimiamente propenso à publicar leyes nuevas, alterando, ò

(1) DD. supra citat. (2) Aul. Gelio, noctium Atticar. lib. 1. cap. 12. al fin. (3) Ley 1. Cod. de Sacrosanct. Eccles. (4) Ley 20. Cod. de Episcop. & Cleric.

derogando las anteriores con la mayor facilidad, invirtió en esta parte el órden que se observaba, estableciendo que el que entrase en Religion, pudiese disponer de sus bienes antes de profesar del modo que quisiese, y le pareciese. Que si entonces no disponia, ni tenia hijos, los adquiriese el Monasterio, en quien se transferia su dominio, y que despues de profeso no pudiese testar de ellos. Que teniendolos, les dexase su legítima, y en caso de no habersela dexado, pudiese, no obstante su profesion, testar à su favor, con tal que reservase en sí una parte igual à la de qualquiera de ellos, la que correspondia al Monasterio, el qual se debia tener en lugar de hijo: que no fuese lícito à los padres desheredar à sus hijos por causa de su entrada en Religion, antes bien tuviesen obligacion de instituirlos en su legítima; y que muriendo sin testar, les sucediesen los hijos Religiosos siendo solos, ò con los demas hermanos en caso de tenerlos, sin que para la sucesion les sirviese de obstáculo la profesion, ni eleccion de la vida Monástica; lo qual disponen tambien otros textos (1).

10 El §. 1. de la ley *Deo nobis* 56. Cod. de *Episcop. & Cleric.* establecida por el Emperador Justiniano, permite à los Monges heredar *ab intestato* à sus padres, sin que les sirva de impedimento la profesion Religiosa, ya concurran solos, ò con otros hermanos; cuya ley estendieron los defensores acerrimos de los Monasterios à toda clase de sucesiones, siendo así que habla unicamente de la de los padres, y milita en la de estos diversa razon que en la de los laterales, ò transversales. Su extension dimanó de la equivocada opinion del Jurisconsulto Bartulo en la glosa de ella, à quien como á oraculo siguieron incauta, y ciegamente los posteriores, sin detenerse, como debieron, à exâminar dicha ley que es el único fundamento en que los Monasterios pueden apoyar su pretendido derecho à suceder en cabeza, y por representacion de sus Monges en las herencias de colaterales intestados, como expone cierto Jurisconsulto celebre (2). Nuestros AA. sin hacer mérito de nuestras leyes primitivas, que sin duda no vieron, pues à haberlas tenido presentes, no es creible que hombres tan literatos las hubiesen postergado à las Romanas,

(1) Ley 55. y Authent. Nunc autem, Cod de Episcop & Cleric. Nov. 5 cap. 5.: 76. cap. 1.: y 123. cap. 38. y Authent. Si qua mulier, Cod. de Sacrosanct. Eccles. (2) Casarreg. ad statut. Genuæ, de Succes. ab intestat. §. 18. verb. Successio defertur, num. 13. al 15.

y à las opiniones de los estrangeros, y sin reflexionar que éstas no son nuestras, ni se deben tener por tales, como está mandado, y adelante diré, adoptaron la errada interpretacion de Bartulo, preocupados tal vez de la grande autoridad que su dictamen, y los de Baldo, Juan Andres, y el Abad Panormitano se conciliaron en cierto tiempo, à quienes se mandó seguir à falta de ley en las Ordenanzas hechas en esta Villa por los Señores Reyes Católicos el año de 1499; pero se revocaron, y anularon despues por la primera de Toro.

11 Puedese sin violencia traer en apoyo de la sucesion *ab intestato* de los Monges, el que por la práctica de los Tribunales hasta ahora observada se admitió al Monge profeso à la de los fideicomisos, y Mayorazgos, no habiendo sido excluido por el fundador, ò no teniendo estos servicio anexo incompatible, pero no falta quien le niegue, y con justisima razon esta capacidad; pues aun dado, y no concedido que la tenga, hay notable diferencia, tanto en lo legal como en lo político, entre la sucesion en los Mayorazgos, y la que hay por *ab intestato* à los bienes libres. En lo *legal*, porque la de los Mayorazgos se defiere en aquel caso por la mera voluntad del Fundador, que llamando à su linea, no excluyó, como pudo, al Monge; y la del *ab intestato* la hace la ley supliendo la voluntad que no manifestó, ni explicó el difunto; y así la regúla por la presuncion ò verosimilitud tomada de la mayor aficion que por lo general tienen naturalmente los hombres à su sangre, y con especialidad à sus parientes mas cercanos, por lo que los llama en su nombre (1); cuya presuncion no puede tener lugar respecto del Monge, porque despues de profeso, se le contempla muerto para el mundo: se considera que por la profesion renunció la carne, y la sangre: se le mira como estraño de la familia; y se le tiene por incapáz de adquirir, y obtener bienes temporales libres, y vinculados; y mediando estas circunstancias, no es creible, ni aun verisimil, antes sí muy repugnante que el que falleció intestado tuviese jamás voluntad de excluir de su herencia à sus parientes para que recayese en un estraño, qual es el Convento, ò Monasterio, en quien viene à radicarse la sucesion (2). No sucede lo mismo en

(1) Señor Castill. lib. 3. Controv. cap. 12. n. 57. y lib. 6. cap. 15.
(2) Card. de Luc. de Renuntiat. disc. 1. num. 27.

las herencias *ex testamento*, porque por el hecho de ser llamado el Monge al todo, ò parte de la herencia, ò Mayorazgo, es visto que el testador ò fundador, conociendo la incapacidad de éste para adquirir para sí, la dexa à su Monasterio que no tiene privacion, ni prohibicion de poseer. Tambien hay diferiencia considerada la sucesion en el órden político, porque el daño que se irroga al Estado de que un Monge obtenga el Mayorazgo, es de poca entidad puesto en paralelo con el de la obtencion de herencia, atento à que cesa con su fallecimiento, que puede acaecer al dia siguiente, y vuelve à circular en los demás sucesores seculares; pero en la herencia intestada es al contrario, porque se refunde en el Monasterio, y una vez refundida, tarde, ò nunca vuelve à salir de su poder, à menos que intervenga gravísima indigencia, ò utilidad de éste; por cuya razon el Real Erario carece de los derechos que causarian las ventas que se hiciesen estando en manos de legos, (lo qual sucede tambien con los bienes vinculados, y otros poseídos por manos muertas) y empobrece el Estado seglar, que debe contribuir para las cargas de que están esentos los Monasterios, y sus Religiosos.

12 Como las leyes no tienen vigor fuera de los dominios del Legislador, y Justiniano jamás poseyó à España, à causa de haberse apoderado de ella los Godos desde el quinto siglo (1); nunca tuvieron en ella fuerza de tales las del Código y Novelas. Y aunque aquellos en los principios de su Imperio, y dominacion permitieron por razones políticas, ò de Estado el uso de las Romanas establecidas en el pais conquistado, no fué comprendido en esta permision el Código referido, porque todavia no se habia publicado (2). Solo se observó el Teodosiano, que mandó promulgar y guardar por ley Alarico segundo. Pero sus sucesores por ódio al nombre Romano, y à efecto de abolir la memoria de sus leyes, las abrogaron enteramente prohibiendo su uso (3), y desde esta época se estimaron las leyes Romanas como dichos, autoridades, ò sentencias de Sabios, fundadas en razon natural, en cuyo concepto está mandado se gradúen (4).

13 Pocos años despues que Justiniano promulgó sus leyes en

(1) Marian. lib. 5. cap. 1. (2) Franckenean, ò Luc. Cortes. in themide Hispanic. Sect. 1. num. 3. y 4. Mesa, Arte historico, y legal, cap. 4. (3) Leyes 8. y 9. tit. 1. lib. 2. del Fuero juzgo. (4) Auto 1. tit. 1. lib. 2. Recop.

el Oriente, en donde imperaba, y las Auténticas relativas à esta materia, estableció una en España Leovigildo, que es la 12. tit. 2. lib. 4. del Fuero Juzgo, ò Gótico, y dice: *Los Clerigos, è los Monges, è las Monjas que no han heredero ata septimo grado, è non mandan nada de sos cosas, la Iglesia à quien servian, lo debe haber todo.* De esta ley se prueba que la Iglesia y Monasterio no pueden heredar *ab intestato* al Clérigo y al Monge que tienen parientas hasta el septimo grado, hasta el qual por la 11. anterior se concedia la sucesion intestada à los transversales; por lo que no pudiendo suceder al Monge, mucho menos podrán suceder à sus padres y parientes; y las 2. y 3. tit. 5. lib. 3. del mismo Fuero, establecidas por Recesvinto y Egica, excluyen al Monasterio en competencia de los parientes, cuya legislacion estuvo en observancia, no solo durante el Imperio de los Godos, sino despues de la irrupcion de los Sarracenos en estos dominios, la confirmaron varios Señores Reyes, y tambien el Concilio de Coyanca, hoy Valencia de Don Juan; y el Santo Rey Don Fernando dió este Fuero á la ciudad de Córdova en el año de 1241, en cuyo tiempo se hizo la traducion del que usamos, y publicó el Doctor Villadiego, y en 15 de Julio de 1788 se expidió al intento cierta Real Cédula dirigida à la Chancillería de Granada para que en la decision de negocios de esta naturaleza se arreglase à dicha ley, y à otras que refiere, cuya Cédula insertaré en el num. 20.

14 En la coleccion de Fueros ò Leyes, mandada hacer por el Conde Don Sancho Garcia, se halla una que dice: *Esto es Fuero de Castilla: que ninguna Monja ni Monge de Religion sil muriere algund pariente mañero que non haya fijos, los parientes mas propinquos del muerto deben heredar los suyos bienes: mas el pariente de Religion Monge, ò Monja no debe heredar ninguna cosa en la buena del pariente mañero, mas debe heredar en la buena del padre, ò de la madre, è igualmente con sus hermanos; è si se avinier con sus hermanos quel den renta conoscida, puede usar de toda la sua suerte, è servirse della en toda la sua vida, è arrendarlos à los estraños si non se avinier con sus parientes: mas no lo pueden vender, ni enagenar en sua vida, si non por tres cosas, por debda del padre, ò de madre, ò por sua debda qual hubiese fecho ante que entrase en la Orden, ò por mengua de comer, ò de vestir: è à la fin puede dar el quinto por sua Alma, è lo al que finque en sus parientes.* Esta ley es la 2. tit. 2. lib. 5. del Fuero viejo, el que man-

dó observar ocho años despues de la publicacion de las leyes de Partida el Señor Rey Don Pedro el Justiciero. Lo mismo mandaron posteriormente los Señores Reyes Don Enrique segundo, y Don Juan el segundo (1), y por ella se limita el derecho activo de suceder el Monge à sus padres, se le excluye del de sus hermanos y parientes, y se gravan los bienes que herede de aquellos, con la obligacion de reversion à sus hermanos y parientes respectivamente, sin permitirle disponer de mas que del quinto por su alma.

15 Posterior à la compilacion de las Leyes y Fueros referidos se hizo la del Real, ò de las Leyes, de órden del Señor Rey Don Alonso el Sábio, en cuyo cuerpo se hallan tres concernientes al intento. La primera, que es la 10. tit. 5. lib. 3. prohibe que se dé, ò mande cosa alguna à hombre de Religion despues de profeso; de cuya prohibicion se deduce, que si no puede ser instituido heredero, menos podrá heredar *ab intestato*, porque la sucesion por testamento como que proviene de voluntad expresa y determinada, es mas recomendable que la intestada, que se afianza en mera presuncion legal que puede fallar en muchos casos. La segunda, es la 11. tit. 6. del mismo lib. 3. y dice: *Todo home, è toda muger que orden tomáre, puede facer su manda de todas sus cosas fasta un año cumplido; è si ante del año no lo ficiere, el año pasado, no lo puede facer, mas sus fijos hereden todo lo suyo; è si fijos, ò nietos, ò dende ayuso no hubiere, heredenlos los parientes mas propinquos.* Por esta ley se priva al Monasterio de suceder al Monge en los bienes que lleva consigo quando no dispone de ellos, y se concede la sucesion à sus hijos y parientes. Y la tercera, que es la 1. tit. 6. lib. 4. y trata de los Monges que despues de haber profesado apostátan, ò se escapan del Monasterio, excluye à éste de su herencia, y la dá à los parientes de aquellos. La Ciudad de Baeza goza un fuero que la concedió el Señor Rey Don Alonso el septimo, en el que se halla esta constitucion notable: *El que entrare en Orden, lieve con él el quinto del mueble, è non mas, è lo que fincare en raiz, seya de los herederos; cá non es derecho, ne comunal cosa por desheredar à los suyos, dar mueble, ò raiz à los Monges.* Todas estas Leyes y Fueros no respiran

(1) Discurso preliminar de los DD. Asso y Rodriguez al Fuero viejo de Castilla.

mas que exclusion de los Monasterios, y llamamiento de los parientes de los Religiosos à la sucesion de sus bienes; y todas son verdaderas leyes; están establecidas por legítimos Soberanos nuestros, mandadas observar como tales en varias Cortes, Concilios y Reynados, y no derogadas; y así por haberse extinguido el Imperio de los Godos, y demás Señores Reyes sus sucesores, no se extinguieron, anularon, ni abolieron sus justas leyes, porque éstas toman su vigor, no de la familia reynante, sino de la Dignidad Real, y de la legitima de la Soberanía, à la qual es inherente la potestad legislativa; por lo que no dudandose que fueron Reyes legitimos; que las admitieron los Españoles en tiempo de su dominacion; y que ninguna otra posterior las derogó especial, ni generalmente, deben observarse, y no desestimarse por la extincion de la familia que poseia el Cetro, ni tampoco por decir que no están en uso, pues el que no se hayan usado à causa de no haberlas visto, y por esta razon, ò por otra no haber hecho aprecio de ellas nuestros AA., ni Letrados, no les quita el vigor que tienen como leyes pátrias, primitivas, justas y fundamentales (1). A mas de que está mandado que no sirva alegar el no uso de las leyes para eximirse del cumplimiento de su precepto, mientras no estén expresamente derogadas por otras ulteriores (2).

16 Al mismo Señor Rey Don Alonso que hizo la coleccion del Fuero Real, se atribuye la bastísima de las siete Partidas; obra por la grande erudicion y sabiduría de que está adornada, digna del mayor lauro y aprecio, y por lo propio tan celebrada y aplaudida. Pero para su admision hubo mucha resistencia en estos Reynos, y así aunque intentó publicarlas en el año de 1263, no lo consiguió, porque estas leyes sacadas del Derecho y Auténticas Romanas, derogaban y alteraban algunas Leyes y Fueros antiguos, y no acomodaban à las costumbres Españolas; por cuya razon quedaron sin uso, ni autoridad, hasta que mandadas enmendar por el Señor Don Alonso el undecimo, su viznieto, logró en las Cortes celebradas en Alcalá de Henares el año de 1348, que se admitiesen en quanto no derogasen, ni alterasen las leyes antiguas, fueros y costumbres de España, como lo declaró en

(1) Señor Valiente, Apparat. jur. publ. lib. 2. cap. 14. (2) Auto 2. tit. 1. lib. 2. Recop. y ley 1. de Toro.

una del Ordenamiento que se halla recopilada (1); y lo practicaron tambien los Señores Reyes Católicos en las Cortes celebradas en Toro el año de 1505 por otra, en la que las graduaron en quarto lugar para la decision de los negocios (2). La que toca particularmente à la presente materia es la 17. tit. 1. Partid. 6. que empieza: *Religiosa vida*:: Esta ley que fué sacada de la Auténtica *Si qua mulier*, *Cod. de Sacrosanct. Eccles.* y dice: "que el "hombre, ò muger que profesó en Religion, no pueda hacer tes"tamento: que todos los bienes que posee, deben ser de aquel "Monasterio, excepto que tenga hijos, ù otros descendienres le"gítimos, pues debe dexarles la legítima, y no mas, y si mas "quisiere darles, ha de dar al Monasterio tanta parte, quanto "toque à cada uno de sus hijos, ò descendientes; y que lo mis"mo se ha de observar si fallecierę sin disponer de sus bienes." Por esta ley no se concede al Monasterio el derecho de suceder à los parientes del Monge *ex testamento*, ni *ab intestato*, ni à éste en otros bienes que en los que tiene quando profesa; y lo mismo dice la Auténtica de *Monachis*, tit. 5. cap. 5. collat. 1. ibi: *Res autem quas habuerit dum Monasterium intrabat, eas dominii esse Monasterii.* Lo qual repite en el cap. 6. pues solamente son nuestros aquellos en que tenemos dominio y señorío, y que poseemos con buena fé, y justo título, como dice la ley (3), y no los que esperamos podrán recaer en nosotros, porque esto es tener esperanza de poseerlos, mas no tenerlos, lo qual es muy diverso, y hay inmensa distancia de lo uno à lo otro. La ley 2. tit. 3. de la misma Partida dice que pueden ser establecidos por herederos la Iglesia, el Emperador, el Clérigo, el Monge, el Lego, &c. pero nada toca de lo demás, ni tampoco la 88. tit. 18. Partid. 3. habla de este punto, sino de cómo se ha de ordenar la carta, ò instrumento quando alguno entra en Monasterio, suponiendo tener hecho antes testamento, y dispuesto de los bienes que posee. Pero aun en la hipothesi de que todas hablarán, atento à que no derogan expresamente las primitivas y fundamentales de estos Reynos, y à que se debe juzgar por éstas primero que por aquellas, segun el órden gradual prescripto por la de Toro citada, porque tienen anterior grado de fuerza, y vigor le-

(1) Ley 3 tit. 1. lib. 2. Recop. (2) Ley 1. de Toro, en que está inserta la del Ordenamiento. (3) Ley 9. tit. 33. Partid. 7.

gislativo como primeras en tiempo, establecidas por Soberanos legítimos, y admitidas por sus vasallos, de nada serviria, pues no obstante merecer sumo aprecio y recomendacion por la razon expuesta, carecen de aquella tan grande autoridad que algunos las atribuyen, y à que quieren elevarlas para todo; son solamente supletorias para juzgar lo que por las primitivas se puede resolver, y lo que está determinado, no necesita suplirse. Fuera de que en esta parte quedaron sin efecto por las del Conde Don Sancho, y Señores Reyes referidos en el num. 14. que años despues de su publicacion mandaron se observase el Fuero viejo de Castilla, y se admitieron únicamente en quanto no derogasen, ni alterasen las de los Fueros, segun dexo sentado.

17 Para enervar, y eludir lo expuesto algunos AA. mas inclinados à los Monasterios que à la razon, fundados en el §. 1. de la ley *Deo nobis*, citada (pues en el Derecho Canónico no hay Texto, Canon, ni Decretal que conceda à éstos el de que puedan suceder à los hermanos, y parientes del Monge que fallecen intestados despues de profeso) alegan *que el Monasterio sucede en lugar de hijo* (se entiende adoptivo, porque natural no puede ser) y que el Monge no pierde por la profesion, antes bien retiene los derechos que corresponden à los que se gobiernan por sí, entre otros los de prioridad de grado, y los traspasa à su Monasterio, por lo que recae todo en éste. Pero esta alegacion es una invencion mal discurrida para lucrarse, una ficcion destituida de todo apoyo sólido, y un error derivado de falta de reflexion racional y juiciosa (1); y de ella se deduce, que los parentescos se transmiten, y por consiguiente que el Monasterio es pariente del Monge, y de sus parientes, y como tal les sucede, ò que si aquellos no se transmiten, sino sus efectos en quanto al lucro, y utilidad, se trasmite el efecto sin su causa; lo qual es absurdo, porque las herencias vienen por los parentescos, y de ellos se derivan, y no éstos de ellas; y no teniendolo el Monge profeso con persona alguna en lo civil, disuelto el parentesco, nada de lo que podia recaer despues en él, y à estár en el siglo heredaria, puede percibir, ni por consiguiente transmitir, pues

(1) Wanspen, in Appendic. ad vindic. canon de Peculiarit. & simonia, cap. 1. §. 3. Bald. in leg. Filium, ff. de His qui sui, vel alieni jur. sunt. Bart. in Authent. Nisi rogati, Cod. ad Trebellian. Salicet. in Auth. Si qua mulier cit. Sr. Cev. lib. 1. Var. cap. 19. num. 6. y 7.

para esto se le conceptúa naturalmente muerto; y atento à que una vez muerto para el mundo, está incapaz, è impedido de adquirir bienes de él, y solo debe aspirar à los del cielo, y que quando pudo haber accion, faltó el sugeto, ò persona para quien se adquiriese, poco ò nada importa que el Monasterio tenga capacidad, porque quien ha de regular la sucesion, no es la capacidad, ò incapacidad de éste, sino la de aquel, y acabado el derecho del que dá, espira el de el que recibe (1). Así no se puede retrotraer al tiempo de la profesion, porque entonces no lo tenia adquirido; ni al de la muerte intestada del pariente, porque la profesion le obsta para la adquisicion posterior, que son los dos extremos habiles que exîge la retrotraccion para que pueda verificarse, como diré en mi segunda parte lib. 2. cap. 2. Fuera de esto, si el Monasterio sucede en lugar de hijo del Religioso, ha de ser despues de profeso indispensablemente, porque antes de profesar no puede conceptuarse, ni ser hijo suyo; es así que los hijos naturales, y verdaderos de Religiosos profesos, y Clérigos ordenados de órden sacro tienen prohibicion de heredar à sus padres, como con legal apoyo senté en el capit. 1. luego con superior razon la tendrán aquellos, y los adoptivos de heredar à sus parientes. Si se alega que el Monasterio sucede à los parientes del Religioso, ò Religiosa, tomando, y ocupando el mismo lugar, y grado de ellos con los que se hallan en él, no puede tenerlo el derecho de representacion, ò subingresion, porque necesariamente como personas estrañas han de estár en grado inferior, y mas distante. Y mediante no admitir las leyes civiles, ni reales la representacion en el *ab intestato* fuera de los hijos de los hermanos, ni aun respecto de un hijo legítimo, y verdadero, segun en dicho cap. 1. expuse, mucho menos deberá admitirse la del ficticio (2).

18 Conociendo otros AA. de igual carácter, y preocupacion que el nombre, y qualidad de hijo como impropio no conviene al Monasterio, por ser invencion irrisible, y violenta, dicen *que sucede en lugar de heredero.* Para que esto se verifique, es menester suponer al Monge con plena capacidad de adquirir por sí sin dependencia del Monasterio; y para darle esta capacidad civil,

(1) Gom. lib. 2. Variar. cap. 3. num. 8. vers. Tertia conclusio. (2) Regens de Ponte, cons. 39. num. 10. y cons. 40. num. 3.

conceptuarlo vivo civilmente, lo que es directa, y diametralmente opuesto à la renunciacion que hace del mundo, y sus bienes por el voto solemne de pobreza, à la abnegacion, y abdicacion de sí mismo, y à lo que dicen las Leyes, y Canones. Fuera de que el ser vivo, y muerto civilmente, es contradictorio, y aun contrario, y fisicamente imposible; y si fuera cierto, tendria en la actualidad heredero de hecho uno civilmente vivo, proposicion que no se encuentra en la Jurisprudencia. De forma que los referidos AA. sin detenerse en sofismas, ficciones, inverosimilitudes, implicaciones, y repugnancias legales, y naturales, y teniendo al parecer por *justo* lo *util*, opinion, y maxima reprobada, procuraron delirando, y disparatando sostener la indebida, y voluntaria extension que dieron à las leyes, con figurar al Monge unas veces padre, otras hijo, otras en parte siervo, y en parte hijo, formando de él un ente à la similitud del amphibio, y queriendo estuviese vivo para adquirir, y muerto para dar; y al Monasterio unas veces padre, y señor, otras hijo, y otras heredero, segun mas bien les acomodaba para evadirse, y no sumergirse en los escollos de que por todos lados estaban rodeados.

19 Otros convencidos de la inverisimilitud, incompatibilidad, y repugnancia de las dos proposiciones anteriores, discurrieron el medio de decir *que el Monasterio sucede en los bienes del Religioso por cierta accesion con su persona.* De suerte que quisieron mantener vivo civilmente al Monge, y con capacidad de suceder en los bienes hereditarios, al modo que un secular, y en el supuesto de estarlo, y tenerla en su concepto, afirmaron que su Monasterio adquiria los que dexaban los parientes que fallecian intestados, estando el Religioso en grado mas cercano, ò en el mismo con otros; por cuya accesion (que es uno de los modos de adquirir el dominio, recaian en él. Pero por este medio tan lejos estuvieron de mejorar de partido, que antes bien à mi ver lo pusieron de peor condicion, porque siendo principio inquestionable que lo accedido se une, incorpora, y toma la naturaleza de la cosa à que se accede, en tal conformidad que dexa de ser lo que era en concepto de separado, se convierte en parte esencial, ò integral de la misma cosa, y los dos constituyen un cuerpo real è indistinto, se sigue de este principio que la persona y bienes del Monge se extinguen en quanto tales, y se incor-

poran plenamente en el Monasterio, formando un cuerpo indistinto, è inseparable por la accesion, y confusion: y que lo que antes eran persona, y bienes, se convierte en Monasterio; lo qual es clasico desvario, y hasta donde pueden rayar el alucinamiento, y la obcecacion, y torpeza.

20 Todo quanto inutilmente sutilizaron los AA. acerca de esta materia, desviandose del recto, y trillado camino de la verdad, y realidad, buscando arbitrios, sofismas, y apariencias para dar valor à sus opiniones, inclinar à ellas, y seducir à los Jueces y Letrados incautos, perdiendo el tiempo que es tan precioso, no merece la mas leve consideracion, lo primero por su futilidad, inverisimilitud, y natural repugnancia à toda razon; y lo segundo, porque carecen de potestad legislativa, y porque de consiguiente son incapaces todos juntos de contrastar una sola ley, atento à estár ligados à ellas segun lo estamos los demás; por lo que, y porque como hombres estuvieron sujetos á errar, y engañarse en esto, y en otras muchas cosas, como todos lo estamos; no debe seguirse su dictamen sin embargo de su autoridad, y literatura, y de ser muchos. Tampoco debe seguirse, ni adoptarse lo que dicen las Leyes, y Auténticas del Derecho Romano, porque no son nuestras, y así dispongan lo que quisieren, no deben regir, ni prevalecer contra las patrias que lo son, y debemos observar; ni las de Partida en esta parte aunque nuestras, por las razones expuestas en el num. 16. sino solamente las primitivas, y fundamentales, y otras de estos Reynos que especifica la Real Cedula expedida en esta Corte el dia 15 de Julio de 1788, dirigida à la Chancillería de Granada para la decision de cierto pleyto alli pendiente en apelacion; la que à fin de que llegue à noticia de los Jueces, y Letrados, y sepan cómo han de dar dictamen, y juzgar, inserto con la representacion que la motivó, y dice así: *El Rey. Presidente, y Oidores de mi Real Audiencia, y Chancillería que reside en la Ciudad de Granada: Sabed, que en 14 de Noviembre de 1785 remitió al mi Consejo de mi Real Orden el Conde de Floridablanca para que me consultase su parecer, una representacion que dirigieron à mis Reales manos los Oidores de su Tribunal Don Josef de Pineda, Don Benito Hermida, Don Pedro Montilla, y Don Francisco Carrasco, relativa à las dudas que se les ofrecieron para la decision del pleyto que se seguia en su Tribunal por recurso de apelacion entre el Convento de Trinitarios Cal-*

zados de la Villa de la Membrilla, y Manuel Lopez Arévalo, como marido, y conjunta persona de Josefa Ruiz, y de otros parientes de Fr. Juan del Moral, Religioso profeso que fue del referido Convento, sobre sucesion de los bienes patrimoniales que quedaron por muerte de dicho Religioso; y el tenor de la citada representacion es el siguiente.

"Señor. Los Oidores de vuestra Chancillería de Granada Don »Josef de Pineda, Don Benito Hermida, Don Pedro Montilla, y »Don Francisco Carrasco hacen presente à V. M. con el mas pro»fundo respeto, y deseo del acierto que siempre se vincúla en »vuestras Reales Resoluciones, las dudas que embarazaron su »juicio en la decision del pleyto seguido por Manuel de Arévalo, »cuñado, y otros sobrinos de Fr. Juan Ruiz del Moral, Religio»so profeso en su Convento de Trinitarios Calzados de la Villa de »la Membrilla, con dicho Convento sobre la sucesion, y herencia »de los bienes paternos de dicho Religioso, y el importe de cier»to legado hecho à su favor, con motivo de su muerte acaecida »en 8 de Diciembre de 1780, cuyo pleyto fué traído en apela»cion de la Justicia de Almagro por el referido Convento à la »Sala primera de esta Chancillería, en que se ha visto por los »Jueces que representan. Los padres de Fr. Juan murieron por los »años de 1733 y 1759, y por ambas legítimas le tocaron 12@ »701 reales, de los quales baxados 4@400 que habia recibido à »cuenta de ellos anteriormente, y 248 en varios muebles, se le »adjudicaron los restantes 8@053 en bienes raices. El legado de »que se trata, consiste en 3@ reales que le dexó una hermana »por su testamento otorgado en 15 de Julio de 1768, pero no »consta su recibo, ni el efecto de esta disposicion testamentaria. »Segun es costumbre, dexó al Religioso el goce y usufruto de »dichos bienes paternos el Convento; pero al mismo tiempo re»sulta que éste los miraba como propios de la Orden, y se ver»saba como verdadero dueño, vendia parte de ellos, arrendaba »otros, los declaraba por suyos para la única contribucion, pa»gaba sus cargas Reales, los incluia por mas caudal en la justifi»cacion del que poseia para mantener su existencia contra la ex»tincion decretada en la Visita de Don Pedro Pobes, y que Fr. Juan »reconocia este mismo dominio en su Comunidad, aparece tambien »del desapropio de dichos bienes que consta en autos hizo el año »de 1778, como suelen practicar los demás regulares de los efec-

»tos que de hecho disfrutan precariamente con permiso de los »Superiores para salvar el voto de pobreza. La regla y consti»tuciones del Orden de Trinitarios Calzados disponen en el §. 2. »cap. 54. que los bienes hereditarios del Religioso sean de la »Casa, ò Convento en que haya profesado; y en los capitu»los de la Visita de Don Pedro Pobes aprobados por el Consejo »en 28 de Septiembre de 1779, se reconoce y contesta este »mismo derecho, por quanto solo propuso à la Provincia de »Trinitarios se impusiese voluntariamente una ley que limita su »facultad sucesiva de adquirir, contentandose con las adquisi»ciones hasta entonces hechas como suficientes para su manu»tencion; y así en efecto se concibió la Acta Capitular en tér»minos de una voluntaria renuncia de sus derechos de adquirir »mas, con la limitacion de poder executarlo, quando sin omi»sion culpable de los Conventos viniesen à menos sus fondos. »La costumbre universal de España, la opinion comun de los »AA. y la ley de Partida conforman en conceder à las Orde»nes Regulares el derecho de suceder à los Religiosos profe»sos; y el privilegio últimamente acordado à los que sirven de »Capellanes en el Exército y Armada, para testar libremente »del peculio, ò bienes adquiridos en aquel exercicio, es una li»mitacion que confirma la regla general en los casos que no »comprende. Los sobrinos del Padre Moral pretenden sin em»bargo, la exclusion del Convento à la sucesion de sus bienes »hereditarios, aunque hubiese profesado sin haber hecho re»nuncia alguna en el año de 1713, apoyados en dos Provisio»nes del Consejo, la una de 27 de Septiembre de 1771, por la »que se previno à la Justicia de Manzanares que con arreglo à »la ley 12. tit. 2. lib. 4. del Fuero Juzgo, y demás del Reyno »procediese sobre la herencia de los bienes de Fr. Francisco Ca»marena, Religioso de la misma Orden y Convento, oyendo à »los interesados, y adjudicandolos à sus parientes, y la otra de »27 de Julio de 1781, en la que à instancia de dichos sobrinos »se manda à la Justicia de Almagro determine su pretension con»forme à las leyes del Reyno citadas en el exemplar del Padre »Camarena. La ley del Fuero Juzgo se insertaba en la primera »Provision à la letra como se sigue: *Los Clerigos, è los Monges,* »*è las Monjas que non han heredero ata septimo grado, è non man»dan nada de sos cosas, la Iglesia à quien servian, lo debe haber*

»*todo*. La cita que en general hace el Consejo de otras leyes del »Reyno, no se individualiza en la Provision referida, pero puede »creerse relativa particularmente à la 11. tit. 6. lib. 3. del Fuero »Real en que se lee: *Todo ome, è toda muger que Orden tomáre,* »*pueda facer su manda de todas sus cosas fasta un año cumplido, è* »*si ante del año no lo ficiere, el año pasado, no lo pueda facer, mas* »*sus fijos hereden todo lo suyo: è si fijos, ò nietos, ò dende ayuso no* »*hubiere, heredenlo los parientes mas propincuos.* La ley 17. tit. 1. »Partid. 6. previene por el contrario que con exclusion de los »parientes hayan de heredar los Monasterios al Religioso que no »tuviere hijos, ò descendientes por linea recta, y la práctica co- »mun adoptó su doctrina contra la ley del Fuero Real, que por »consiguiente se halla sin el uso de que pende todo su vigor. Por »lo que toca al Fuero Juzgo la fé de sus Códices vulgares, su »autoridad, la extension de la ley citada, su verdadero sentido, »è interpretacion (quizá mas favorable que adversa à las Igle- »sias, y Monasterios) exigirian discusiones tan delicadas como »prolijas, pero ciertamente inútiles à la sabiduria, penetracion, »y talento de V. M. y así reduciendose con respetuoso silencio »à una concisa brevedad sobre asunto tan vasto, solo exponen à »V. M. los Ministros que representan, que en las leyes que ju- »raron guardar, y segun las quales se les manda librar los pley- »tos, en la 3. tit. 1. lib. 2. de la Recop. no se comprehende el »Fuero Juzgo, cuya autoridad legislativa espirando en la domi- »nacion Goda, solo ha recibido posteriormente segun fué dado en »fuerza de nuevas leyes, ò privilegios de los Soberanos por fuero »particular de algunos Pueblos; por lo qual prescindiendo de la »rectitud, y utilidad de las leyes que encierra, se creen sin la »competente facultad para adoptarlas en juicio; y dudando por »otra parte llenos de veneracion, y respeto por las decisiones »del vuestro Consejo, que segun el espíritu de las leyes que orde- »nan la forma que ha de guardarse en hacerlas, è interpretarlas, »sea de bastante autoridad una Provision ordinaria de Justicia »despachada sin aquellos requisitos para restablecer la citada ley »del Fuero Juzgo, no solo decision de los negocios futuros, sino »tambien de los anteriores, antes de pasar à revocar, ò confirmar »la sentencia de la Justicia de Almagro, por la que con arreglo »à lo prevenido por el Consejo, declaró tocar y pertenecer los »bienes que disfrutaba Fr. Juan del Moral à sus herederos *ab*

»*intestato* con exclusion del Convento de la Membrilla = supli-»can á V. M. se digne decidir si en efecto se halla el Tribu-»nal obligado á conformar sus determinaciones con la enunciada »ley 12. tit. 2. lib. 4. del Fuero Juzgo, mirandola como verda-»dera ley del Reyno para la decision no solo del presente caso, »sino tambien de los demás de esta clase que con freqüencia po-»drán presentarse, con limitacion, ó extension de sus efectos á »los tiempos, y negocios anteriores á la declaracion que se solici-»ta, y Provisiones referidas del Consejo, ó si no obstante éstas, »queda expedita á los Jueces la facultad de dirigir su dictamen »como antes, segun los principios de equidad y leyes de la Na-»cion, en la forma que se halla prevenida su observancia por la »ley recopilada, con arreglo á las circunstancias de los casos »ocurrentes, y espíritu de Justicia con que anhelan el acierto, »y feliz desempeño de sus pesadas obligaciones en beneficio del »Público, y servicio de V. M. Dios guarde la C. R. P. de V. M. »dilatados años. Granada 26 de Octubre de 1785. Don Josef »de Pineda Tabáres = Don Benito Ramon de Hermida = Don Pe-»dro de Fonseca y Montilla = Don Francisco Eugenio Car-»rasco."

Y vista por el mi Consejo esta representacion, teniendo presente la resultancia del extracto de dicho pleyto que se acompañó con ella, y lo expuesto por el mi Fiscal, acordó se comunicase órden, como se hizo en 14 de Septiembre de 1786 á vos el Presidente, para que remitieseis al mi Consejo íntegros, y originales los citados Autos, y en su virtud lo executasteis en 26 del propio mes. Y vistos en el mi Consejo, teniendo presentes los antecedentes que se citan, y causaron las providencias del mi Consejo de 17 de Octubre de 1771 y 28 de Junio de 1781, y lo que sobre todo expuso el Fiscal, en consulta de 29 de Abril de este año me expuso su parecer, y por mi Real Resolucion á ella conformandome con él, que fué publicada, y mandada cumplir en 25 de este mes, se acordó expedir esta mi Real Cedula, por la qual os mando, que así en los citados Autos seguidos en ese Tribunal por Manuel de Arévalo, y consortes con el Convento de Trinitarios Calzados de la Membrilla sobre la sucesion, y herencia de los bienes paternos de Fr. Juan Ruiz del Moral, que he mandado devolveros, y acompañan á esta mi Real Cédula, como en los demás que ocurran de la misma naturaleza, debeis conformar vuestra determinacion con el estatuto

acordado por la Provincia de Trinitarios Calzados de Andalucia, y su Visitador Don Pedro Pobes y Angúlo en el capitulo celebrado en 16 *de Mayo de* 1777, *aprobado por mí, y por la Santa Sede, estendiendola, y restringiendola quando mas, con respeto à la anterioridad, y posterioridad de los casos, y cosas, al mencionado estatuto, el qual es arreglado, y conforme à la ley* 12. *tit.* 2. *lib.* 4. *del Fuero Juzgo, y à las demás leyes del Reyno mandadas guardar en las Provisiones del mi Consejo de los años de* 1771, *y* 1781. *Y por quanto dicha ley del Fuero Juzgo no se halla derogada por otra alguna, y antes bien es conforme con lo posteriormente dispuesto en el cap.* 2. *lib.* 1. *del Fuero viejo de Castilla, declarado por el que dió el Señor Rey Don Alonso el Sábio en el año de* 1252 *à la Villa de Alarcon, y por el cap.* 2. *lib.* 5. *tit.* 2. *del mismo Fuero de Castilla, como tambien por la ley* 11. *tit.* 6. *lib.* 3. *del Fuero Real, por la ley* 7. *tit.* 9. *lib.* 5. *del Ordenamiento, por las de la nueva Recopilacion que acerca de la sucesion forzosa* ex testamento, & ab intestato *de los ascendientes, y colaterales no hacen distincion de los bienes de los Legos à la de los Eclesiasticos Seculares, y Regulares, y por otras leyes de varios Señores Reyes, de que el mi Consejo hizo expresion al Señor Don Carlos segundo, de que se compone el Auto acordado* 4. *lib.* 4. *tit.* 1. *y son las que comprendió el mi Consejo en sus Provisiones de* 1771 *y* 1781 *baxo la expresion genérica*, y demás leyes del Reyno; *debereis igualmente arreglaros à ellas en la determinacion de éste, y semejantes negocios, sin tanta adhesion como manifestais à la de Partida fundada unicamente en las Auténticas del Derecho civil de los Romanos, y en el comun Canónico, y que por lo mismo solo deben regir à falta de las de estos Reynos, que así es mi voluntad. Dada en Madrid à* 15 *de Julio de* 1788. = *YO EL REY* = *Por mandado del Rey nuestro Señor, Manuel de Aizpun y Redin.* Esta Real Cédula expedida à impulsos del zelo de unos Ministros sensatos, y rectos, (que deseosos del acierto, y no dexandose conducir, preocupar, ni alucinar de sofisterias, y opiniones repugnantes à la razon natural, consultaron como debieron à la fuente, y se cubrieron con la Real deliberacion como ley viva para no hacer injusticia) y cumplimentada por la Chancillería en 28 del mismo Julio, hace revivir como leyes patrias no derogadas las de los Fueros Juzgo, y Real y demás que refiere, y estaban sin uso, ni observancia; dirime toda duda, y disipa las densas nieblas

con que por las invenciones, y ficciones dictadas, y sugeridas por la codicia, tuvieron empañados generalmente (no sin admiracion) los ojos del entendimiento de los AA. regnicolas, y estrangeros en los siglos de la obscuridad; y así ya no tienen disculpa nuestros Jueces, y Letrados para no dar consejo, ni decidir de aqui adelante con arreglo à ellas. Y aunque no faltará quien diga que esta Cédula es peculiar y privativa para la Chancillería à quien se dirigió, y que se ha de juzgar por las leyes, y no por exemplares; debe desestimarse absolutamente este irregular, y cabiloso modo de opinar; porque à mas de ser leyes verdaderas, y generales las que cita, y manda observar, las quales por el no uso no han perdido su vigor, es visto por identidad de razon mandarlo à todos los Jueces de sus dominios en casos de iguales circunstancias, y la Cédula inserta es ley, y no exemplar; por lo que no pueden eximirse de su cumplimiento sin hacer clara injusticia, è incurrir en pena, aun quando no hubiera mas ley que la misma Cédula.

21 En conseqüencia de quanto queda sentado, ya nadie debe dudar que los Conventos capaces de adquirir no son herederos de los parientes de sus Religiosos profesos que mueren sin testar despues de su profesion, no obstante que éstos al tiempo de hacerla hayan renunciado à favor de aquellos las futuras sucesiones; ni tampoco de los padres, y demás ascendientes que sobreviven à dicha profesion, y fallecen tambien sin disponer ya hayan hecho renuncia à su favor, ò profesado, sin renunciar (que es lo mismo que morir intestados) porque despues de profesos como están muertos para el mundo, carecen de capacidad y aptitud para adquirir, y por consiguiente de potestad para disponer, y transmitir à sus Conventos lo que no tienen, ni jamás fué suyo; lo que no sucede con las renuncias de los que viven en el siglo, los quales son capaces de adquirir, y de transmitir, y no se deben confundir unos con otros; por lo que de nada servirá à los renunciatarios alegar que puede cederse la esperanza, y que por haberla renunciado à su favor los Novicios, y vivir éstos al tiempo del fallecimiento de sus padres, y parientes, recaen por su representacion en ello, los bienes que à estár en el siglo heredarian, pues se frustrará, y desvanecerá su esperanza, ya sea con causa de presente, ò de futuro como dexo expuesto, y los bienes deberán pasar à los que sus as-

cendientes, y parientes instituyan, ò deben heredarles *ab intestato*, si de este modo fallecieren. Tampoco les sufragará exponer lo que en los num. 17. al 19. queda referido, y con que hasta ahora estubieron infatuados los Jueces y Letrados, respecto que à mas de ser todo una invencion hija de la avaricia desaprueban y disponen lo contrario nuestras leyes primitivas, como dexo demostrado, porque repugna à lo real, y verdadero. Lo propio milita con los estatutos de sus Monasterios, porque aunque les conceden la sucesion en los bienes de sus individuos, como son leyes puramente privadas, y económicas dictadas por ellos para su gobierno, y utilidad, y carecen de autoridad para derogar las publicas establecidas por los legitimos Soberanos, à quienes como vasallos están sujetos en lo temporal, nada conducen al intento, y así deberán regir, y entenderse solamente para con aquellos bienes que estando profesos les donan, ò dexan, porque es visto ser donados, ò dexados à sus Conventos; mas no para con los que antes de profesar no tuvieron, ni adquirieron. Por lo tocante à los que el Novicio posee como propios al tiempo de profesar, se ha de distinguir. Si tiene ascendientes, ò descendientes legítimos, se debe arreglar indispensablemente en estos Reynos de Castilla à las leyes 6. y 28. de Toro, al modo que si hiciera testamento; y de no practicarlo, será ineficáz totalmente la renuncia, como sucedió à la que formalizó Fray Joaquin Carnicero, Religioso Lego en el Monasterio de San Basilio de esta Corte, à quien traté, cuya nulidad pretendió su madre Doña Isabel Gomez, porque para despues de sus dias dexaba à su Monasterio los bienes que habia heredado de su padre; y con su audiencia, y la del Señor Fiscal del Consejo se substanció el pleyto en su Sala primera por la Escribanía de Gobierno à consequencia de Real Orden que precedió; y en 5 de Octubre de 1772 se dió sentencia, *declarando nula la renuncia, y haber recaído* pleno jure *en la Doña Isabél desde la profesion de su hijo los bienes litigiosos; y para la providencia que se debia tomar por punto general en esta materia, se mandaron pasar los Autos à los Señores Fiscales*; la que no se ha tomado aun sin duda por los muchos, graves, y urgentes negocios à que tiene que atender el Consejo. En 30 de Agosto de 1787, en el pleyto que por la Escribanía numeraria de Don Diego Benigno Gonzalez siguió el Señor Don Juan Francisco de los Heros, como segundo marido de la Señora Doña Te-

resa de Salazar, contra el Señor Don Salvador Josef de Muro su hijo, habido en su primer matrimonio con el Señor Marqués de Someruelos, sobre nulidad de la renuncia que á favor de dicho Don Salvador otorgó su hermana entera Doña María de la Encarnacion y Muro, Religiosa en el Convento de Señoras Descalzas Reales de esta Corte, declaró el Señor Don Juan Antonio de Santa María, Teniente Corregidor de ella, *nula la renuncia, y que la parte de legítima paterna litigiosa de la citada Doña María pertenecia à su madre; y apercibió al Escribano ante quien pasó, que en semejantes instrumentos se arreglase à las disposiciones de derecho que era de su cargo saber, instruyendo de ellas à los otorgantes para que no se excediesen de sus facultades.* Esta sentencia se confirmó por el Consejo en 17 de Octubre siguiente, teniendo sin duda en consideracion, que para disponer libremente en vida ò muerte los ascendientes y descendientes Novicios de estos Reynos de Castilla à favor de sus Conventos, ò de otras personas parientas ò estrañas de todos los bienes que poseen, y se les han deferido al tiempo de su profesion, necesitan licencia jurada de todos los que son sus herederos forzosos, como diré en el num. 32. la que pueden concederles estos en la misma renuncia, concurriendo à ella, ò en instrumento separado; y no concediendosela, solo pueden testar y renunciar respectivamente del tercio, ò quinto de ellos, segun las citadas leyes: no renunciando así, se anulará en el todo la renuncia por la infraccion de ellas. Tampoco pueden reservarse su total usufruto sin su licencia, porque toca como la propiedad à sus legítimos herederos. El dominio de ésta es el que presta título para la adquisicion de frutos, y si por estár muertos civilmente despues de profesos, tienen imposibilidad legal de adquirirlos, si expresamente no se lo permiten los herederos, la tienen por consiguiente de transmitirlos, y así son por todo derecho de sus ascendientes y descendientes, los quales pueden testar y disponer de ellos del mismo modo que si tales herederos forzosos estuvieran muertos naturalmente, ò nunca los hubiera tenido. No disponiendo, pasarán à los exîstentes en el siglo que *ab intestato* deban heredarles, y no à sus Conventos, no obstante que los Religiosos vivan. De los que no poseen, ni se les han deferido, de ninguna manera pueden disponer en propiedad, ni reservarse su usufruto total ni parcialmente, sin embargo de que tengan esperanza de que à exîstir en el siglo recaerian en ellos,

porque milita la propia razon de imposibilidad de adquirirlos despues de profesos, si no se los dexan sus dueños para sus urgencias; y así aunque el hijo Novicio tenga à su padre loco, ò fatuo, no puede disponer de los bienes de éste à favor de su madre, ni de otro para en el caso que muera en su demencia despues de profeso, por no ser suyos, pues por estár demente no le privan las leyes de su dominio, sino solamente de su administracion, ni lo conceden à su hijo, por lo que pasarán à los que *ab intestato* deban heredarle falleciendo en ella, y no à su viuda, ni à su madre, porque ésta ningun derecho tiene à ellos, ni el hijo puede transmitirselo à causa de no haberlo adquirido viviendo su padre. Pero si el renunciante Novicio carece de herederos forzosos, puede reservarse en la renuncia el todo, ò parte de los frutos de los bienes que entonces posee, para subvenir à sus Religiosas necesidades, pues no le está prohibido, ni el poseerlos precariamente con permiso de su Prelado, con el que dicen los Religiosos se salva el voto solemne de pobreza, y para despues de su vida mandar que dichos bienes pasen para siempre en propiedad y usufruto à la persona, ò personas que nombre, ò tambien à su Convento mientras no haya ley prohibitiva; ò distribuirlos en legados, ò donaciones, y fundaciones pías, ò profanas, como si fuera por testamento sin diferencia, pues su renuncia surte efecto de última voluntad. Finalmente, todas las dudas y dificultades que algunos Letrados menos instruidos pudieran poner en apoyo de la sucesion *ab intestato* de los Religiosos y sus Monasterios, se desvanecen del todo con lo dispuesto en la Pragmática de 6 de Julio de 1792, que à la letra dice así: *Don Cárlos &c.* SABED: *Que en* 12 *de Agosto de* 1787 *se remitió al Consejo de órden de mi Augusto Padre y Señor (que de Dios goce) para que le consultase lo que se le ofreciere, y pareciere, un memorial de Don Francisco Xavier Gomez Tostón, vecino del Lugar de la Puebla nueva, solicitando se mandase llevar à efecto la última disposicion de Josef Dominguez del Valle, su primo, en quanto à la fundacion de un Vínculo à su favor, sin embargo de las Sentencias de vista y revista pronunciadas por mi Real Chancillería de Valladolid, por las que declaró tocar y corresponder los bienes y herencia* ab intestato *del Josef Dominguez à Doña Maria de la Paz Dominguez del Valle, Religiosa en el Monasterio de San Benito, Orden del Cistér de la Villa de Talavera. Cumpliendo el mi Consejo con lo que se le previno, prece-*

dido el informe de aquel Tribunal, con copia del memorial ajustado del pleyto que se referia, y lo que en razon de todo expuso el mi Fiscal, manifestó su parecer en consulta de 11 de Agosto de 1788: Y por Real resolucion à ella, se dignó mandar mi glorioso Padre, entre otras cosas, que mediante à que la resolucion de este expediente podia causar regla para declarar si los Regulares profesos conviene que sucedan ò no à sus parientes ab intestato, *no siendo ellos capaces por sus personas, y faltando à los Conventos la calidad de parientes, queria que el Consejo pleno con audiencia de los Fiscales y del Procurador General del Reyno, viese y exâminase este negocio y sus conseqüencias, y consultase lo que se le ofreciere y pareciere, proponiendo la ley decretoria ò declaratoria que conviniese establecer. A este fin acordó el mi Consejo se reuniesen todos los expedientes que existian en él, reclamando los parientes las herencias de los Religiosos que las habian renunciado à sus Monasterios ò Conventos, como así se hizo, y con esta instruccion pasó al Procurador General del Reyno, y à mis tres Fiscales, que respectivamente expusieron quanto creyeron conveniente, y lo mismo executó el mi Consejo en consulta de 15 de Julio del año próximo pasado, manifestando el origen de los Regulares ceñido à la substancia y al intento, lo dispuesto en las leyes de Partida, Fuero Juzgo y Autos acordados, lo determinado en los Concilios acerca de las herencias de los Religiosos, y la sucesion à sus Monasterios; y con atencion à todo me propuso el dictámen que estimó correspondiente. Enterado Yo de los fundamentos de esta consulta por mi Real resolucion à ella, he tenido por bien expedir esta mi Carta y Pragmática-Sancion en fuerza de Ley, que quiero tenga el mismo vigor que si fuese promulgada en Cortes: Por la qual prohibo que los Religiosos profesos de ambos sexôs sucedan à sus parientes* ab intestato, *por ser tan opuesto à su absoluta incapacidad personal, como repugnante à su solemne profesion en que renuncian al mundo, y todos los derechos temporales, dedicandose solo à Dios desde el instante que hacen los tres solemnes è indispensables votos sagrados de sus Institutos; quedando por conseqüencia sin accion los Conventos à los bienes de los parientes de sus individuos, con título de representacion ni otro concepto; è igualmente prohibo à los Tribunales y Justicias de estos mis Reynos, que sobre este asunto admitan, ni permitan admitir demandas, ni contextacion alguna, pues por el hecho de verificarse la profesion del Religioso ò Religiosa, les declaro inhábiles*

à pedir ni deducir accion alguna sobre los bienes de sus parientes que mueran ab intestato, *y lo mismo à sus Monasterios ò Conventos el reclamar en su nombre estas herencias, que deben recaer en los demás parientes capaces de adquirirlas, y à quienes por derecho corresponda. Y para que lo contenido en esta mi Pragmática-Sancion tenga su pleno y debido cumplimiento, mando à los del mi Consejo, Presidente, y Oidores de mis Audiencias y Chancillerías, y à los demas Jueces y Justicias de estos mis Reynos, vean lo dispuesto en ella, y lo guarden y cumplan, y hagan guardar y cumplir sin contravenirlo ni permitir se contravenga en manera alguna, sin embargo de qualesquiera Leyes, Ordenanzas, estilo ò costumbre en contrario; pues en quanto à esto lo derogo y doy por ninguno, y quiero se esté y pase inviolablemente por lo que aquí va dispuesto, precediendo publicarse en Madrid, y en las demas Ciudades, Villas y Lugares de estos mis Reynos en la forma acostumbrada.* Todo lo qual tendrá presente el Escribano para instruir à los renunciantes, y no cometer absurdos, ni exponerse à sonrojos judiciales.

22 Ninguno instruido en el derecho duda que un particular puede excluir al Monge de suceder en el Mayorazgo que erige, como regularmente se hace, è imponer condiciones à favor de los Seculares con exclusion de los que han profesado la vida Monástica, por lo que con superior razon lo puede hacer el Príncipe, en quien sin comparacion reside mayor potestad que en el particular; y así exîgiendolo las circunstancias del bien publico, una vez que se dexe al Monasterio lo suficiente para la cóngrua sustentacion de sus individuos en conformidad de los preceptos del Evangelio, y del derecho natural que à cada ciudadano compete para que la sociedad en que vive, no le impida, antes bien le proporcione y facilite los medios honestos de adquirir lo necesario para la subsistencia, está en arbitrio de la potestad real el moderar la adquisicion de los bienes temporales, porque ésta, y su posesion dimanan de la munificencia y liberalidad de los Príncipes seculares, como tambien los privilegios y esenciones concedidas justamente al órden Eclesiástico, à fin de hacerlo mas respetable, como debe serlo, y de que con mayor decencia pueda exercer las funciones de su alto, y sagrado Ministerio (1). Los

(1) Ley 50. tit. 6. Partid. 1. Div. Aug tract. 6. in Joan. cap. 6. relat. à Grac. in cap. 1. dist. 8. Div. Thom. in Epist. cap. 13.

que atribuyen esta facultad à la potestad Eclesiástica, invierten, y transtornan el maravilloso órden, que es el distintivo de ambas potestades, como expusieron el Angelico Maestro, y otros muchos; pues la Eclesiastica como espiritual debe establecer leyes sobre cosas espirituales solamente; y la secular sobre las profanas y temporales (1); por cuya razon el Rey no puede dispensar para la obtencion de Beneficios y Dignidades Eclesiásticas, ni el Papa fuera de sus dominios legitimar para lo temporal à los que no son sus vasallos (2), y aunque algunas disposiciones canónicas tratan de las temporales, no se deben mirar, ni tener como verdaderamente Eclesiásticas para el efecto de observarlas fuera del Estado Pontificio, sino como puramente temporales hechas por un Soberano, qual lo es el sucesor de San Pedro, para las tierras de su dominacion temporal, al modo que lo practica cada Príncipe en las suyas.

23 Supuestos estos antecedentes, paso à explicar ahora la edad que se requiere para entrar en Religion, ò clausura, quánto tiempo han de tener los Religiosos de probacion, ò noviciado, qué requisitos deben preceder para darles la profesion, y renunciar, y qué solemnidades exîgen hoy para su estabilidad las renuncias que hacen; y digo que el Emperador Justiniano en la Novela 76 ordenó que los que hubiesen de profesar en Religion, ya fuesen varones, ò hembras, tuviesen facultad antes de su ingreso en ella de disponer de sus bienes del modo que quisiesen; cuya facultad les concedieron tambien con las calidades expresadas nuestras leyes antiguas, el Derecho Canónico, y las reglas, ò estatutos Religiosos. (3). Lo qual se observó hasta que se celebró el Santo Concilio Ecumenico, ò universal en la Ciudad de Trento.

24 Se hicieron presentes en este Santo Concilio los gravísimos daños que de estas disposiciones se originaban, y con el ob-

(1) Div. Thom. in 2. Sententiar. dist. 44. quæst. 2. artic 3. vers. Ad quartam, dicendum quod potestas: : Dupin de Antiqua Eccles. disciplin. dissert. 7. per tot. Anton. Pereir. de Suprem. Reg. in Clericos potest. per tot. Vease el dictamen del Colegio de Abogados de esta Corte sobre las Theses de Valladolid, inserto en la Real Provision de 6 de Septiembre de 1770. (2) Ley 4. tit. 15. Partid. 4. Señor Covarr. de Matrim. cap. y §. 8. (3) Leyes 7. tit. 7. Partid. 1. 88. tit. 18. Partid. 3. y las de los Fueros insertas en los números anteriores Can. 9. caus. 19. quæst. 3. Regul. S. Francisci, & aliæ.

jeto de extirparlos, mandó que para entrar en Religion el varon, tuviese 14 años cumplidos, y la hembra 12, y ambos uno de probacion, ò noviciado antes de profesar; y que hasta que cumpliesen los 16 de su edad, no se les diese la profesion, y si se les daba, fuese nula, à menos que estuviesen en peligro de muerte (1). Mandó tambien à los Conventos de Monjas que nada recibieren por las dotes de éstas hasta que hubiesen profesado, à fin de que tal vez por miedo de no recobrarlas, si dexaban el hábito, no profesasen contra su voluntad; pero no les prohibió tomar en este caso lo que importasen el vestido y la comida en el tiempo que estuviesen en ellas (2). Asimismo mandó à las Preladas que un mes antes de espirar el año de probacion de las Novicias, avisasen al Ordinario Eclesiástico para que explorase la voluntad de éstas, baxo la pena de suspension arbitraria de su oficio si lo omitian (3).

25 La exploracion, que regularmente se hace en la puerta reglar del Convento, ò en donde estima conveniente la Novicia para tener mas libertad, se reduce à seis preguntas. La primera, ¿cómo se llamaba en el siglo, y se llama en la Religion, de dónde es natural, de quién es hija, y qué edad y estado tiene? La segunda, ¿si en el sitio, y lugar en que se halla haciendo esta declaracion, tiene bastante libertad, si quiere mas, y si es, ò ha sido inducida, violentada, ò intimidada por alguna persona para ser Religiosa, y profesar? La tercera, ¿quánto tiempo há se halla en el Convento y su noviciado con el hábito de Novicia, si en él ha experimentado la vida religiosa, si el sustento que en él se subministra, es bastante para pasar la vida humana, y si se halla con fuerzas para profesar, y perseverar? La quarta, ¿si padece enfermedad perpetua, ò contagiosa, y si tiene algun impedimento para profesar? La quinta, ¿si sabe que para haber de profesar ha de hacer votos de pobreza, obediencia, castidad, y de guardar perpetua cláusura? Y la sexta, ¿si de su libre, y espontanea voluntad quiere profesar en aquel Convento, y pide licencia para ello, y para disponer, y renunciar sus legitimas paterna, y materna, y demás bienes, derechos, y acciones que la

(1) Concil. Tridentin. sess. 25. cap. 15. y 17. de Regul y leyes 3. y 4. tit. 7. Partid. 1. (2) Concil. ibi, cap. 16. (3) Concil. ibi, cap. 17. cit.

pertenecen, y pueden tocar, y pertenecer en lo sucesivo de qualquier manera, y por qualquier título conforme à derecho? A estas preguntas precedido juramento de decir la verdad, vá satisfaciendo, y concluidas, la concede el Ordinario la licencia que pide; de cuyo acto pone testimonio à la letra el Notario ante quien pasa, en el libro de profesiones del Convento, y de lo concerniente à la licencia se saca copia testimoniada con la relacion competente para insertarla en la escritura de renuncia; lo que es al contrario con los Religiosos, pues se les entregan originales la licencia, y el pedimento, ò memorial que la motiva, y todo se une à la escritura. Pero es de advertir, que sin embargo de esta exploracion, y licencia si el Religioso, ò Religosa entraron, y profesaron violentados, pueden reclamar con justa causa la profesion dentro de cinco años contados desde el dia de ésta, y deben hacer la reclamacion ante el Ordinario, y subsistir en el Convento mientras se decide (1).

26 Por lo respectivo à las renuncias ordenó el mismo Santo Concilio que los Novicios, y Novicias (ya fuesen mayores, ò menores de 25 años, pues no distinguió) las hiciesen precisamente dentro de los dos meses inmediatos à su profesion, precedida la licencia del Ordinario Diocesano, ò de su Vicario, y que hasta que hubiese profesado, ningun efecto surtiesen, aunque se corroborasen con juramento, y contuviesen renunciacion expresa de este auxîlio; cuya nueva forma mandó observar inviolablemente baxo la pena de nulidad (2). Pero no anuló las hechas con la referida licencia dentro de los dos meses del año contado desde el dia de su ingreso en el Convento, no obstante que despues de cumplido se difiriese mucho, ò poco tiempo la profesion; ni las donaciones, testamentos, ni otras últimas voluntades formalizadas antes de entrar en Religion sin la citada licencia, sino solamente las renuncias hechas despues de haber tomado el habito; y así para la validacion de éstas, y no para las demás es indispensable observar la forma que prescribió (3). Tampoco alteró lo dispuesto por las leyes respectivas de cada Reyno, ò Pro-

(1) Concil. Trid. ses. 25. dicha, cap. 19. de Regular. (2) Conc. cap. 16. cit. (3) Gallemar in Declar. ad Conc. ses. 25. cap. 16. de Regul. Card. de Luc. de Renunt. disc. 1. num. 15. Gallerat. de Renunt. lib. 3. cap. 7. num. 7. al 9. & communiter DD.

vincia en quanto al modo de suceder, y heredarse los ascendientes, y descendientes legítimos, y los parientes de los Religiosos, ni en estos se mezeló, por ser peculiar, y privativo de la potestad secular, y estár sujeto como profano à las leyes civiles, y reales; por lo que en estos Reynos de Castilla, y Leon se debe observar lo que en los num. 20 y 21 dexo sentado.

27 Siendo real, abdicativa, y extinctiva la renuncia, han de renunciar los que la hacen, ya sean, ò no seculares, no solo los bienes que tienen, les pertenecen, y se les han deferido entonces, (y si son ascendientes, y descendientes, sus legítimas) sino tambien los que por qualquier título, causa, ò razon puedan recaer en ellos en lo sucesivo *ex testamento* y *ab intestato* de parientes, y estraños por causa de presente, y de futuro, à lo que llaman *futuras sucesiones*; pues para que éstas se entiendan comprendidas en la renuncia, es preciso que se especifiquen, y de omitirse, no se estimarán incluidas en ella, ni en la general de legítimas, y de otros bienes, y derechos, porque como es de riguroso derecho, debe interpretarse estrechamente, y limitarse à lo que literal y expresamente contiene.

28 Igualmente han de conceder facultad al renunciatario para que luego que se verifique su profesion, (si son Religiosos, y no siendolo, desde aquel instante, ò desde el dia que señalen) disponga de los bienes renunciados como dueño propietario, y absoluto por contrato, ò última voluntad, del mismo modo que si los renunciantes murieran naturalmente, expresando que si el renunciatario falleciere antes que éstos sin testar, pasen los bienes à los que *ab intestato* deban heredarle, con cuya expresion se evita la duda, y disputa de si la renuncia fué translativa personal, ò real extinctiva; de si hubo, ò no caducidad; de si por ésta se ha de resolver aquella, y de consiguiente si deben, ò no hacer reversion los bienes à los renunciantes. Y si quisieren que sea translativa personal, explicarán su voluntad con tal claridad que no dé lugar à siniestras interpretaciones, pues con lo explicado bastante luz tiene el Escribano para instruirlos, y proceder con discernimiento de casos.

29 Por ser este contrato como de enagenacion uno de los que la ley (1) permite ligar con juramento, no solo pueden inter-

(1) Ley 12. tit. 1. lib. 4. Recop.

ponerlo en él los menores de 25 años, sino tambien los mayores de ellos, y obligarse baxo de él unos, y otros à haber por firme la renuncia, y no revocarla, ni reclamarla total ni parcialmente, ni oponerse à su tenor con pretexto de menor edad, (si fueren menores) lesion en sus legítimas, (siendo ascendientes, ò descendientes, pues no siendolo no viene al caso hablar de ellas) ni miedo reverencial, (si hay motivo para tenerlo) ni dolo, ni violencia para renunciar en aquellos términos, ni con otro motivo, sea el que fuere, sin la mas leve excepcion, ni reservacion; y asi conviene que se interponga à fin de que sea estable, y no pueda el renunciante revocar por otra la renuncia, como ya se ha visto, ni alegue que es pacto de no suceder, que por derecho está reprobado; porque con el juramento se le dá vigor y firmeza. Pero el hijo que estando baxo la patria potestad entra en Religion, no necesita ser emancipado por su padre para otorgar su renuncia, como algunos poco instruidos creen, porque para éste efecto se le contempla fuera de ella, y le habilita el derecho para disponer de su persona, y así basta la licencia del Ordinario Diocesano que es su Juez.

30 Puede prevenir en la renuncia el Novicio lo que se ha de practicar con los bienes renunciados que entonces posee, en los casos de que pase de aquella Religion à otra igual, ò menos estrecha, ò le dén Obispado, ù otra Dignidad, ò en el de que se secularice con dispensacion; bien que en éste puede disponer libremente con arreglo à las Leyes de estos Reynos, segun he sentado en el cap. 1. ya haya renunciado à favor de su Convento, ò profesado sin renunciar; pero por si éste resiste devolverle sus bienes, alegando para su retencion razones que sugiere la codicia, conviene que en la renuncia à su favor se exprese *que la hace para que sea dueño de ellos si falleciere en aquella Religion, y no de otra suerte, pues si saliere de ella despues de profeso por enfermedad, ò otro motivo, sea el que fuere sin excepcion, se los ha de volver y restituir incontinenti íntegramente, à cuyo fin le constituye poseedor precario, y le prohibe hipotecarlos, gravarlos y enagenarlos mientras viva.* Prevendrá tambien renunciando à favor de su Convento, lo que se ha de practicar en caso que éste se suprima, ò se extinga la Religion, ò quando el renunciatario no quiere admitir la renuncia; ò siendo ésta translativa y personal, si los bienes renunciados han de volver al renunciante, ò à quién, mu-

riendo el renunciatario testado ò intestato antes que él, ya estén, ò no en poder de éste, y resolverse por consiguiente la renuncia, ò pasar à los herederos que el renunciatario haya instituido, ò deban heredarle *ab intestato*. Y se advierte que el renunciante puede conceder facultad al renunciatario estraño para disponer libremente à favor de quien quisiere en vida y muerte de los bienes que posee, y le cede, aunque éste tenga legítimos ascendientes, ò descendientes, sin estár sujeto en quanto à ellos à las leyes que le obligan à dexarles los que le pertenecen quando fallece; è imponer como donante al que no sea su heredero forzoso, los gravamenes, y condiciones posibles y honestas que le parezca, pues no siendo opuestas à derecho, debe cumplirlas.

31 Es nulo aunque se autorice con juramento el contrato, por el qual una persona pretende adquirir la futura sucesion de los bienes de otra, que llaman *Pacto de succedendo*; y la razon es, porque cede en detrimento de tercero, induce à insidiar la muerte de la una, se opone à las buenas costumbres, é impide la libertad de testar, excepto entre Soldados quando ván à entrar en batalla. Paso à tratar si el que contiene el pacto contrario, que es *de non succedendo*, por el qual el hijo, ù otro descendiente agnado, ò cognado, que tiene derecho à heredar à su ascendiente, ò consanguineo *ab intestato*, se abstiene, ò renuncia la sucesion de sus bienes, valdrá, ò no; y digo que aunque padre è hijo son dos personas realmente distintas segun la naturaleza, se estiman como correlativos por una en la legal censura para los actos civiles; y así estando el hijo baxo de la patria potestad, se le permite celebrar con su padre contratos de peculio castrense, y quasi castrense solamente (1). Digo tambien que el pacto, ò renuncia que hace de sus legítimas, y futuras sucesiones, ya se halle ò no en el dominio paterno, está reprobado por derecho, y como tal es nulo (2). Lo qual se entiende, no obstante que lo haga por causa onerosa, quiero decir, por haber recibido algo de su ascendiente, ò consanguineo à quien debia heredar, en premio y compensacion, ò remuneracion de la renuncia (3).

(1) Leyes 2. tit. 5. y 6. tit. 11. Partid. 5. y 8. tit. 11. lib. 3. del Fuero Real. (2) Leyes Qui supersticis 49. ff. de Acquirend. hæred.: final, ff. de Suis, & legitim. hæred.: Quod bonis 15. §. 1. ff. ad leg. Falcid. y Si quando 35. §. Illud, Cod. de Inofficios. testam. (3) Dicha ley final, y ley Pactum dotali 3. Cod. de Collationib. Gom. en la 22. de Toro, num. 1.

32 Pero si la renuncia se liga y corrobora con juramento, será firme è irrevocable, porque éste hace válido el contrato que sin él puede revocarse, si no se convierte en detrimento de tercero, ni es contra buenas costumbres (1), como en el presente sucede; por lo que el hijo que renuncia con juramento la herencia de su ascendiente, se constituye estraño de la sucesion, pierde el derecho de disponer libremente de sus bienes como dueño de su persona, y no se le debe la legítima, ni puede romper, ni decir de inoficiosidad, ni nulidad del testamento de su padre, ò ascendiente que le pretirió, porque la accion de alegarlas se regula por el derecho de suceder *ab intestato*, del que carece por la renuncia jurada (2). Lo propio milita con la licencia jurada que los legítimos ascendientes conceden à sus descendientes para testar libremente, que viene à ser renuncia que hacen de la legítima que por su previo fallecimiento les puede corresponder, ò *pacto de non succedendo*, porque versa no solo identidad, sino mayoría de razon (3); sin que los hermanos del descendiente puedan reclamar esta licencia, ò renuncia, porque carecen de accion *ex testamento* à los bienes de su hermano. Y aunque los hijos por lo que tienen de sus padres segun la naturaleza, y por la probable esperanza de heredarlos, como que es regular le sobrevivan, se reputan en derecho quasi dueños de su hacienda (4), se entiende de la que dexan propia quando fallecen, mas no de la que no adquirieron pudiendo, pues no pueden ser compelidos à su adquisicion. A mas de que el derecho no deferido se puede renunciar por pacto (5), el ascendiente puede renunciar todo lo que está establecido en su privativo beneficio (6), y dexar de adquirir y consumir lo que adquirió, y el que sobreviva à su descendiente,

(1) Cap. Quamvis pactum, de Pact. lib. 6. cap. Cum contingat. 28. de Jurejurand. y cap. Licet mulieres, eod. tit. lib. 6. Gom. ibi, num. 6. y 7. Sr. Covarr. y Gutierr. en dicho cap. Quamvis. (2) Gom. en dicha ley 22. num. 9. ley Necessariis, ff. de Acquirend. hæredit. ley Si filius qui patri, ff. de Vulgar. & pupillar. substitut. y ley 2. ff. Quod cum eo. Ley Cum quæritur, y Parenticas, Cod. de Inofficios. testam. (3) Ley Paulus respondit 45. §. Patroni filius, ff. de Bonis libertor. Sr. Molin. de Primog. lib. 2. cap. 3. num. fin. Gutierr. de Juram. confirm. part. 1. cap. 19. num. 2. & in cap. Quamvis pactum, num. 12. 39. 44. y 50. P. Molin. disp. 579. (4) Ley In suis 11. ff. de Liber. & posthum. (5) Ley 1. Cod. de Pact. & ibi DD. (6) Ley Si quis in conscrib. 29. Cod. de Pact.

es eventual. Por estas razones, y porque sin embargo de que sucede à su hijo por derecho positivo y hereditario, no se le debe por tantos titulos su legítima, como à éste la suya (1), surten efecto, y se admiten llanamente en los Tribunales estas licencias, ò renuncias juradas de ascendientes à sus descendientes legítimos. Pero se advierte que perjudican única y singularmente al que las dá, y no à los demas ascendientes, porque cada uno de estos iguales en grado mas cercano tiene derecho à todos los bienes de su legítimo descendiente, los que percibirá íntegramente siendo solo, y lo que toca singularmente à muchos, debe ser aprobado por todos juntos, ò separados (2); lo qual no es necesario quando les compete universalmente, v. gr. à una Comunidad, pues basta que lo apruebe la mayor parte de los que la componen; y así para que todos los que tienen derecho próximo à heredar al descendiente, sean excluidos por la licencia, ò renuncia jurada de suceder en sus bienes, se la han de conceder simultanea ò separadamente, y de no intervenir en su concesion, lo será solamente el que la otorgue. Acerca de estos pactos, el de *de futura successione conservanda*, que es válido; y de otros particulares, véase à *Gomez* en la ley 22. de Toro, y à los que cita, pues por no ser propio del Escribano esta instruccion omito explicarlos.

(1) Ley Nam & si parentibus, ff. de Inofficios. testam. Sr. Covarr. in cap. Quamvis pactum, part. 3. §. 4. num. fin. (5) Ley per fundum, ff. de Servit. Rusticor. prædior y ley fin. ff. Communia prædior. cap. Cum omnes, & ibi glos. & Felin. num. 15. de Constit. Capic. decis. 252. num. 3. Gallerat. decis. 31. num. 18.

§. FINAL.

Escrituras correspondientes à este capítulo.

Tratado de Monjas.

TRATADO PRIMERO.

33 Estando en el Locutorio baxo del Convento de Santa Catalina, Orden de tal Santo, intramúros de esta Villa de tal à tantos de tal mes, y año, ante mí el Escribano, y testigos comparecieron de la parte de adentro de la reja las Madres Sor Francisca de tal, Abadesa, Sor Ana Vicaria, Sor Antonia, Juana, y Eustaquia, discretas, y Sor F. F. y F, &c. todas Religiosas profesas de Coro, y velo negro, que confesaron ser la mayor parte de las que hay, y tienen voto de Comunidad en este Convento, por sí, y en nombre de las que por graves indisposiciones no pueden concurrir à este acto, y en lo sucesivo lo fueren, por quienes prestan voz, y caucion de que habrán por firme todo lo que aquí se contendrá, baxo de expresa obligacion que à ello hacen de los bienes, y rentas presentes, y futuros de este Convento; y estando juntas, y congregadas, segun lo tienen de costumbre quando han de conferir las cosas concernientes al servicio de Dios, y utilidad de este Convento, propuso la referida Abadesa à las demás que Don N. de tal vecino de tal parte tiene una hija llamada Narcisa, de tanta edad, la qual quiere ser Religiosa de Coro, y velo negro en este Convento: que ofrece tanta cantidad por su dote, ajuar, propinas, y alimentos del año de Noviciado, en esta forma: *aquì se expresará en quál, y à qué plazos la ha de pagar*) y que con esto ningun derecho ha de reservar para sí dicha su hija, ni tenerlo el citado Convento à sus legítimas, y futuras sucesiones, antes bien lo ha de renunciar todo en el mencionado su padre; y así las manda que vean si conviene, ò no recibirla, y dén su voto libremente, y enteradas, respondieron que mediante estár informadas de la virtud, y recogimiento de la enunciada Narcisa, y ser competente la dote que su padre ofrece, las parece útil, y conveniente admitir-

la; pero que sin embargo lo reflexîonarán mejor, y resolverán lo que sea mas útil, por cuya razon suspenden por ahora dar su voto decisivo: así lo dixeron, y firman, à quienes doy fé conozco, siendo testigos F. F. y F. vecinos de esta Villa.

Nota. Con arreglo à este tratado se han de estender los otros dos, haciendo relacion del primero en el segundo, y de ambos en el tercero, en el qual resolverán que se la dé el hábito, y admita por Religiosa, obligandose su padre à cumplir la promesa que hace à los plazos propuestos, y despues impetrarán la patente, ò licencia de su Superior, y todo se insertará original en la escrituta de recepcion: y aunque en muchas partes de nada de esto se hace Escritura, sino solo de la renuncia, y entrega de la dote, lo estenderé para que sirva de modélo al Escribano, por si le ocurre.

Escritura de recepcion.

34 Estando en la Portería del Convento de Santa Catalina, Orden de tal Santo, intramuros de esta Villa de tal à tantos de tal mes, y año, ante mí el Escribano, y testigos, las Madres Sor Francisca de tal, Abadesa, Sor Ana, Vicaria, &c. todas Religiosas profesas de Coro, y velo negro, que confesaron ser la mayor parte de las que hay, y tienen voto de Comunidad en él, por sí, y en nombre de las que están legítimamente impedidas para concurrir à celebrar este acto, y de las que les sucedieren, por quienes prestan voz, y caucion de que pasarán por el contexto de esta escritura; dixeron que Don F. de tal vecino de esta Villa en atencion à la firme vocacion que desde su tierna infancia tuvo Doña Narcisa su hija legítima de ser Religiosa de Coro y velo negro en este Convento, para servir mejor à Dios, y à su Santísima Madre, solicitó con dicha Madre Abadesa se la recibiese por tal, à cuyo fin ofreció tanta cantidad por su dote, ajuar, propinas, y alimentos del año de Noviciado segun estilo, con tal que en el término prefinido por el Santo Concilio de Trento, y con la solemnidad que se requiere, renuncie à su favor sus legítimas, y futuras sucesiones, cuya pretension hizo presente à las demás Religiosas, quienes habiendolo conferido entre sí, y hecho los tres tratados ordinarios, resolvieron unánimes admitirla, y de su deliberacion dieron parte al Ilustrísimo Señor Don N. Obispo de esta Diócesi su Superior, el qual en

vista de su representacion les concedió licencia para ello en tal dia, mes, y año, refrendada de Don N. su Secretario, que original con los tratados se une à esta escritura para documentarla, è incorporar en sus traslados, y su literal tenor es el siguiente.

Aquí los tratados, y licencia por su órden.

Concuerdan los tratados, y licencia insertos con los que están en el Protocolo de esta escritura, de que doy fé; y las referidas Religiosas usando de la dicha licencia, en la via, y forma que mejor lugar haya en derecho: = Otorgan que reciben por Monja de Coro, y velo negro à la enunciada Doña Narcisa de tal, que está presente, y se obligan à que dentro de los dos meses inmediatos à su profesion renunciará à favor de su padre sus legítimas, y futuras sucesiones, para lo qual formalizará la escritura correspondiente, y este Convento la de aprobacion, y ratificacion, si fuere necesaria; y si por olvido, ù otro motivo no se formalizaren, y profesare sin haber renunciado, desde ahora por lo que à este Convento toca, la han por hecha, y hacen las Madres otorgantes con todas las firmezas legales: se desisten, quitan, y apartan para siempre jamás del derecho, y accion que à ellas podia tener este Convento, y lo ceden, renuncian, y traspasan íntegramente para siempre en el citado Don F. y en quien el suyo tenga, y le sucediere; y le dan poder irrevocable con libre, franca, y general administracion, y constituyen Procurador actor en su propio negocio, para que las goce, posea, use, y disponga de ellas à su arbitrio, y de su importe, como de cosa suya adquirida con legítimo título, mediante que en la aceptacion de esta escritura se ha de obligar à satisfacer à este Convento à tales plazos tanta cantidad que ha ofrecido por las causas, y razones expuestas en su introduccion, con la que se dan las otorgantes, y este Convento por pagadas, y satisfechas de la dote, ajuar, propinas, y alimentos de la enunciada Doña Narcisa, y de todo quanto la pueda corresponder por sus legítimas y futuras sucesiones *ex testamento*, *ab intestato*, y por contrato entre vivos de padres, parientes, y estraños por causa de presente, y de futuro, y se obligan, y à este Convento, à no pedir mas con éste, ni otro pretexto al prenotado Don N. su padre, ni à sus herederos en tiempo alguno. Y habiendo oido à la le-

tra, y entendido esta escritura dicho Don N. dixo que acepta la renuncia y obligacion que por parte de este Convento queda formalizada, y se obliga à satisfacerle en su conseqüencia à los plazos expresados los tantos reales que ofreció à la Madre Abadesa por la dote, ajuar, propinas y alimentos de la nominada su hija, à cuya solucion, y à la de las costas que por falta de puntual pagamento se le causen en su exáccion, quiere ser compelido por todo rigor, deferido el importe de éstas en la relacion jurada de quien sea parte legítima para su percibo, y le releva de otra prueba. Y todos por lo que les incumbe, se obligan à no alterar, tergiversar, contradecir, ni reclamar este contrato, ni alegar por sí, ni por interposita persona excepcion alguna, aunque les sea admisible en juicio; y si lo hicieren, à mas de no ser oidos, quieren se les condene en costas, y que sea visto por el mismo caso haberlo aprobado y ratificado, añadiendo fuerza à fuerza, y contrato à contrato; y à su cumplimiento obligan el citado D. N. sus bienes, y las referidas Religiosas los de este Convento muebles, raices, derechos, y acciones presentes y futuros, dán ámplio poder à los Señores Jueces que de sus causas deben conocer, &c. *Aquí se pondrá la cláusula guarentigia, renunciacion de leyes, y del beneficio de menor edad, y auxilio de restitucion* in integrum, *que compete al Convento, y el juramento que se requiere para la mayor estabilidad del contrato, y nada mas, pues la renunciacion de las Leyes del Veleyano no viene al caso, por lo que dexo explicado.*

Renuncia de Monja.

35 Estando en el Locutorio baxo (ò puerta reglar) del Convento de tal Santo, intramuros de esta Villa de tal, à tantos de tal mes y año, ante mí el Escribano y testigos, Sor, ò Doña Francisca de tal, Novicia de él, menor de 25 años, natural de tal parte, è hija legítima de legítimo matrimonio de Don F. y Doña F. de tal, vecinos de la referida Villa, dixo que desde su tierna infancia deseó con ansia ser Religiosa, y mucho mas despues que con el mayor uso de razon conoció los escollos y peligros mundanos que obstan servir à Dios, y llegar al estado de la perfeccion; y habiendolo consultado con personas timoratas que aprobaron su determinacion, y posteriormente con dicho su padre que está presente, pasó éste à tratar con la Madre Abadesa de este Convento,

y la ofreció por su dote, ajuar, propinas y alimentos tanta cantidad, con tal que renunciase à su favor el derecho que tiene, y puede tener à sus legítimas, y futuras sucesiones, así por linea recta, como transversal *ex testamento*, y *ab intestato* de parientes y estraños por causa de presente y de futuro, y por otro qualquiera motivo, ò razon, y à su solucion se obligó en este supuesto por escritura que otorgó en tal dia, mes y año ante N. Escribano, y precedidas las solemnidades acostumbradas, fué admitida por Religiosa de Coro, y velo negro en este Convento, el qual condescendió en todo con la proposicion de su padre; y para que la profesion y renuncia tuviesen efecto, se impetró licencia del Señor Vicario General de esta Diócesi, el qual se la concedió en tantos de este mes, refrendada de F. Notario de su Tribunal, la que se une à esta escritura, à fin de documentarla, vigorizarla, è incorporarla en sus traslados, y su literal tenor es el siguiente:

Aquí la licencia del Ordinario.

Conviene la licencia inserta con la que está en el Protocolo de esta escritura, de que doy fé, y usando de ella la otorgante, mediante estár dentro de los dos meses inmediatos à su profesion que prefine el Santo Concilio de Trento, en la via, y forma que mas haya lugar en derecho, de su libre, y espontanea voluntad = Otorga que desde ahora para el instante en que se verifique su profesion, y desde ésta para siempre jamás renuncia en el mencionado su padre todos los bienes, derechos, y acciones que actualmente la pertenecen, y pueden corresponder en adelante, así por muerte de sus padres, como por otras herencias y sucesiones testadas, è intestadas, legítimas, y transversales, y por legados y donaciones entre vivos, y por causa de muerte de parientes, y estraños por causa de presente y de futuro, y la esperanza de ellos sin limitacion, ni reservacion; se abdica, desprende, desapropia, desiste, quita y aparta entera y absolutamente, y à su Convento del derecho, título, propiedad, posesion, voz, y recurso que à ellos tenia, y podia tener, y pretender, y éste por su representacion, y todo con las acciones reales, personales, útiles, mixtas, directas y executivas lo cede, y transfiese en el mencionado su padre, à quien confiere poder irrevocable con libre, franca, y general administracion, y consti-

tuye Procurador actor en su misma causa y negocio, para que de su autoridad ò judicialmente, verificada que sea su profesion, tome, y aprenda la real tenencia, y posesion de todos los bienes que en virtud de este instrumento le compete, y sin su intervencion los venda, cambie, enagene, use, y disponga de ellos como dueño à su arbitrio por contrato, ò última voluntad à favor de parientes, ò estraños, ò en otros destinos, sin estàr sujeto en lo respectivo à los que la otorgante posee, y parte de ellos de que puede disponer, à las leyes que hablan con los ascendientes legítimos, ni por consiguiente obligado à dexarlos à sus hermanos, ni éstos adquirir el mas leve derecho à ellos, pues para esto le subroga en el que tiene, y tendria si exîstiera en el siglo, careciera de herederos forzosos, y falleciera despues que su padre; y para que no necesite tomar la posesion, formaliza à su favor esta escritura, y me pide que de ella le dé las copias autorizadas que quisiere, con la qual como legítimo, justo y verdadero título sin otro acto de aprehension, ni aceptacion ha de ser visto haberla tomado, aprehendido, y transferidosele, y en el interin se constituye su inquilina, tenedora, y precaria poseedora, pues con la dote que la ofreció, se dá por contenta, pagada, y satisfecha de todo quanto por las razones expuestas la corresponderia à permanecer en el siglo, por lo que declara, y confiesa no haber lesion alguna, y en caso que la haya del exceso en poca, ò mucha suma le hace gracia, y donacion pura, perfecta, è irrevocable entre vivos con insinuacion, y demás estabilidades legales, y à mayor abundamiento renuncia la ley 4. del tit. 7. lib. 5. del Ordenamiento Real recopilada, que trata de los contratos en que hay lesion, y los quatro años que prefine para pretender su rescision, ò el suplemento à lo justo, los que dá por pasados como sí lo estubieran. Y se obliga à no revocar total ni parcialmente, ni alterar esta renuncia abdicativa, real, extinctiva, sin embargo de que para ello tenga excepcion legítima, propicia, y admisible en juicio, y si lo hiciere, à mas de ser nulo, y no deber oirsela, ni admitirsela judicial ni extrajudicialmente, sino antes bien condenarsela en costas, ha de entenderse, y estimarse por el mismo hecho que la ha aprobado, ratificado, y formalizado con mayores vínculos y firmezas, añadiendo fuerza à fuerza, y contrato à contrato; y no obstante que por enfermadad, ù otro motivo se difiera poco, ò mucho tiempo su

profesion, no ha de ser necesario hacer nueva renuncia, porque ésta es irretratable, è irrescindible, y por tal se ha de juzgar; por lo que aunque su padre fallezca intestado, ò intervenga nueva causa, y derecho, ò cese la por qué formaliza esta renuncia, no han de hacer reversion, ni recaer en ella ni en su Convento los bienes que posee, ni los que à estár en el siglo heredaria, sino pasar à los parientes que deban heredarla, para lo qual desde ahora se priva, excluye, y aparta de nuevo, íntegra, perpetua, y absolutamente, y à su Convento de toda accion, y derecho al todo, y parte de ellos, y à la esperanza de los futuros: solemniza la renuncia abdicativa, real, y extintiva mas firme, y eficáz en toda forma legal: quiere se supla, y dá por suplido qualquier substancial defecto que contenga: confiere ámplio poder à los Señores Jueces que de sus causas deben conocer, para que al cumplimiento y observancia de todo la compelan como por sentencia difinitiva pasada en autoridad de cosa juzgada, y consentida, que por tal lo recibe: y renuncia las leyes de su favor con el auxîlio de restitucion *in integrum* que por ser menor la compete. Y jura por Dios nuestro Señor, y una señal de cruz tal como esta ✠, que cumplirá exâcta, y literalmente todo quanto dexa prometido en esta escritura: que con pretexto de ser contrato celebrado entre padre, è hija: con el de menor edad: con el de lesion en mas, ò menos de la mitad de lo que por sus legitimas y futuras sucesiones la tocaria si sus padres fallecieran antes de profesar, y podria tocar en adelante: con el de preterición y desheredacion, con el de dolo, sugestion, miedo, coaccion y respeto reverencial de su padre (pues nada de estas cosas interviene) ni con otro motivo sea el que fuere indistintamente sin excepcion, ni limitacion, no reclamará, ni contravendrá esta renuncia: que contra ella no tiene hecho, ni hará protesta, y si pareciere, ù otra renuncia posterior, las revoca y anula: que de este juramento à ningun Prelado Eclesiástico pidió, ni pedirá relaxacion; y que aunque de motu propio se le conceda, no usará de ella, pena de perjura, y de incurrir en las demas impuestas por derecho à los infractores de los juramentos solemnes; y hace un juramento mas que relaxaciones puedan serla concedidas para la perpetua estabilidad de este contrato, en virtud del que en quanto al efecto de heredar y suceder *ex testamento*, y *ab intestato*, y à los demas civiles quiere ser conceptuada, y tenida

desde su profesion en adelante por estraña, y muerta naturalmente, pues por tal se constituye. Así lo otorga, y firma, à quien doy fé conozco, siendo testigos, &c.

Nota. Con arreglo à la renuncia anterior podrá el Escribano estender todas las de Religiosas Novicias que se le ofrezcan; pero debe tener presente que no en todas ha de poner quanto en aquella contiene, por lo que si el renunciante no es menor, no ha de renunciar el beneficio de la menor edad. Si su padre no la dá dote, nada se ha de tocar de ella. Si no tiene ascendientes no viene al caso hablar de legítimas. Si carece de bienes propios, es necedad mencionarlos, y las expresiones y cláusulas à su posesion correspondientes. Si se gobierna por sí sin estár sujeta à otro, no hay motivo para hacer expresion del miedo y respeto reverencial, &c. pues el ponerlo todo en todas, es absurdo, y dar à entender mucha ignorancia, y falta de discernimienio; y así para no ser graduado de necio, omitirá lo que no conduzca, y se arreglará à las circunstancias que concurran en la renunciante, y à lo que quiere renunciar, y términos à que se ha de circunscribir, ò estender su renuncia; pues bastante instruccion tiene con lo que dexo explicado. Si su Prelada asiste al otorgamiento, puede firmar la renuncia por sola su concurrencia, bien que para nada es necesaria, y así que concurra, ò no, la misma validacion tendrá.

Otra. Las renuncias de Religiosos Novicios se diferencian solamente de la anterior en que como no hay dote, ajuar, ni propinas, ninguna expresion se hace de ellas.

Otra. En el sello primero se darán las recepciones de Religiosas, renuncias de legítimas, y futuras sucesiones, y sus ratificaciones y los tratados se estenderán en el del sello quarto.

FIN DEL TOMO PRIMERO.

R. 91516

FEBRERO ADICIONADO,

Ó LIBRERÍA DE ESCRIBANOS:

INSTRUCCION TEÓRICO PRÁCTICA

PARA PRINCIPIANTES.

PARTE PRIMERA,

DIVIDIDA EN TRES TOMOS.

TRATA DE TESTAMENTOS Y CONTRATOS.

OBRA UTILÍSIMA PARA TODOS, Y ESPECIALMENTE PARA LOS QUE SE DEDICAN AL ESTUDIO PRÁCTICO DE LA JURISPRUDENCIA.

SU AUTOR

DON JOSEF FEBRERO,

ESCRIBANO REAL Y DEL COLEGIO DE ESTA CORTE.

CORREGIDA EN ESTA IMPRESION, Y NOTABLEMENTE MEJORADA CON MUCHAS NOTAS Y APENDICES QUE ILUSTRAN ALGUNOS PUNTOS INTERESANTES, Y LAS REALES CÉDULAS ÚLTIMAMENTE PUBLICADAS RELATIVAS Á LAS MATERIAS QUE SE TRATAN.

TOMO III.

QUINTA IMPRESION.

MADRID

EN LA IMPRENTA DE D. TOMÁS ALBAN, CALLE DE LA BOLA.

AÑO 1806.

ÍNDICE

DE LOS CAPÍTULOS,

PÁRRAFOS, Y APÉNDICES QUE SE CONTIENEN EN ESTE TOMO.

Capítulo XI. De los Mayorazgos, Patronatos, Capellanías, y sus agregaciones.

§. I. *De los Mayorazgos, pág.* . . . . . 1.
II. *De los Patronatos.* . 51.
III. *De las Capellanías.* 58.
Final, *Escrituras correspondientes á este capítulo.* . . . . . 65.
Notas *á este capítulo.* 136.
Apéndice *de Reales Cédulas.* . . . . . 146.

Capítulo XII. de las compañías, y del contrato trino.

§. I. *De las compañías.* 185.
II. *Del contrato trino.* 194.
Final, *Escrituras correspondientes á este capítulo.* . . . . . 197.
Adicion *á este capítulo sobre sociedades.* . . . . 202.
Notas *á este capítulo.* 209.

Capítulo XIII. de los compromisos, y transaciones.

§. I. *De los compromisos.* . . . . . 210.
II. *De las transaciones ó concordias.* . . . . . 217.
Final, *escrituras correspondientes á este capipítulo.* . . . . . 223.

Capítulo XIV. De los poderes, cesiones y lastos.

§. I. *De los poderes.* . 230.
II. *De la cesion y poder en causa propia.* . . . . 240.
III. *Del lasto.* . . . . . 252.
Final, *Escrituras correspondientes á este capítulo.* . . . . . 253.
Notas *á este capítulo.* 277.
Adicion *á este capítulo sobre los poderes.* . . 728.

Capítulo XV. De las prohijaciones, legitimaciones emancipaciones, aprendices y pupilos.

§. I. *De las prohijaciones.* . . . . . 285.
II. *De las legitimaciones.* . . . . . 288.
III. *De las emancipaciones.* . . . . . 290.

IV. *de los aprendices y pupilos*. . . . . 296.
FINAL, *escrituras correspondientes á este capítulo*. . . . . 298.
NOTAS *á este capítulo*. 311.
Capítulo XVI. De los perdones de injurias, del homenage, acto para dar hábito militar, y espera de acreedores.
§. I. *De los perdones*. . 314.
II. *Del homenage*. . . . 317.
III. *Acto para dar hábito militar*. . . . . 317.
IV. *De la espera de acreedores*. . . . . 321.
FINAL, *escrituras correspondientes á este Capítulo*. . . . . 322.
NOTAS *á este capítulo*. . . . . 328.
Capítulo XVII. De las renunciaciones de oficios públicos.
§. I. *Unico de las renunciaciones de oficios públicos*. . . . . 330.
FINAL, *escrituras correspondientes á este capítulo*. . . . . 335.
NOTAS *á este capítulo*. 340.
ADICION *á este capítulo sobre el oficio de notario de reynos*. . . . . 348.
Capítulo XVIII. De las protestas y protestos de cambios.
§. I. *De las protestas*. 352.
II. *De los protestos de cambios*. . . . . 354.
FINAL, *Escrituras correspondientes á este capítulo*. . . . . 359.
NOTAS *á este capítulo*. 365.
APÉNDICES *sobre letras de cambio á este cap*. . 368.
Varias fórmulas de compañías. . . . . 397.
Capítulo XIX. De las clases de instrumentos: de quáles puede, y debe, ó no dar muchas copias el escribano: y qué cosas le estan prohibidas.
§. I. *De las clases de instrumentos y sus requisitos para hacer fé*. . . . 420.
FINAL, *prohibiciones á los Escribanos*. . . . . 437.
NOTAS *á este capítulo*. 450.

CAPÍTULO XI.

De Mayorazgos, Patronatos, Capellanías y sus agregaciones.

§. I.

De los Mayorazgos.

1 Estos nombres *Mayorazgo* y *Tenuta*, (que el primero se entiende por la mayoría ó derecho que compete al mayor en el nacimiento para obtener y gozar los bienes sujetos á vínculo y restitucion; y el segundo quiere decir, *Tenencia*, y no es otra cosa que un remedio sumario y executivo introducido por la ley á fin de conseguir la actual detencion de los bienes de Mayorazgo sin formal conocimiento de la posesion ni propiedad) no fueron conocidos en la Jurisprudencia hasta despues de las leyes de Toro (1). Mayorazgo y Primogenitura es un *derecho de primera edad, honorífico y útil, que compete al hijo mayor ó primero en el órden de nacer. O un derecho de suceder en los bienes dexados con la condicion de que se conserven íntegros en la familia, para que los lleve y posea el primogénito mas propincuo en el órden de suceder* (2). El derecho de Primogenitura trae su orígen del natural, divino, civil y canónico (3)(*a*): y por esta razon como los mayorazgos se fundan regularmente para que sucedan en ellos los hijos mayores, está aprobada por todos derechos su fundacion, pues de esta suerte se conserva el lustre de los linages y familias (*b*). En quanto á las cosas en que conviene, y se diferencia el Mayorazgo del fideicomiso, véase á *Parlad. different.* 18. y al *Sr. Molin. de Hispaniar. Primogen. lib. y cap.* 1. *num.* 7. pues este lo trata latamente. Y si es ó no dignidad, en el *cap.* 13. (*c*).

2 El Mayorazgo es de dos maneras: *regular* é *irregular*; e

(1) Paz, de Tenuta, cap. 1. n. 1. al 5. y cap. 3. n. 1. y sig. (2) Sr. Molin de Hispan. Primogen. lib. 1. cap. 1. n. 5. al 22. (3) Ley. 2. tit. 15. Partid. 2 Señor Molin. cap. cit. (*a*) Vease la Nota 1. al fin de este capitulo. (*b*) Nota 2. (*c*) Nota 3.

regular es aquel en que se sucede segun el órden prescrito para la sucesion del Reyno por la ley 2. tit. 15. Partid 2. de que trataré en el num. 4. Y el *irregular* es el que en la forma, modo y órden de suceder, se desvia del que se observa en la sucesion del Reyno (1). Puede ser *temporal*, y *perpetuo*: *temporal* quando se funda únicamente para ciertas líneas ó personas, y nada se habla de perpetuidad, ántes bien el fundador manda que extinguidas cese la vinculacion de sus fincas, y el último poseedor haga suyos libremente sus bienes, ó los reparta á otros sin gravamen de ella. Y *perpetuo*, quando lo expresa, en cuyo caso no solo pasará despues de los llamados á otros parientes, sino á los extraños que elija el último poseedor, pues nada hay perpetuo baxo del sol sino por la subrogacion (2), ó substitucion, y de una palabra se deducen á veces muchas substituciones (3).

3 Tantas son las especies de Mayorazgo, quantas las que se proponen á la voluntad y conocimiento del hombre (4); pero las principales son diez, á saber: *regular*: *de verdadera y rigorosa agnacion*: *de agnacion fingida ó artificiosa*: *de mera*, *pura*, *simple ó nuda masculinidad*: *de femineidad ó contraria agnacion*, *ó masculinidad*: *de eleccion*: *de naturaleza alternativa*: *de Mayorazgo saltuario de segunda genitura*: *y de incompatibilidad*, *repugnancia ó insociabilidad* (5). De cada especie de estas, diré lo preciso para que tenga algun conocimiento de ellas el Escribano, pues es materia árdua y lata, que requiere particular estudio é instruccion, y pocos la tienen radical.

4 El Mayorazgo *regular* (que se acomoda á la linea de substancia) es aquel á cuya sucesion se nombra primero al hijo varon mayor, y á sus legítimos descendientes, prefiriendo siempre el mayor al menor, y el varon á la hembra, y despues á los demás por el mismo órden, guardándose entre ellos la prelacion, atendida la linea, grado, sexô y edad, y lo mismo en los transversales, porque la voluntad del instituyente no apetece qualidad alguna en el primer llamado, ni en los substitutos que le subsiguen. Lo qual se verifica, y conoce en los siguientes casos: 1. Quando dice el funda-

(1) Sr. Rox. Almans. de incomp. disp. 1. quæst. 1. §. 1. n. 4. (2) Ley Eum debere 33. ff. de Servitut. prædior. urbanor. Sr. Molin. de Primogen. lib. 1. cap. 4. n. 15. (3) Ley Cohæredi 41. §. Qui discretus 4. ff. de Vulgar. & pupilar. substitut. Sr. Molin. ibi, num. 16. (4) Alv. Pegas, de Majorat. tom. 2. cap. 11. num. 1. (5) Sr. Rox. Almans. in loco citat. num. 3.

dor: *Constituyo Mayorazgo de tales bienes, ó lego, ú dono á Pedro tales bienes, para que los tenga y posea con título de Mayorazgo.* = 2. Quando dice: *Constituyo Mayorazgo en favor de Pedro, y despues de él sucedan sus hijos y descendientes; prefiriendo el mayor al menor, y el varon á la hembra*: ó quando hace muchos llamamientos, y concluye diciendo, *que el varon suceda á la hembra.* = 3. Quando dice: *Constituyo Mayorazgo en favor de tal hijo ó consanguíneo mio, y mando que despues de sus dias se suceda en él por linea: ó que se suceda de linea en linea.* = 4. Quando dice *que funda Mayorazgo*, y habiendo llamado á su obtencion á algun varon, manda *que despues de este sucedan todos sus hijos y sus descendientes por linea recta*: ó *quando llama á la sucesion á todos los varones suyos por linea recta.* = 5. Quando dice: *Mando que en este mi Mayorazgo se suceda por linea recta*, ó dice: *Constituyo Mayorazgo á favor de mis hijos y descendientes por linea recta.* = 6. Quando por carecer tal vez de hijos el fundador, dice: *Suceda en este Mayorazgo Pedro, ó tal consanguíneo mio, y despues de él todos mis consanguíneos por mi linea paterna.* = 7. Quando aunque llama primero á su sucesion á algunos varones, manda *que despues de ellos sucedan los que tuvieren su nombre y apellido*: *ó que sucedan los que fueren de su familia*: *ó dice que lo funda para la conservacion de su linage*: *ó para los que fueren de tal casa, prosapia, descendencia ó parentela*: y en estos tres últimos llamamientos se comprehenden así los consanguíneos de parte del padre, como los de la madre del mismo fundador; pero si dice: *que llama á sus consanguíneos de parte de su padre, ó por linea paterna*, no se incluyen en el llamamiento los de la materna; y así en ningun caso obtendrán los de ésta. = 8. Quando dice: *que sucedan en el Mayorazgo su hijo Pedro, y despues su hijo primogénito varon, y en defecto de estos su nieto primogénito varon, y los demas sus descendientes masculinos*, ó llamando á algunos, concluye diciendo siempre en la sucesion de su Mayorazgo. = 9. Quando llamó á su hijo varon, y mandó que despues de él sucediese el hijo legítimo heredero de su hijo, y á falta de este el segundo génito del própio fundador, y despues sus hijos legítimos herederos, y así sucesivamente á su legítima posteridad, sin hacer mencion de las hembras. = 10. Quando el fundador tiene tres, ó mas hijos varones, y manda *que el mayor suceda en el Mayorazgo, despues el segundo y despues el tercero*, en cuyo caso las lineas masculina y femenina del mayor se han de extinguir primero que entren las del segundo: y las de este

antes que las del tercero. = 11. Quando hizo muchos llamamientos de varones, y entre estos de alguna hembra, ó hembras, exîstiendo algunos otros varones agnados ó cognados, que podia nombrar, y nombró. = 12. Quando la hembra funda el Mayorazgo; pues aunque llame á muchos varones, no es visto haber querido que no sucediesen hembras, ni aborrecido á su própio sexô, antes sí al contrario. = 13. Quando llamó á algun hijo, sobrino ó consanguíneo varon, y al hijo, nieto y viznieto varones del sobrino, y mandó que así sucedan todos sus consanguíneos con el gravamen de llevar el nombre y apellido suyo, y sus armas é insignias. = 14. Quando al principio hizo fundacion de rigorosa agnacion, y considerando extinctos los agnados, llamó despues genéricamente á los demas sus consanguíneos: ó indefinidamente á su consanguíneo mas cercano, y demas parientes con el gravamen referido; pues fenecidos los agnados expresamente llamados, cesa la agnacion, y el Mayorazgo empieza á ser regular, porque las hembras pueden llevar el apellido, armas é insignias del fundador. = 15. Quando en la fundacion se encuentran cláusulas intrincadas ó repugnantes entre sí sobre si el Mayorazgo es *regular* ó *agnaticio* ó *de masculinidad*; pues en caso de duda se ha de juzgar regular. = 16. Quando el fundador constituye Mayorazgo perpetuo, llama á ciertos agnados, y despues de extintos de nadie hace mencion, ni los hay suyos; pues faltando los llamamientos del hombre, entran los de la ley, = y el 17 es quando se sucede regularmente en el Mayorazgo por costumbre de los poseedores despues de su creacion, y no se encuentra la escritura de esta, pues en defecto de escritura se ha de estar á la costumbre de suceder, y al órden prescrito por la ley, de modo que si sucedieren regularmente, se debe estimar por regular: si se acostumbró suceder por via de agnacion, se tendrá por agnaticio &c. De cuyos casos con algunas ampliaciones y limitaciones trata latamente el *Sr. Roxas Almans. disp.* 1. *q.* 1. §. 1. *n.* 5. *al* 64. y expone los fundamentos para que todos estos llamamientos se estimen por de Mayorazgos regulares.

5 El de *rigurosa* ó *verdadera agnacion* es quando el fundador llama precisamente á su obtencion á los varones de varones, y excluye perpetua y expresamente á las hembras y á sus descendientes varones, = ó quando dice especificamente *que funda Mayorazgo perpetuo agnaticio en sus consanguíneos*: ó que quiere conservar los bienes de él en su agnacion, y llama á un agnado: ó llama á algu-

no, ó á algunos hijos suyos, y si no tiene hijos, á sus sobrinos varones agnados, y manda que despues de ellos sucedan todos los demas descendientes varones de varones de los llamados: ó quando llama á algun hijo suyo, ó sobrino agnado, y manda que despues de él sucedan todos los consanguíneos del fundador por linea masculina: ó que en su Mayorazgo jamas sucedan hembras, ni varones de ellas: ó llama á todos sus hijos agnados por sus própios nombres, y por muerte de estos á todos los descendientes varones de ellos: y extinctos, omitiendo nombrar las hembras y cognados, pasa á llamar ó substituir otros varones transversales suyos: ó habiendo llamado primero á un sobrino suyo agnado, y á todos los hijos varones agnados de él, dice que si el sobrino muriese sin hijo varon, y con hijas, suceda la hija mayor, quedando obligada á casarse, y casándose precisamente con varon agnado del fundador: y si al tiempo de la vacante estuviere casada con varon no agnado, pase la sucesion á la hija segunda no casada, con la própia obligacion: y no casándose así, pase al varon agnado mas cercano del fundador: y que así se proceda en todas las sucesiones posteriores, ó quando por costumbre se ha sucedido siempre por via de agnacion, y no parece la escritura constitutiva del Mayorazgo (1).

6 El de *artificiosa* ó *fingida agnacion* es aquel, á cuya sucesion llama primero el fundador á algun varon cognado suyo, ó á alguna hembra que la hace cabeza, y despues de él, ó de ella, manda que solo sucedan los hijos y descendientes varones de varones de dicha hembra, ó del referido primer cognado; y así en lo sucesivo. Llámase de *agnacion fingida*, porque regularmente se hace por el que no teniendo varones agnados, quiere que su agnacion sea, y se haga fingida, y por un modo ficto se conserve (2).

7 El de *pura*, y *nuda*, ó *simple masculinidad*, es aquel á cuya obtencion solo pueden ser admitidos varones consanguíneos del fundador, ya sean agnados ó cognados, y deriben de varones ó de hembras, mas no estas, á diferencia del agnaticio, pues para que lo sea no basta que el fundador llame siempre á varones, porque en estos se comprehenden los hijos de varones y hembras, que son agnados y cognados, y no explicándose de otro modo el fundador, se entenderá Mayorazgo de masculinidad: lo qual se verifica en los

(1) Sr. Roxas Almans. de Incompatib. disp. 1. quæst. 1. num. 70. al 101. §. 2. (2) Sr. Roxas, ibi. num. 102. al 105. y otros que cita.

siguientes casos: 1. quando llama el fundador á algun varon, y manda que en lo sucesivo sucedan sus hijos y descendientes varones, porque quiere que el Mayorazgo sea para estos, y no para hembras. = 2. Quando habiendo llamado á alguno, ó algunos varones manda que no sucedan hembras mientras haya varones. = 3. Quando habiendo llamado á alguno ó algunos varones, dice que no sucedan hembras, ó que sucedan varones y no hembras, ú otras palabras semejantes. = 4. Quando teniendo muchos hijos ó sobrinos varones, llama primero á su hijo, ó consanguíneo primogénito varon, y despues de él manda que si falleciere sin hijos varones, pase la sucesion al hijo varon segundogénito del fundador, omitiendo las hijas del primogénito; y si el segundogénito muriese sin hijos varones, pase á su tercergénito hijo varon, y á sus descendientes varones. = 5. Quando habiendo llamado á alguno, ó algunos varones, manda que su Mayorazgo ande siempre de varon en varon, y pase de un varon á otro varon. = 6. Quando el fundador que no tiene agnados, llama á la sucesion á muchos varones, ó hace muchos grados de substituciones en los varones, y descendientes varones de estos, sin hacer mencion alguna de las hembras. = 7. Quando teniendo agnados, y cognados llama promiscuamente varones de ellos: despues de estos á los cognados en primer lugar, y en segundo á un agnado, y á sus hijos, y descendientes varones de estos: luego á un cognado, y á los suyos: y así ordinal, y progresivamente á otros, y á sus descendientes varones. = 8. Quando habiendo llamado á varon, ó á ninguno, manda despues de instituir el Mayorazgo, que suceda primero en él la linea de los varones, y despues la de las hembras: en cuyo caso extinguidas las de aquellos, entrarán las de estas, y no antes. = 9. Quando llama á sus hijos, y descendientes, ó á algun colateral consanguíneo, y á los suyos; pero impone á todos los poseedores cierto gravámen, que consiste en hacer, ó exercer algun ministerio que ninguna muger puede exercer, ni hacer. = 10. Quando hizo primero Mayorazgo agnaticio, y acabados los agnados, mandó que sucediesen los demas sus consanguíneos varones, sin hacer mencion de las hembras: en cuyo caso extinguida la agnacion, queda de *nuda masculinidad*. = 11. Quando despues de llamar á alguno, ó algunos varones, manda que pase siempre la sucesion de heredero en heredero varon. = 12. Quando hechos algunos llamamientos de varones en sus própios hijos, ó transversales, manda

que siempre que el último poseedor varon fallezca sin hijos varones, ó con una hija, pase la sucesion á otro hijo, ó descendiente varon con obligacion de dotar, ó dar alimentos á la hija del último poseedor (1). Y se previene, que si el poseedor tiene una hija, y esta un hijo varon nacido que vive al tiempo que su abuelo muere, sucederá el hijo de la hija, porque presume el derecho que subsiste el poseedor; y no se hace mérito de la hija; y si por no tenerlo esta, pasa el Mayorazgo, como debe, á otra linea, y lo pretenden dos varones, uno que proviene de dos hembras continuadas, ó mas sin interpolacion de varon, y otro de una sola, lo llevará este aunque su linea sea inferior, porque quando hay interpolacion de dos hembras continuadas, no finge el derecho que el varon está en el vientre de la una, ni puede fingirlo, y sí quando es una sola, pues se quita del medio, como si no la hubiera, y así se ha determinado varias veces; pero para quitar dudas será mejor expresarlo en la fundacion.

8 El Mayorazgo de *femineidad*, ó *contraria agnacion*, ó *masculinidad* es de dos maneras: *própia*, é *improprópia*. El de *femineidad própia*, *verdadera* y *rigurosa* es quando el fundador excluye de su sucesion á todos los varones absolutamente, y manda que precisamente lo posean siempre las hembras de su familia: ó llama primero á una, y despues á otra, y omisos los varones mas cercanos, llama despues de aquellas á otras hembras mas remotas: ó quando llama á una hembra, ó por via de regla manda despues, que jamás obtengan los varones el Mayorazgo. Se llama de *contraria agnacion*, quando el fundador llama á hembra, y manda que despues de la primera suceda siempre hembra de hembra. Y de *contraria masculinidad*, quando manda que lo posea siempre hembra; pero no limita el que sea hembra de hembra, ó hembra de varon (2). Y el de *improprópia* ó *limitada*, es quando lo funda en hembras, y manda que teniendo varones, y hembras el poseedor, sucedan estas en él, y no los varones; pero que si no las tuviere, entre á su goce el varon, y despues de sus dias la hembra mayor, de modo que habiendo hembras, y varones, han de preferir siempre aquellas á estos, y solo en el caso de no haberlas, pueda obtenerlo el varon, sin que por falta de ellas pase á otra linea.

9 El de *Eleccion* es aquel á cuyo poseedor confiere el funda-

(1) Sr. Roxas, ibi. num. 106. al 146. §. 5. (2) Id. Roxas, ibi. num. 147. al 152.

dor la facultad de elegir por sucesor á su hijo, y en defecto de hijos, á su consanguíneo que mejor le parezca; y la razon porque los fundadores se mueven á conceder esta facultad, es para que los sucesores sean mas humildes, y obedientes á sus padres, y mayores, no tengan la avilantéz, y osadía de despreciarlos, y antes bien se esmeren con emulacion en ser virtuosos, y de loables costumbres (1); pero para que se llame própiamente de *eleccion*, no solo han de conferir la facultad de elegir al primer poseedor, sino tambien á los demas que lo sean, de modo que á todos, y á cada uno sea transcendental. Y se previene. I. Que no eligiendo el elector, pasa el Mayorazgo á su hijo primogénito, y no á otro (2). II. Que esta facultad no se estiende para llamar á extraños, sino que se limita precisamente á los consanguíneos, y teniendo hijos, á estos, pues no puede llamar á sus parientes, á menos que el fundador diga lo contrario. III. Que el comisario, ó elector no debe exceder de los límites, ó facultades conferidas, pues si excede, no gozará el Mayorazgo el electo, á menos que tenga ámplia y libre potestad para elegir, en cuyo caso podrá nombrar de la familia al que quiera, aunque sea al mas remoto, y á dos, ó mas sucesivamente, porque esto no repugna á la naturaleza del Mayorazgo (3). Y IV. que la facultad de elegir, ó nombrar sucesor á este, ó á Capellanía, es personal, y limitada á la industria, y disposicion del comisionado, y como tal no puede ser cedida, ni delegada, ni se transmite á sus herederos (4); al modo que el executor del testamento tampoco puede cometer su oficio á otro, ni regularmente se transmite á su heredero (5), como dexo expuesto en el cap. 1. Y para evitar las dudas que pueden ocurrir así sobre si una vez concedida esta facultad al primer poseedor, se entiende meramente personal, ó tambien real, y transcendental á todos los demás poseedores: como sobre si teniendo hijos varones, y hembras, puede

(1) Sr. Molin. de Primogen. l. 2. cap. 4. Card. de Luca de Fideicomis. disc. 56. num. 8. Carl. Anton. de Luc. de Linea legal. tom. 1. artic. 18. n. 2.
(2) Sr. Molin. ibi, num. 42. Gamm. decis. 18. Amat. Resol. 1. num. 17. Surd. Consil. 14. y 375. lib. 3. (3) Ley Filius fam. §. Cum pater, ff. de Legat. 1. ley Unum ex familia 67. §. Si de Falcidia, & ibi glos. ff. de Leg. 2. Armburu de Vera identit. legal. cap. 3. num. 81. al 85. Flores de Mena, lib. 1. quæst. 19. §. 4. num. 35. y sig. (4) Ley Si quis arbitratu. 43. ff. de Verbor. obligat. Señor Olea de Cesion jur. tit. 3. quæst. 1. num. 49. al. 51.
(5) Ley Nulla, Cod. de Episcop. & Cleric. Concil. Trident. Sess. 25. de Reformat. cap. 4. Señor Olea, ibi.

llamar á estas, y excluir á aquellos: é igualmente sobre si una vez hecha la eleccion por qualquiera poseedor, podrá ó no variarla, ya esté, ó no entregada al electo la Escritura en que se hizo: y tambien sobre si muriesen alguno, ó algunos sin elegir, quien ha de suceder por su muerte con esta facultad, ó sin ella: advertirá el Escribano al fundador que explique claramente su facultad, pues de dexarla obscura, se suscitan pleytos que traen funestas conseqüencias (1). Lo mismo le advertirá en quanto á si el último poseedor de Mayorazgo de otra qualquiera clase á quien se concede facultad expresa para elegir sucesores no parientes del fundador, podrá, ó no revocar, alterar, variar ó aumentar con causa, ó sin ella la eleccion, ó nombramiento de sucesor, ó sucesores que una vez haga en contrato entre vivos, ó en última voluntad, ya haya entregado, ó no la Escritura al electo; porque como segun unos textos (2) la disposicion, y palabras del hombre se deben graduar, y entender por el primer acto, y no por el último; los pactos juzgarse por la primera intencion del que los practíca, por la que se juzgan los acontecimientos; y de qualquiera cosa, y disposicion se debe mirar el orígen, y principio; y segun otros (3) admiten benigna interpretacion en lo favorable, y no se consuman, ni extinguen en el primero; y además de esto se contempla favorable, ú odiosa la disposicion, teniendo consideracion á la persona, á cuya comodidad se induce principalmente (4); se duda quando varía, si ha de prevalecer, y subsistir el primer nombramiento, ó el posterior; y explicando su voluntad el fundador, cesa todo motivo de disputa; por lo que le hará presente, y si le agradáre, pondrá en la fundacion la cláusula siguiente: *Porque por la inconstancia, y veleidad própias de la condicion humana, que algunos últimos poseedores, á quienes se concede facultad para elegir sucesores, tienen en variar, y revocar la eleccion que hacen, tal vez sin tener motivo, ó por causas leves, y despreciables, suelen suscitarse pleytos, y discordias que abomino, y darse en ellos decisiones arbitrarias; para evitarlos: mando que los que en los casos en que les permito*

(1) Señor Roxas, ibi. num. 153. al 180. (2) Ley Hoc legatum, ff. de Legat. 3. leyes 8. y Qui haredi 44. al principio. & in §. 1. ff. de Condit. & demonstration. y ley unic. Cod. de Imponend. lucrat. description. (3) Ley Hæc conditio filiæ meæ, ff. de Condition. & demonstration. y leyes Placet, y sig. ff. de Liber. & posthum. (4) Leyes Ad quod. in princip. ff. de Donation. y 2. §. Parvi, ff. de Privileg. creditor.

elegirlos, hicieren el nombramiento por última voluntad, puedan siguiendo la naturaleza de la disposicion, revocarlo, y variarlo con causa, ó sin ella; pero si fuere por contrato, se lo prohibo, excepto, que intervenga, y antes de la revocacion, ó variacion justifiquen alguna de las causas porque el poseedor de este Mayorazgo puede perderlo, ó de las porque segun nuestro derecho pueden los ascendientes exheredar á sus descendientes legítimos, y no por otras, las que deberán expresar en la revocacion; y lo que en contrario practiquen, sea nulo, ya hayan entregado, ó no al electo el nombramiento. Pero no les prohibo añadir á este otros que despues de extinguida su legítima posteridad entren á su goce, y posesion en virtud del que nuevamente hagan en ellos. Por lo tocante á si el hijo primogénito que por muerte de sus padres eligió uno de los Mayorazgos unidos por causa del matrimonio, podrá variar la eleccion que de él hizo, y tomar el otro: véase al *Señor Roxas Almansa, disp.* 3. *quæst.* 8. que defiende la sentencia negativa.

10 El de *naturaleza alternativa* es aquel á cuya sucesion llama el fundador á su hijo primogénito por los dias de su vida, y despues de ellos al segundogénito por los suyos, y así sucesivamente alternando un hijo de la linea primogénita, y otro de la segundogénita, y en defecto de esta, con el de la terciogénita. O llama á uno de una linea para que lo posea por sus dias, y fenecidos, á otro de otra, ó á otros de otras; y extinguida alguna, ó algunas, retrocede, si no hay mas lineas, y manda que entre las que exîstan, se alterne siempre por este órden, porque no quiere que se perpetúe en una, ó mas, sino que pase á todas las llamadas por el órden del llamamiento, hasta que no quede mas que una (1).

11 El Mayorazgo *saltuario*, ó *de hecho* es aquel en cuyos llamamientos no se atiende á la razon, y prerrogativa de primogenitura, ni á la linea del primogénito, sino únicamente á la prelacion de edad entre todos los de la familia del fundador; de suerte que muerto el poseedor, no ha de entrar precisamente á su goce su hijo primogénito, ni el segundo, ni otro de su linea, sino el que se encuentre entónces mayor en edad con respecto á toda la familia del instituyente, ya sea, ó no mas propincuo pariente del último poseedor. Este Mayorazgo viene á ser, y se gobierna no por las reglas de los demas, ni de alguno de ellos, sino por las de las Cape-

(1) Id. Roxas, ibi. num. 181. al 199.

llanías, para cuya obtencion se llama al pariente mayor en edad, y es muy perjudicial á causa de que en cada vacante todos los parientes lo pretenden, porque todos presumen tocarles, y todo se vuelve pleytos; y así el Escribano procure disuadir al fundador de semejantes instituciones. Se llama *saltuario*, porque su sucesion no se deriva por lineas, sino que va discurriendo, saltando y pasando de linea en linea, y porque se desvia enteramente de todas las reglas, y órden que para suceder prescribe el Derecho Real; y *saltuario de hecho*, porque en su sucesion solo se busca para la sucesion el hecho de la mayoría de edad natural entre todos los de la familia del fundador, por lo que no tiene cabimiento en él el que entrada la sucesion en una linea, no haga tránsito á otra hasta que enteramente se halle extinguida aquella; ni el derecho de representacion, ni tampoco la regla de la sucesion ab intestato. Y porque ocurre la duda de si quando el fundador instituye este Mayorazgo, se quita, ó no por esto la representacion ordenada por las Leyes del Reyno, y de si esta *mayoría de edad* se entiende *natural*, ó *civil*: quiero decir, si ha de entrar á su goce el que tenga mas representacion, ó mayor edad para evitar qüestiones, instruya de ello el Escribano al fundador, á fin de que aclare su voluntad (1).

12 El de *segunda genitura* es de dos maneras: de *segunda genitura própia*, ó *imprópia*. El de *segunda genitura própia* es aquel, á cuya obtencion, y goce son llamados expresa, y perpetuamente en el órden sucesivo los hijos segundogénitos del segundogénito, de tal suerte que muerto el poseedor, pasa siempre la sucesion, no á su hijo primogénito aunque no tenga, ni espere tener otro Mayorazgo, sino al segundo, y así en todos tiempos, y vacantes, pues que el llamamiento del segundo excluye el primero, y su posteridad; y si el primogénito ha muerto al tiempo de la vacante, y por consiguiente queda el segundo en el órden del nacimiento por primogénito, no obtendrá el Mayorazgo, sino que pasará á otro, y si no lo hay, á otra linea de la del último poseedor. Y el de *segunda genitura imprópia* es aquel que al principio fué erigido en el hijo segundogénito, porque el primogénito tenia, ó esperaba tener prontamente otro, ó otros; pero despues del primer llamado lo fueron por el órden regular los demás hijos, y descendientes del segundo-

(1) Señor Roxas, ibi, num. 200. al 210.

génito primer llamado, de modo que solo en él se verificó la segunda genitura (1). Tambien concibo se podrá llamar de *segunda genitura imprópia*, quando el fundador llama á los segundos, pero no prohibe que lo obtenga el primogénito, siendo único, y sí solo en caso de haber segundo. Y asimismo quando excluye al primogénito siempre que tenga, ó recaiga en él otro Mayorazgo de primogenitura, y manda que en este caso pase al segundo; y si el primogénito fuere único, que lo lleve el segundo de otra linea. Y porque quando este Mayorazgo es de segunda genitura própia, suele dudarse si no dexando el último poseedor mas que un hijo, ó hija, lo obtendrá, ó no, y si este único hijo tiene dos, pasará al segundogénito, ó serán exclusos el hijo, ó hija únicos, y su posteridad, aunque ningun Mayorazgo tengan, por estar desnudos de la qualidad de segunda genitura, y entenderse por lo mismo excluidos por el fundador, y lo llevará el segundogénito de otra linea segundogénita: y por la variedad de opiniones se fomentan pleytos, y causan muchos daños: para evitarlos hágalo presente el Escribano al fundador, y ponga con claridad lo que se debe practicar en este caso.

13 Y el Mayorazgo de *incompatibilidad* es aquel por cuya institucion prohibe el fundador que lo posea el que tenga otro, ó á lo menos otro de idéntica qualidad, por no poder cumplir las condiciones de ámbos, ó porque no quiere que el que tenga el suyo, goce otro (2). La incompatibilidad en los Mayorazgos *no es otra cosa que cierta voluntaria prohibicion puesta en su principio por el instituyente, ó por la ley, que impide para siempre el concurso de muchos en un mismo poseedor* (3). Es de diez clases. I. *Legal*, porque la pone la ley, y proviene de ella. II. *De hombre*, que es la puesta perpetua, ó temporalmente por el fundador en su última disposicion, ó en contrato entre vivos. III. *Tácita*, que resulta de los dichos, ó hechos, ó de las condiciones, ó gravámenes puestos por él en su última disposicion, ó en contrato entre vivos, aunque nada hable de incompatibilidad. IV. *Expresa*, quando la ley, ó el instituyente dice expresamente que tal, ó tal Mayorazgo sean incompatibles: ó que no se junte con otro el que erige: ó que no pueda concurrir en persona que posea otro: ó usa de otras expresiones semejantes.

(1) Señor Roxas, ibi, num. 211. al 215. y quæst. 13. (2) Señor Roxas Almans. disp. y quæst. cit. num. 216. hasta el fin. (3) Id. Rox. disp. 1. quæst. 2. num. 10.

V. *Absoluta*, porque indistintamente se opone al concurso, y union de un Mayorazgo con otro de qualquier género, y qualidad sin diferencia. VI. *Respectiva*, y es la que solo impide que el Mayorazgo que se funda, se junte con ciertos, y determinados, mas no con todos. VII. *En la adquisicion*, y es la que impide que un Mayorazgo pase al que obtenga otro: y así poseyendo alguno con esta incompatibilidad, está impedido su poseedor de adquirir el que vaque. VIII. *En la retencion*, porque esta incompatibilidad no impide al que posea el Mayorazgo que la tiene, que adquiera el que nuevamente vaque; pero sí que los retenga ámbos, por lo que debe dexar uno de ellos. IX. *Personal*, porque la probibicion de obtencion se impone solamente, á la persona, v. gr. quando el fundador manda que el que posea su Mayorazgo, no tenga otro. Y X. *Real, y lineal*, que es la que se impone en el mismo Mayorazgo, v. gr. quando su instituyente dice que no quiere que se junte con otro, por lo que los hace insociables, y repugnantes, de tal suerte que no solo es excluido de su sucesion el que posee otro, sino tambien toda su linea, que son sus hijos, y descendientes, si en la familia hay alguno capaz de suceder en el incompatible; lo qual no sucede quando la incompatibilidad es personal, pues esta excluye únicamente al poseedor de otro, mas no á su legítima posteridad: y así teniendo el padre un Mayorazgo, puede su hijo obtener el incompatible que vaque (1). Y porque por la obscuridad de las fundaciones, é impericia de los que las hacen, y extienden ocurren graves dificultades acerca de quando es real, ó personal la incompatibilidad, para evitarlas, y los pleytos, y perjuicios que causan, procure el Escribano advertirlo al fundador, y poner la incompatibilidad con toda distincion, y claridad; y si quiere instruirse de ellas, vea *al Señor Roxas Almans.* en la *disp.* 1. *quæst.* 4. *y* 5. En quanto á si puesta por el fundador la incompatibilidad al primer poseedor, ó á otro del medio, ó fin, se entiende tambien para con los demas sucesores anteriores, y posteriores; véase en las *quæst.* 8. *y* 9. y si una vez aceptada por el primero la puede impugnar alguno de los demas; ó si siendo hecho sin la incompatibilidad, podrá imponérsela ú otro gravámen, y condicion en otro instrumento; en la *quæst.* 10. Y por lo tocante á quien debe probar la incompatibilidad: en la *disp.* 2. *quæst.* 1. que distingue tres

(1) Id. Rox. quæst. 3. §§. 1. al 5. disp. 1. cit.

casos. Y se advierte que el poseedor por derecho própio de Mayorazgo incompatible, puede poseer otro por el de administracion en nombre de su pariente ausente, ó de su muger, hijo ó menor, como sólida, y nerviosamente defiende contra otros dicho *Señor Roxas*, *disp.* 2. *quæst.* 9.

14 Supuestas las principales especies de Mayorazgos que se conocen, paso á explicar primero, quiénes pueden fundarlo, de que bienes, y como: y segundo, si el dueño de los bienes por no poder, ó no querer fundarlo, da poder á otro para que lo funde, si podrá este hacerlo *regular*, ó *irregular*: *compatible*, ó *incompatible*: y *dentro de que término*: y digo que el que tiene potestad de testar, y contratar, puede instituir Mayorazgo por contrato entre vivos, ó por testamento, y última voluntad (*a*): y de ámbas maneras con facultad Real, ó sin ella: con facultad Real de todos sus bienes, si no se le limita, y sin ella del tercio de ellos, teniendo ascendientes; ó del quinto á favor de quien quisiere, teniendo legítimos descendientes; ú del tercio, y quinto á favor de uno, ó mas hijos, ó descendientes suyos legítimos en perjuicio de los demás por via de mejora, que llaman *Vínculo*, observando en sus llamamientos en quanto al tercio lo dispuesto por la ley 27. de Toro, que explicaré en el num. 22. en cuyo caso aunque el quinto no es legítima, se constituye de la naturaleza del tercio que lo es. Advirtiendo que los Religiosos, y Caballeros profesos de la Orden Militar de San Juan no pueden fundarlo sin licencia de su Gran Maestre, por la razon de que no pueden testar sin ella (1), la que en el cap. 1. dexo explicada, num. 13. De otro punto relativo á esto trataré en el num. 23.

15 Para que el instituyente pueda vincular todos sus bienes teniendo ascendientes, ó descendientes legítimos, es preciso no solo que impetre facultad Real, sino que esta preceda á la institucion del Mayorazgo: porque si la obtiene despues de erigido, no valdrá la vinculacion, á causa de estarle prohibida: á menos que por la misma facultad se apruebe, y confirme, que en este caso será válida, como si la hubiera precedido (2); pues aunque cada uno es libre, dueño, y señor de su hacienda, y puede hacer de ella lo que quisiere (3); esto se entiende quando no interviene pro-

(1) Addent. ad Molin. de Primogen. lib. 2. cap. 9. num. 69. (2) Ley 3. tit. 7. lib. 5. Recop. (3) Ley in re mandata 21. Cod. Mandati. (*a*) Nota 4.

hibicion legal, como sucede entre padres, é hijos legítimos, que no pueden ser privados de la legítima que se les debe, sin expresa facultad del Legislador, excepto que para ello concurra, y se pruebe alguna de las causas expresadas en el Cap I. de esta obra §. VII. Y si el Rey que la concede, fallece antes que se erija el Mayorazgo, no espira por eso, y así valdrá la fundacion que en su virtud se haga, como si viviera. En quanto á si el que tiene hijos, y quiere vincular sus bienes con facultad Real debe, ó no en las preces para su obtencion expresar quántos tiene, para que no se alegue ser subrepticia la gracia, véase al Señor *Gregor. Lop. en la glos. 2. de la ley 36. tit 18. Partid. 3.* y los que cita (*).

16 Pero aunque no intervenga facultad real, si el fundador tiene solamente ascendientes, y estos prestan su consentimiento y licencia, renunciando á su favor la legítima que por derecho les pertenece puede vincular todos sus bienes (1). Lo mismo puede hacer teniendo descendientes legítimos, por una de tres causas: I. Si los tales descendientes renuncian con juramento la legítima que les corresponde, y puede corresponder, sin perjuicio de sus alimentos, (pues se les deben dar (2) aunque sean naturales) y de la dote de las hembras; y el fundador erige el Mayorazgo en conseqüencia de la renuncia en su hijo mayor, y su legítima posteridad. II. Si los hijos siendo mayores de 25 años se conforman en que el de mas edad suceda en la herencia paterna, quedándoles los precisos alimentos, jurando su padre el consentimiento, ó licencia que para ello les dé, y no revocándolo, y ellos la renuncia que hagan á favor de su hermano. Y III. quando el hijo único mayor de 25 años consiente, y aprueba expresamente la ereccion del Mayorazgo, y gravamen que su padre le impone en su legítima (3), como dexo sentado en el Cap. I. §. IV. y en los demás casos que explicaré en mi segunda parte libro y capítulo 2. num 10. y 11, y así para la estabilidad de los Mayorazgos erigidos sin real permiso en detrimento de las legítimas de los demas hijos conviene que estos aprueben su fundacion, y gravamen, y renuncien con

(*) Ley 3. tit. 7. lib. 5. Rec. (1) Ley Paulus 47. §. Patroni, ff. de Bon. libert. Tello Fernandez, en la 6. de Toro, n. 65. (2) Leyes 8. tit. 13. Partid. 6. (3) Ley Si quando talis concessio 35. §. Et generaliter, Cod. de Inofficios. testam.

juramento el derecho que tienen á ellas, obligándose á no pedir mas que lo que su padre les dexe (1).

17 Si el fundador carece de ascendientes, y descendientes legítimos, puede como dueño disponer de todos sus bienes, imponiendo á su heredero las posibles, y honestas condiciones que le parezca, á su arbitrio, y eleccion, ya sea dexándolos vinculados, ó libres; sin que nadie aunque sea su hermano, tenga potestad para impedírselo, como dexo expuesto en dicho Cap. I. §. VI. al principio.

18 Convienen estas dos clases de fundaciones en que por muerte del poseedor del Mayorazgo sin acto de aprehension ni entrega, y con sola la hecha al primer llamado á su obtencion, y goce se transfiere por ministerio, y disposicion de la ley 45. de Toro la posesion civil, y natural en qualquiera sucesor legítimo para siempre, de modo que jamás se verifica estar vacante civilmente el Mayorazgo, ó vínculo: y en que los bienes de ámbos siempre estan unidos, y ningun poseedor los puede vender, gravar, ni enagenar sin real permiso (*a*). Y se diferencia en que por la hecha con facultad real puede el ascendiente perjudicar á los demás descendientes legítimos, dexándoles sus alimentos solamente; pero haciéndola sin ella, no debe exceder del tercio, y remanente del quinto, á menos que intervengan las circunstancias expresadas en el núm. 16. y asimismo en que instituyéndolo con facultad real, puede llamar á su obtencion al descendiente que quisiere derogando el Rey expresamente la ley 27. de Toro: y sin ella no, pues debe arreglarse precisamente al órden, y forma que esta ley prescribe, como he explicado en el cap. I. §. IV. y explicaré en el 22. de este, num. 68 (2).

19 Si el padre tiene hijos, y nietos, y funda Mayorazgo de todos sus bienes, no puede (aunque intervenga facultad real) llamar al nieto, excluyendo á los hijos, á menos que esta se lo permita expresamente, y si el tal nieto es hijo del nombrado en ella, porque se hace injuria á este (3); pero si la facultad es genérica para llamar á qualquiera de sus hijos, puede elegir de ellos el que quisiere, y no preferir al primogénito (4), dexando

(1) Villadiego en su Política, y forma de libelar, num. 201. y 202.
(2) Señor Roxas Almans. disp. 2. quæst. 3. §. 1. (3) Señor Covarruv. lib. 1: Variar. cap. 19. num. 4. (4) Villad. en el lugar citado, num. 209.
(*a*) Nota 5.

á los demás los competentes alimentos que se les deben por derecho natural, y positivo.

20 La muger casada puede fundar Mayorazgo por testamento, y última voluntad sin licencia de su marido, vinculando el tercio, y remanente del quinto de sus bienes entre sus descendientes legítimos por via de mejora, y si obtiene para ella real permiso, puede estenderse á todo lo que este le permita (1). Pero por contrato entre vivos ha de intervenir precisamente dicha licencia; á menos que la real facultad derogue la ley 55. de Toro, y las del Fuero Real con ella concordantes, que prohiben á la muger casada tratar, y contratar, comparecer en Juicio sin ella (como queda expuesto en el cap. I. §. IV. n. 120 y 121), que en este caso podrá fundarlo, sin que sea necesaria la licencia, ni concurrencia marital.

21 El hijo de familia teniendo para testar la edad que prefine la ley quinta de Toro, puede fundar Mayorazgo de la tercera parte de sus bienes por testamento, y última voluntad sin licencia de sus ascendientes: y con facultad real de todos, perjudicando á sus ascendientes en la legítima que la sexta tambien de Toro les concede (2). El Obispo aunque sea Frayle puede instituir Mayorazgo de sus bienes patrimoniales, é industriales en favor de su hijo natural, ó de su sobrino, pariente, ó estraño (3): y con beneplácito apostólico, y real de los adquiridos por respeto de la Iglesia.

22 El ascendiente que en contrato, ó última disposicion funda Vínculo, ó Mayorazgo por via de mejora de tercio, y quinto, sin intervenir facultad real, debe observar indispensablemente en los llamamientos á la obtencion del tercio este órden: primero ha de llamar á sus legítimos descendientes, y á sus lineas: á falta de estos, á los ilegítimos que hayan derecho de poder heredarle: no habiéndolos, á sus ascendientes: si ninguno de los referidos tiene, á sus parientes: y en defecto de todos, á estraños; y en esta forma les puede imponer el gravamen de restitucion, y fideicomiso, y no otro alguno, por la razon expuesta en el cap. I. §. IV. n. 113.: hacer en el tercio los vínculos, sumisiones y substituciones que quisiere: señalar los bienes de la mejora, mas no cometer á otro

(1) Arg. leg. verba, 20. ff. de Verb. significat. (2) Mieres, de Major. parte 1. quæst. 1. num. 21. (2) Glos. in cap. de Monachis, quæst. 1. & in c. 1. y 18. quæst. 2.

la consignacion (1): y hacerlo tambien incompatible, regular ó irregular, porque el Mayorazgo incompatible es regular: la incompatibilidad es una qualidad que no altera el órden prescrito por la ley de Toro: el que puede hacer un acto, lo puede calificar honesta, y prudentemente á su arbítrio: la ley no le priva de calificarlo, y si únicamente de que altere el órden de los llamamientos: y por la incompatibilidad no lo invierte, ni los altera, ni por consiguiente la infringe, ni tampoco por hacerlo irregular (2). Sobre cuya inteligencia en quanto á los llamamientos, véase á *Avendaño* en la ley 27. de Toro, y á los que cita. En el quinto puede imponer no solo el gravámen de restitucion, y fideicomiso, y la incompatibilidad, sino otro qualquiera posible, y honesto; todo lo qual se ha explicado latamente en dicho cap. I. §. IV. n. 113. y sig.

23 Como si los Comisarios, apoderados ó mandatarios se exceden en sus comisiones, es nulo lo que practican en el exceso (3), el qual se puede cometer de cosa á cosa, de persona á persona, de cantidad á cantidad, y de otros varios modos (4); y el Escribano despues de vistas en el cap. I. §. XVI. las facultades concedidas por derecho á los electos para hacer testamentos, deseará saber hasta donde se extienden las de los que lo son para fundar Mayorazgos, y por consiguiente si en virtud de las que les confieren los que quieren fundarlos, podrán hacerlos regulares, ó irregulares, compatibles, ó incompatibles que es el segundo punto propuesto en el num. 14., y para la debida claridad distingo seis casos: I, quando el testador dá comision, y facultad á algun amigo suyo *para que de todos sus bienes, ó de parte de ellos erija Mayorazgo en el modo, y forma que le tiene comunicado.* En cuyo caso puede hacerlo incompatible, regular ó irregular, y declarando habérselo comunicado, y ordenado así el testador, valdrá esta declaracion, ya sea hecha con juramento, ó sin él, con tal que no tenga inverosimilitud, ó repugnancia grande de hecho, ni de derecho, pues de ámbos modos debe ser creido, y para ello basta su simple asercion (5). II, quando en el poder, ó última volun-

(1) Leyes 18. 19. y 27. de Toro, que son las 2. 3. y 11. tit. 6. lib. 5. Recop. (2) Ley Quidam testament. 96. §. fin. ff. de Leg. 1. Sr. Roxas Alm. disput. 2. quæst. 3. desde el 8. al 23. (3) Ley Si pupillorum. 7. §. Si Prator, ff. de Reb. eor. qui sub tutel. Sr. Greg. Lop. en la 16. tit. 11. Part. 6. glos. 4. q. 11. (4) Señor Solg. de Reg. part. 4. cap. 3. num. 72. (5) Ley Theopompus 14. ff. de Dote præleg. y ley Quem hæredi 25. ff. de Reb. dub. Sr. Rox. Almans. de Incompat. disp. 2. q. 2. n. 1. al 10.

tad dice: *que le concede libre facultad para constituir el Mayorazgo.* Y en este caso puede hacerle igualmente incompatible, regular ó irregular; y se entiende conferida esta libre facultad, ó potestad, siempre que el poder dante se explica de una de quatro maneras. 1, si dice: *que se la concede para que lo funde, ó no*, pues por esta expresion es visto concederle no solo libre facultad, sino absoluta potestad para una de las dos cosas. 2, si se la confiere *para hacerlo regular*, ó *de agnacion*, ó *eleccion.* 3, quando se la concede *para fundarlo del modo, y forma que quiera, y le parezca.* Y 4, si se la dá *para que en su nombre lo instituya del modo, y forma que él mismo puede por sí practicarlo*: y conteniendo el poder alguna de estas quatro expresiones, ú otras semejantes, y de igual vigor, puede el Comisario hacer incompatible, regular ó irregular el Mayorazgo (1). III es, *quando el testador le dá simple facultad para fundarlo*, y entónces puede constituirlo del própio modo, porque se subroga en su lugar, y puede practicar lo que el própio mandante, pues de lo contrario será inútil la potestad que le confiere, y visto que nada comete á su voluntad (2). IV, quando le confiere facultad *para fundarlo á su arbítrio*, ó *como arbitrador.* En cuyo caso puede hacerlo regular solamente, porque el arbítrio se ha de gobernar por el derecho, y por la razon, prudencia, y equidad, y no por despótica voluntad; y aunque por ser libre la comision conferida en la mera voluntad del Comisario, puede obrar este con libertad: no así quando se confiere en su arbítrio, por lo que debe proceder estrechamente, y ceñirse á lo que la mayor parte de los hombres suele hacer. Pero si la facultad es *para que lo instituya á su libre*, ó *pleno arbítrio*: ó *á su arbítrio*, y *voluntad*, podrá erigirlo incompatible, regular ó irregular (3). V es, quando se la da *para fundarlo segun las leyes de este Reyno*; ó *segun su costumbre*; y entónces está destituido de potestad para hacerlo irregular, é incompatible, y así debe instituirlo regular precisamente: porque las leyes fundamentales de él establecen por regla general, y suponen que debe ser regular, y sin el gravámen de incompatibilidad (4). Y VI, quando en vida funda Mayorazgo el poder dante, y por última voluntad comisióna á alguno *para que de los bienes libres que tiene, instituya otro nuevo.* En cuyo caso

(1) Señor Roxas, ibi. §. 1. num. 12. al 28. (2) Señor Roxas, ibi. §§. 2. y 3. num. 29. al 70. (3) Id. ibi. §. 4. num. 71. al 80. (4) Id. ibi. num. 81.

este Mayorazgo debe ser de la misma naturaleza, y qualidad que el erigido por el testador en su vida sin diferencia, no obstante que le conceda simplemente la facultad; y la razon es, porque en derecho (1) se presume, y debemos creer que el testador quiso que despues de su muerte practicase su Comisario lo que él practicó miéntras vivió (2). Y se advierte que para usar el Comisario de la facultad que le confiere el poder dante á efecto de fundar Mayorazgo, no le prefinen término las leyes, como para ordenar su testamento, por lo que podrá fundarlo quando quiera, si no se lo limitó: y asimismo que si el Comisario falleçe ántes de usar de su comision, se tendrá el Mayorazgo por hecho, y se juzgará, y estimará regular, no apareciendo otra cosa de la voluntad del poder dante (3). Acerca de todo lo qual véase al Señor *Roxas Almansa*, y á los que cita para mayor instruccion. Y tambien se advierte que el Comisario con facultad de elegir sucesor, debe hacer la eleccion una vez requerido, sin esperar á que cumpla el año concedido por derecho para hacerla de lo legado en testamento, porque la ley (4) habla de la eleccion de bienes, y no de la de personas (5).

24 Para que el Escribano principiante sepa que es *consaguinidad*, *linea y grado*: quantas son las lineas de parentesco natural: y con facilidad comprehenda el modo, y diferencia de contar los grados por Derecho Civil, y Canónico: y que nombres dan los AA. á las lineas mas esenciales de los Mayorazgos, trataré separada, ordinal y concisamente de todo con la claridad posible. La *consanguinidad* es union de varias personas por parentesco natural, que dependen de una raiz, ó tronco, y se llama consanguinidad, porque del ayuntamiento, ó union de la sangre del padre, y de la madre se procrean los hijos. La *linea de parentesco natural* es enlace y conexion que algunas personas tienen entre sí, descendiendo unas de otras, y todas de una raíz, ó tronco, haciendo grados distintos (6). Y *grado* es distancia de personas, por la qual se conoce la que hay entre los consanguíneos, para que puedan juntarse en-

(1) Ley Cum servus 82. ff. de Condit. & demonstr. y ley Postul. 44. ff. ad Senatus Consult. Trebellian. (2) Señor Roxas Almansa disp. y quæst. 2. cit. §. 4. num. 82. y 83. (3) Id. ubi. prox. §. 5. (4) Ley fin. §. Sed si quis Cod. Commun. de legat. (5) Sr. Molin. de Primog. lib. 2. cap. 4. num. 43. y sig. Sr. Castill. lib. 4. Controv. cap. 36. num. 11. (6) Leyes 1. y 2. tit. 6. Part. 4.

tre sí recíprocamente (1). Y se previene que en los Mayorazgos se atiende á la linea, grado, sexô y edad de los pretendientes que intentan suceder en ellos.

25 Las lineas son dos, una *recta*, y otra *transversal*: la *recta* comprehende únicamente á los *ascendientes*, y *descendientes*. Los *ascendientes* son padres, abuelos, visabuelos y demás que suben hasta la raiz. ó tronco. Los *descendientes* son los que nacen de estos, como hijos, nietos, viznietos, tataranietos, ó nietos terceros, y demás que baxan derechamente por la linea. La *transversal*, que tambien llamamos *colateral*, es aquella en la qual se incluyen, y comprehenden los hermanos, tios, primos, sobrinos, y quantos provienen de estos: y se llama así, porque todos los que están comprehendidos, ó incluidos en ella, no nacen uno de otro como en las dos anteriores (2), ni ocupan la linea recta, sino las de los lados. Esta linea no entra sino en el tercer grado, despues que las de ascendientes, y descendientes se extinguen, y no ántes (3), y en el Mayorazgo fundado por un hermano preferirá su hermano menor entero al mayor consanguíneo, ó uterino, al modo que en el abintestato (4). En la linea de ascendientes se empieza á contar (segun el árbol siguiente) por el n. 15. subiendo linea recta; y para saber los grados, se dice: el n. 15. está en primer grado con el 10.: en segundo con el 5. en tercero con el 2. y en 4. con el 1.: y así de todos los demás que haya, subiendo de grado en grado. En la linea de descendientes se empieza tambien á contar desde el mismo núm. 15. ácia abaxo linea derecha: y así el núm. 15. está en primer grado con el 20.: en segundo con el 25.: en tercero con el 30.: y en quarto con el 35.: y sucesivamente con los demás que haya descendiendo; porque son cinco personas, y quitada la que hace tronco, quedan quatro.

26 Para conocer los grados de parentesco que por derecho real (con el que conforma el civil) tienen entre sí los transversales, ó colaterales, se cuenta de esta manera: dos hermanos entre sí están en segundo grado, porque son dos lineas, pues cada uno forma la suya, y cada persona un grado: los hijos de ámbos

(1) Ley 3. tit. 6. Part. 4. Engel. lib. 4. tit. 14. (2) Leyes 2. 3. y 4. tit. 6. Part. 4. y 2. tit. 13. Partid. 6. (3) Ley 1. al princ. y ley Stemma, ff. de Gradib. y ley 2. tit. 13. Partid. 6. donde dice La tercera: : (4) Boxas, de Incompat. Part. 3. cap. 6. §. 17. num. 253. y sig. Carol. Anton. de Luc. de Linea legali, art. 9. num. 7.

que son primos carnales, en quarto: y los hijos de estos en sexto (1). Y para saber estos grados, se han de contar todas las personas que se hallen en las dos lineas que comprehenden á los colaterales, de cuyo parentesco entre sí se trata, v. gr. segun dicho árbol: he dicho que dos hermanos se hallan en segundo grado: pues se ha de contar desde uno de ellos hasta su padre, y luego baxando, desde este al otro hijo, en cuya cuenta se advierte haber tres personas, que son el padre, y los dos hijos de las quales suprimida la del padre, que es el tronco, quedan dos, y por esto se dice que están en segundo grado, pues es regla general tanto en la linea recta como en la transversal, que hay tantos grados como personas, quitada la una que es el tronco. El própio órden que va referido en quanto á los hermanos, se observa respecto de sus hijos entre sí, y de sus descendientes.

27 Para no confundirse véase el árbol genealógico siguiente, por donde haciendo la cuenta expuesta, no se dudará qual es la linea recta, y qual la transversal, ni que grado de parentesco tienen entre sí las personas que se hallan en él: y así en la linea recta, empezando á contar desde el num. 1. hasta el 35. hallará nueve personas, de las quales quitada la del tronco, que es el num. 1. quedan ocho, y por consiguiente se dirá que el num. 1. está en octavo grado con el 35.: y lo mismo subiendo desde este hasta aquel.

28 La *linea transversal* es de dos maneras: *igual, y desigual. Igual* se llama, quando dos, ó mas consanguíneos en ella contenidos, distan igualmente del tronco de todos, v. gr. dos hermanos; y desigual, quando uno se aleja de él mas que el otro, v. gr. el hermano, y su sobrino (2). En esta linea tanto igual como desigual se puede empezar á contar por qualquiera de las personas, de cuyo parentesco se trate, subiendo hasta encontrar con el tronco de donde todas descienden, y baxando despues desde él hasta la otra persona: v. gr. se quiere saber en que grado de parentesco se hallan entre sí los núm. 13. y 15. se empezará á contar por qualquiera de ellos, y subirá hasta el num. 5. que es el tronco, y luego se baxará desde este hasta el otro igual, y se halla-

(1) Leyes Jurisconsultus, ff. de Grad. y 3. tit. 6. Partid. 4. Institut. de Grad. cognat. y cap. Ad sedem. 35. quæst. 5. caus. 33. (1) Roxas, dicho capit. 6. §. 18. num. 282. y sig. Card. de Luc. art. 9. cit. n. 2. y sig. Señor Castillo, lib. 5. Controv. cap. 93. num. 35.

rán cinco personas, de las quales se quitará la del tronco, y quedarán quatro: y por consiguiente estarán entre sí en quarto grado los num. 13. y 15.

29 Todo lo explicado en quanto al modo de contar los grados de parentesco natural en las lineas recta, y transversal igual, y desigual, procede segun Derecho civil, y real, como dexo expuesto, para el efecto de suceder, y heredarse los parientes abintestato (1); y por identidad de razon milita lo própio en las sucesiones de Mayorazgos, Vínculos, Patronatos, Aniversarios y Capellanías, no mandando su fundador otra cosa; y la razon es: I, porque como este derecho trata de la admision de los parientes á las sucesiones, y cada persona es capaz por sí sola de suceder en las herencias por opulentas que sean, sin necesidad del auxîlio de otra, constituye un grado en cada una para que aquellas pasen de una á otra: II, porque el acto de testar, y heredar es puramente profano, temporal y civil, sujeto á las leyes de los Príncipes seculares, las quales en cada Reyno, Principado ó Dinastia tienen prescrito las reglas de practicarlo, y suceder en bienes temporales, de las que no debemos jamás desviarnos, antes sí observarlas exâctamente; y al modo que el Derecho civil, y real no se mezcla, ni debe mezclar en disponer á cerca de las materias puramente espirituales, y eclesiásticas, que peculiar, y privativamente incumben á la potestad eclesiástica, y Derecho canónico: tampoco este en las mere temporales, y profanas. Y lo III, porque lo que este derecho prescribe en órden á estas, debe regir, y obligar no en todo el Orbe christiano, sino en el Estado pontificio solamente, como leyes establecidas por un Príncipe secular (que tambien lo es el Sumo Pontífice) para el territorio de su dominacion, fuera del qual como tal no se extiende su potestad temporal, por no ser súbditos suyos los que habitan en otros Reynos; y lo contrario será equivocar, y confundir ámbas potestades; por lo que en las sucesiones se deben contar los grados de parentesco con arreglo al precepto del Derecho real, y no del canónico; y lo mismo se debe observar en la computacion de ellos para la recusacion de Señores Ministros togados, en las elecciones de Oficiales de República, en el retracto por consanguinidad, y en qualesquiera otros actos ci-

(1) Dicha ley 3. tit. 6. Partid. 4. leyes del tit. 1. lib. 4. del Fuero juzgo, y cap. Ad sedem Cleat.

viles, y profanos, porque están sujetos á las disposiciones civiles, y reales, y por ellas se deben gobernar. Y porque algunos poco, ó nada versados en ámbos Derechos, dicen que quando el testador dexa todos sus bienes, ó cierta parte, ó legado á parientes suyos dentro del quarto grado sin mas expresion, se ha de contar este grado por el Derecho canónico, y no por el civil á pretexto de ser cosa pia, sobre cuya errónea inteligencia se suscitan pleytos, que por injustos no debian admitirse, (pues en la disposicion del testador se debe considerar mas la propincua aficion, y proxîmidad de grado, que la remota, como senté en el cap. 1., y quando nada previene, ni distingue, es visto conformarse segun debe, con el derecho que trata de las sucesiones) para evitarlos, le advertirá el Escribano que declare si se han de comprehender solamente los primos, y sobrinos carnales, que son los que están dentro del quarto grado contado por Derecho civil, y real, y á quienes como mas cercanos es presumible, y natural tenga mas afecto, porque participan mas de su sangre: ó tambien los ulteriores hasta los primos terceros que están en el quarto por el canónico: ó en una palabra, que diga si el quarto grado se ha de contar por este, ó por aquel Derecho; y tambien si los de grado mas cercano, ó los que tengan parentesco geminado, ó doble con él, deberán llevar mas, ó ser iguales todos; con cuya manifestacion de voluntad cesa todo motivo de disputa; pues aunque las leyes de Partida, que tratan del abintestato, conceden la sucesion á los transversales hasta el décimo grado, segun expuse en el cap. 1. §. VIII.: esto no es decir que los grados se han de contar por Derecho canónico, ni derogar la ley tambien de Partida, que prefine el modo de contarlos en materia de sucesiones, sino prorrogar, ó ampliar el derecho de suceder segun el civil, y real hasta el décimo grado á los parientes que exîsten dentro de él, lo qual es muy diverso.

30 La Iglesia considerando los gravísimos daños que se ocasionaban de conceder libertad, y permision á los parientes para contraer matrimonio entre sí, los que especifica el Prólogo del t. 6. Partid. 4. concordante con las disposiciones canónicas, prohibió justísimamente los casamientos entre ellos dentro del quarto grado, ya sean consanguíneos, ó afines, y la afinidad provenga de matrimonio consumado, ó de la cópula ilícita fuera de él, porque por esta ya sea lícita, ó ilícita, se contrae la afinidad, y no por los

esponsales, ni matrimonio rato (1). Y así por Derecho canónico (que no sirve para las sucesiones, y solo tiene por objeto averiguar hasta que grado se impiden los matrimonios, á efecto de conceder dispensas para celebrarlos los contrayentes) se constituye un grado en cada generacion, y como los enlaces matrimoniales no pueden verificarse, ni hacerse sino entre dos personas, establece que cada dos colaterales formen un grado, y por consiguiente que los hermanos aunque se hallen en lineas diversas, esten en primer grado, y á este respecto los ulteriores; por lo que se observa distinta regla, tanto en la linea transversal igual, como en la desigual; pues en la recta ámbos derechos convienen, y no se conceden dispensas á los consanguíneos, ni afines (2). En la linea igual se empieza á contar desde una de las personas, de cuyo parentesco se trata, y se sube hasta el tronco, y no mas; y el grado de parentesco que tiene con este, tienen entre sí: v. gr. se quiere saber en que grado se hallan segun esta regla los núm. 9. y 11. del árbol, que son primos carnales: se cuenta por qualquiera de ellos hasta el núm. 2. que es el tronco de ámbos, y se hallan dos grados, porque descontado el tronco que es dicho núm. 2. su abuelo, quedan dos personas, y este es el grado que tienen, y distan entre sí dichos núm. 9. y 11. Lo própio se observa entre los descendientes de estos en dicha linea transversal igual; pero es de advertir que conocido ya el grado segun esta cuenta, se ha de baxar desde el tronco hasta la otra persona, contando los grados que baxa para saber si están en primero con primero, ó en segundo con segundo, ó en tercero con tercero, &c. v. gr. el núm. 9. dista dos grados del núm. 2. que es el tronco: desde este al 11. hay otros dos grados con que dirémos están entre sí en segundo con segundo: y por esta misma regla se sabrá en que grado se hallan entre sí los núm. 13. y 16. que es en el tercero con tercero, y los 18. y 21. que es en quarto con quarto, y así todos los demás transversales iguales.

31 En la linea transversal desigual se empieza á contar por el mas remoto del tronco, y los grados que diste de este, tendrán entre sí los colaterales, de cuyo parentesco se trate; v. gr. se quiere

(1) Leyes 4. y 5. tit. 6. Partid. 4. cap. Discretionem, de eo qui cognov. consanguin. uxor. suæ. cap. Preterea, de Sponsalib. y cap. Per tuas, de Probation. (2) Leyes 3. y 4. al fin. tit. 6. Partid. 4. y ley 5. sig. & ibi glos. ultim.

saber que grado de parentesco tienen entre sí los nn. 9. y 16. se ha de empezar á contar por el 16. que es el mas remoto del tronco num. 2. del qual dista dicho 16. tres grados: despues se baxará desde el referido tronco al num. 2. y se hallarán dos grados: con que diremos que el num. 16. está en tercero con segundo grado de parentesco con el 9. Lo mismo se debe observar en todas las lineas transversales desiguales del árbol: por exemplo: se intenta saber en que grado de parentesco se halla el num. 26. con el 18.: se contará desde el 26. hasta el 2. que es tronco, y se hallará que dista de este cinco grados: luego se baxará desde el tronco hasta el 18. y se encontrarán quatro grados, (pues el tronco jamás se incluye en la cuenta) por lo que se dirá que el num. 26. está con el 18. en quinto con quarto grado de parentesco natural transversal desigual: y que el 26. está en quinto, y el 18. en quarto recto con el 2. que es el tronco de donde todos provienen, pues el que más se alexa de este, mas grados dista de él.

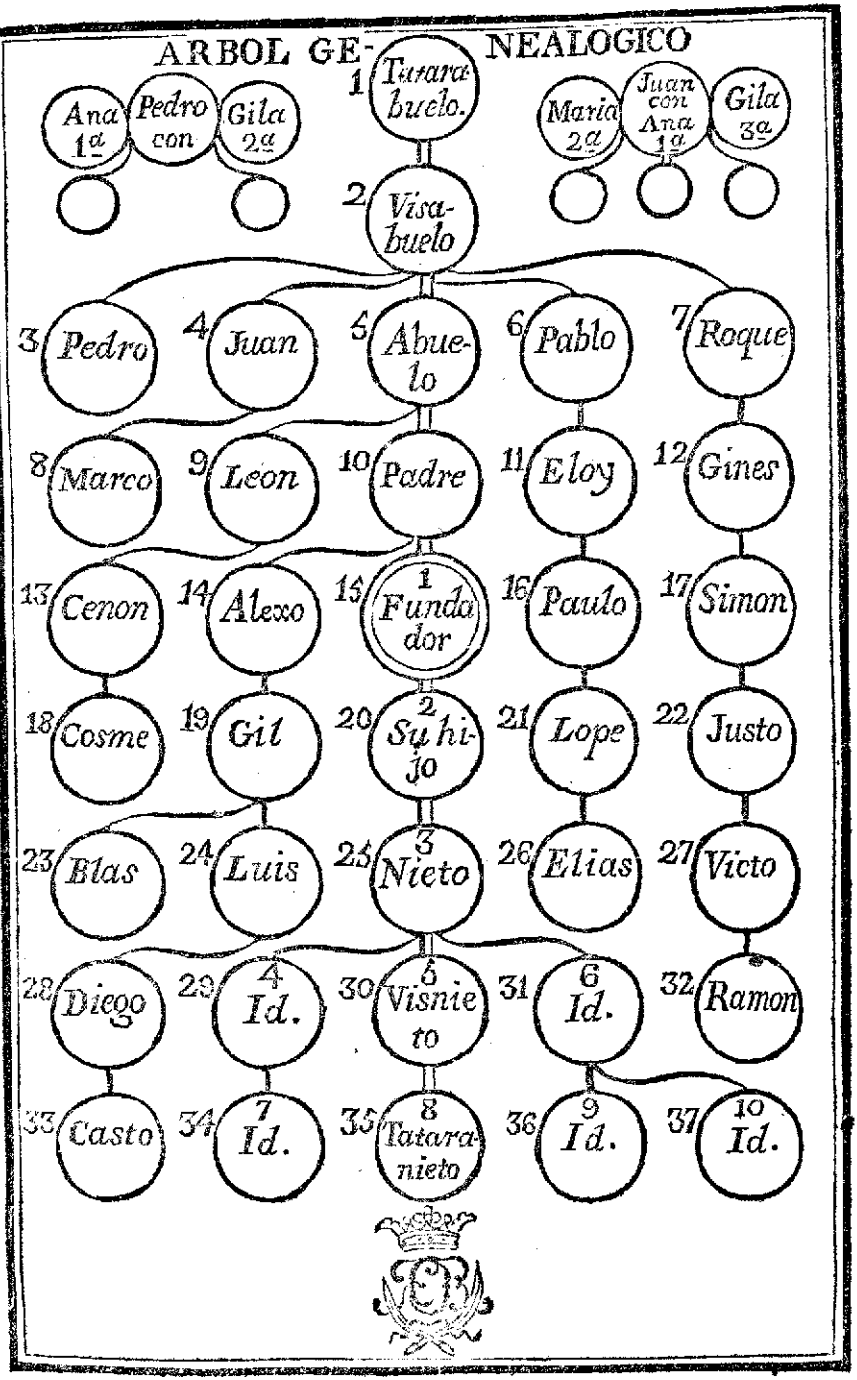
32 Tambien se pueden sacar los grados por las generaciones, y así se dirá que hay tantos grados como generaciones. Para conocerlos en la linea recta, se ha de mirar siempre al tronco de aquel que intenta tener parentesco con él, v. gr. el num. 35. con el 1. del árbol, se dirá que estos se hallan en quarto grado por linea recta, porque hay quatro generaciones. En la transversal igual, y desigual se cuentan estas del mismo modo; pero sin variar el órden, y regla que queda explicada, tanto haciendo la cuenta por Derecho civil, como por el canónico: v. gr. en la transversal igual se hallan los nn. 18. y 21.: Por derecho civil están entre sí en octavo grado, porque desde su tronco, que es el num. 2. hay ocho generaciones, que son las quatro de cada lado. En la transversal desigual están los núm. 18. y 26. los quales se hallan entre sí en noveno grado por Derecho civil, porque hay nueve generaciones no mas, aunque son diez personas, desde el núm. 2. que es el tronco, de donde las dos lineas descienden. Por Derecho canónico los mismos número. 18. y 26. están entre sí en quinto con quarto grado, porque las generaciones se cuentan desde el mas remoto, que es el 26. hasta el tronco, que es el núm. 2.; y despues se desciende desde el própio núm. 2. hasta el 18. que son quatro generaciones, y por lo mismo se debe decir que se hallan entre sí en quinto con quarto, porque el referido tronco número 2. dista del 26. cinco generaciones, y el 18. no mas que quatro, y quantas mas, ó menos

se alexen de él, tantas estarán mas, ó menos distantes.

33 Por el expresado árbol se puede enterar el Escribano principiante no solo del modo de contar los grados de parentesco, sino del de formar los árboles para la sucesion de Mayorazgos, Patronatos, Vínculos, Aniversarios y Capellanías: y comprehender si los parientes que intentan casarse, se hallan, ó no dentro del quarto grado, fuera del qual estando ámbos, ya no necesitan dispensa. Pero para mayor inteligencia en él, y evitar confusion, prevengo: I, que los números que están al lado de cada casilla, ó círculo, no se pusieron con otro fin que el de que en caso de disputa se venga en pleno conocimiento de los litigantes, y se pueda contar con facilidad desde cada uno al tronco, ó fundador, ó último poseedor; y así no los tenga el Escribano por grados, pues no lo son: II, que los sugetos puestos al lado diestro (que es el de los núm. 2. y 3. aunque como se mira al frente, en el siniestro) son los mayores en edad, y nacimiento, y por consiguiente de linea predilecta, y así se deberán poner siempre: y á los menores en el siniestro por el órden de su nacimiento en todas lineas; y á los que tengan iguales grados, en seguida frente unos de otros, segun se figura. III, que si se hace algun árbol solo para saber la descendencia, parentesco y mayoría y edad, se deben poner por el órden del nacimiento así los varones como las hembras de cada linea sin distincion; pero si es para algun litigio sobre Mayorazgo que no sea de femineidad, deben estar en mejor lugar por el órden expuesto los varones, aunque haya habido hembras interpoladas entre ellos, ó antes, porque como son llamados primero á su obtencion, deben ocupar el lado superior. IV, si el fundador del Mayorazgo, ó alguno, ó algunos de los sucesores se casaron dos, ó mas veces, se han de enlazar las casillas, y de cada matrimonio salir su descendencia del modo que se figura en los dos ángulos superiores de la página en que está el árbol. V, que los números que van dentro de las casillas del fundador, y de su posteridad, se han puesto con el único fin de distinguir esta de los demás que incluye el árbol; pues á no ser por esta razon, no hubiera puesto mas que los colaterales que llevan todas las casillas, como se estila; por cuya razon, y porque la del fundador hace centro, la distinguí, y así no se debe tener por otra familia, sino por una misma que desciende por linea recta del num. 1. y concluye en el 35. VI, que aunque algunos en la formacion de árboles ponen el tronco abaxo, y de él suben naturalmente

por su órden las ramas: yo siguiendo la costumbre de esta Corte, para que se perciba mejor, y evitar confusion, formé al contrario el mencionado. VII, que si alguno tiene parentesco geminado por haberse casado algun ascendiente suyo con sobrina suya, parienta, ó descendiente del fundador: se ha de tirar desde la casilla del tal ascendiente á la de la hembra una linea sutil, (que llaman oculta) ó se ha de duplicar, y enlazar la casilla de ella con la suya, expresando dentro, ó á su margen ser la misma puesta en la otra linea, para que se conozca, y es lo mejor: y los pretendientes, y último poseedor se han de distinguir con alguna señal de los demás, como el fundador. VIII, que si alguno de los pretendientes, ó el de donde dice que proviene, no prueba su parentesco con el fundador, ó se duda de él, no se ha de unir, ni enlazar su casilla con la otra con quien solicita emparentar, sino dexarse suelta sin enlace alguno. Con suyas prevenciones, y con lo explicado arriba podrá el Escribano entender el árbol siguiente, formar los que le ocurran y contar los grados de parentesco: y si quiere mayor instruccion, vea las leyes 3. y 4. tit. 6. Partid. 4: á *Engel. lib.* 4. *tit.* 14. §. 1: á *Rienfestuel*, *lib.* 4. *tit.* 14. §. 1: á *Gonzalez*, *lib.* 4. *tit.* 14. *cap.* 3. y á otros AA., y el árbol genealógico, y su explicacion puesto á continuacion de la ley 2. tit. 6. Partida 4.

ARBOL GENEALOGICO



34 Aunque las lineas son solamente dos, como dexo expuesto, á saber: *recta*, y *transversal*; los AA. que tratan de los Mayorazgos, dan diversos nombres á las que contemplan mas esenciales en ellos. A la I llaman *paterna*, y *efectiva*, y es la que tiene por cabeza al padre, y en él su principio, en la qual se comprehenden solo los descendientes de este: y llamados los de ella, ó la misma linea, no vienen los de la hembra provenientes del mismo padre, porque por la hembra se rompe la linea paterna de la que trae su orígen la agnacion (1), y la hembra es el fin de la própia familia (2). A la II *materna*, porque su tronco, cabeza ó raiz es la madre (3). A la III *masculina*, porque su origen proviene de varon. A la IV *femenina*, porque principia, y dimana de hembra que constituye linea (4), la qual se divide en dos clases, ó especies, la 1.ª se llama *inceptiva*, porque tiene su principio en hembra, y así todos los que descienden de ella aunque sean varones, se llaman de linea femenina porque proceden de aquella primera hembra que es su tronco (5). Y la 2.ª se llama *inceptiva*, y *continuativa*, porque se compone solo de hembras sin mezcla de varon alguno, al modo que la de varones sin interpolacion de hembra en la sucesion (6); la qual tiene lugar quando por extincion de la linea masculina entra la femenina, ó quando son llamadas las hembras á la sucesion con exclusion expresa de los varones, pues en el llamamiento de hembras de ningun modo se incluyen los varones; lo que al contrario aquellas sí en el de estos (7); y así en la sucesion de este Mayorazgo se deben observar las mismas reglas que en el de los varones solos, porque versa identidad de razon (8). A la V *actual*, ó *posesoria*, y es la que constituye el actual poseedor, que como legítimo sucesor la ocupa verdadera, y realmente. A la VI *contentiva*, ó *comprehensiva*, y es la que tiene principio en el superior que hace la agnacion, y generacion del padre, por lo que no solo comprehende á este, sino á sus ascendientes, descendientes y transversales, y á los del fundador, y último poseedor en lo que toca á la parte del mis-

(1) Ley Jurisconsult. §. Agnationis, ff. de Gradib. (2) Ley Pronunciatio. §. fin. ff. de Verbor. significat. (3) Ley fin. Cod. Commun. de Succes. leyes 1. 2. y 3. Cod. de Bonis quæ liber. y ley Quidquid, Cod de Bon. matern. (4) Cap. 3. y fin de Consanguinit. & affinit. (5) Dichos cap. 3. y fin. Carol. Ant. de Luc. art. 16. num. 52. (6) §. Cæteram, Institut. de Legitim. agnat. succes.

(7) Ley Si ita sit Scriptum 45. ff de Legat. 2. (8) Ley 1. ff. de His qui sunt sui, vel alieni jur. y ley ult. §. fin. ff. de Legat. 3.

mo fundador, pues para que sea *contentiva*, han de tener parentesco con ámbos, y no basta que lo tengan con el último poseedor solamente. A la VII de *substancia*, y es la que comprehende á los ascendientes, descendientes y transversales sin distincion de varones, ni hembras, mediando entre ella la preferencia solo por atencion y respecto á la linea, grado, sexô y edad: cuya linea como irregular, y por su variedad de dificil comprehension se encuentra en los Mayorazgos en que no se observa el órden regular de llamar, y suceder. A la VIII de *qualidad*, y es la que se compone de las personas que tienen las qualidades naturales, ó accidentales que apeteció el fundador, v. gr. si quiso que los sucesores fuesen agnados, ó de simple masculinidad, nobles, doctores, licenciados, hembras, &c.

35 A la IX llaman linea de *agnacion*, la qual es de tres maneras: 1, *rigurosa*, ó *absoluta*, que es la verdadera, y pura: 2, *limitada*: y 3 *artificiosa*, ó *fingida*. Llamase *rigurosa*, quando el fundador con palabras claras, y terminantes nombra para la obtencion del Mayorazgo á los varones descendientes de varones: ó manda que en él sucedan siempre varones, aunque sean transversales, con tal que vengan de varones, y de ningun modo hembras, aun quando sean hijas, ó descendientes por linea recta del último poseedor: ó que no sucedan varones de hembras: de suerte que en el llamamiento observa rigorosa, perpetua é integramente la masculinidad proveniente de varon en varon sin interpolacion de hembra alguna por linea recta, ni transversal, ni de varon de ella. La *limitada*, es quando el rigor de la masculinidad no se amplia, ni extiende á todos los llamados, sino solamente á algunos determinados, ó á ciertas lineas, grados y tiempo, porque el fundador no fundó el Mayorazgo simple, y absolutamente por conservar perpetuamente la agnacion entre todos sus sucesores. Y la *artificiosa*, ó *fingida* es quando el fundador por no tener agnados en quienes instituir la verdadera, y própia agnacion, la instituye ficta, llamando á varones de varon en varon de hembra, ó hembras, á quienes hace cabeza, ó de cognado, y finge á este, y á la hembra por agnados, como si lo fueran; pero luego quiere que todos sean varones de varones. A la X llaman *masculina*, ó de *simple*, *pura* ó *nuda masculinidad*, porque en ella se incluyen los varones de qualquiera calidad, ya sean varones de varones, ó varones de hembras; pero de ningun modo estas: en cuyo llamamiento no mueve al fundador principalmente la razon de agnacion. A la XI *habitual de primo-*

genitura, y es la que qualquiera primogénito constituye para sí, y para sus descendientes al instante que nace, en exclusion del segundogénito, aunque premuera en vida del poseedor, ó antes, ó despues de la institucion del Mayorazgo. A la XII *electiva*, y es la que comprehende á las personas que eligen aquellos, á quienes el fundador dió facultad para elegir, ó nombrar sucesores en el Mayorazgo. De todas las quales tratan *Roxas de Incomp. part.* 1. *cap.* 6. *num.* 144. al 370. *Aramburu de vera identitate legali*, *cap.* 3. y otros que cita. Y á la XIII llaman *postergada*, y es quando una carece de varon, y por esto pasa el Mayorazgo á otra, y faltando varon en esta, vuelve á la atrasada, que por no tener varon, lo perdió entónces. XIV. Tambien hay linea que llaman *defectiva*, y es quando alguno es llamado porque se extinguió, ó faltó la de otro, pues la de aquel entra á la sucesion del Mayorazgo, y ocupa por defecto el lugar de la de esta (1).

36 El llamamiento *regular* se hace nombrando primero á los varones, sus lineas, y por su extincion á las hembras, y las suyas, prefiriendo aquellos á estas, y el mayor al menor, y mandando el fundador que fenecida la del mayor, pase el Mayorazgo á la del segundo, y despues á las de los demas por el órden de su nacimiento: de suerte que el hijo, y sus descendientes representen siempre á las personas de sus padres, y demas ascendientes, aunque estos no hayan sucedido en el Mayorazgo, (lo qual se llama *suceder por representacion*) y que las hembras de mejor grado, y linea precedan á los varones que lo tengan mas remoto con el fundador; cuyo órden de llamar, y suceder se estiende no solo á los ascendientes, y descendientes, sino á los Mayorazgos fundados por transversales, y extraños: pues se ha de suceder por representacion de los ascendientes en todos los casos, tiempos, lineas y personas, en que los ascendientes han muerto antes de entrar al goce, y posesion del Mayorazgo, no obstante que su muerte haya precedido á la institucion de él: sin que para excluirlos de la sucesion basten presunciones, argumentos, ó congeturas, por precisas, claras y evidentes que sean, sin distincion, ni diferencia alguna no solamente en la sucesion de los Mayorazgos á los transversales, y en estos al úl-

(1) Simon de Petris Interpretat. ultim. voluntat. lib. 3. intepretat. 2. dub. 1. num. 19. Sr. Castill. lib. 5. Controvers. cap. 93. num. 50. Carl. Ant. de Luc. de Linea leg. tom. 1. artic. 14. num. 1.

timo poseedor, sino tambien en los que lo fueren del instituidor, á excepcion de que este quite expresamente la representacion disponiendo lo contrario, como puede, pues entónces se ha de observar su voluntad. Todo lo qual procede no solo en la sucesion regular de los Mayorazgos, sino en la de Patronatos, Vínculos y Aniversarios, como lo mandan las leyes (1), pero no en la de Capellanías colativas, pues en esta se sucede por la proximidad de parentesco con el fundador, y no por representacion, y se atiende á la linea, grado y edad de los pretendientes, no habiendo en su fundacion cláusula que otra cosa disponga; y así muerto el poseedor de Capellanía colativa, aunque un hermano suyo pida posesion de ella, no se le dá, ni debe dar, antes bien se fixan edictos llamando á los parientes del fundador; lo que es al contrario en el Mayorazgo, pues al instante se le da sin perjuicio de tercero de mejor derecho, y es la razon, porque en el Mayorazgo se mira, y atiende al parentesco con el fundador, é inmediacion de él con el último poseedor por lo tocante á la familia del fundador, y no á otra, y á la representacion, si este no la prohibe: y la posesion del Mayorazgo se transfiere por ministerio de la ley 45. de Toro sin acto alguno de aprehension en el siguiente llamado como persona incierta de linea cierta, por lo que nunca está vacante, sobre lo qual véase al Señor Molin. lib. 3. cap. 9; pero en las Capellanías colativas como no hay representacion porque ningun derecho la induce, ni translacion de posesion, ni se atiende al parentesco del pretendiente con el último poseedor, sino con el fundador, y á la linea, grado, edad y demas qualidades apetecidas por este: es indispensable llamar á sus parientes para saber quien las tiene, y aplicar la Capellanía al que esté adornado de ellas, sin cuyo llamamiento, y formal audiencia es imposible saberlo. Tampoco debe darse posesion al poseedor de Mayorazgo de bienes que un tercero está detentando, á pretexto de que estan inclusos en su fundacion, y le pertenecen; porque el detentador se presume poseedor de buena fé con título legítimo, y por esta razon se le debe oir en via ordinaria, y comunicar traslado de esta demanda de reivindicacion, y no despojarle hasta que en definitiva se declare, y destruya el título con que posee; y de hacer lo contrario se le restituirá á la posesion ante todas cosas, y restituido se seguirá el juicio sobre la rei-

(1) Leyes 2. tit. 15. Partid. 2. y 5. 13. y 14. tit. 7. lib. 5. Recop.

vindicacion. Advirtiendo que en los Mayorazgos me parece que no se debe llamar con propiedad *sucesion por representacion*, sino decirse que cada poseedor sucede por su própio derecho como llamado directamente por el fundador: y que quantas sucesiones hay, tantos fideicomisos, substituciones y llamamientos se entienden hechos por este; porque la própia, verdadera y rigurosa representacion se halla solamente en las herencias ab intestato por disposicion, y ministerio de la ley, y no del hombre, y no en las sucesiones de Mayorazgos, Vínculos y Patronatos: pues en estos se sucede por expreso llamamiento que hace el fundador á personas inciertas de lineas ciertas, sin que la voluntad del poseedor, ni su fallecimiento ab intestato puedan privar de la sucesion al inmediato llamado, diferírsela, ni repartir los bienes de su dotacion á otro; pero no obstante mi concepto, cedo al dictámen de los doctos, y á la disposicion de la ley.

37 Al modo que en el Mayorazgo del Reyno (que es el que sirve de pauta á los que instituyen los naturales de él) sucede la línea recta hasta su extincion, sin hacer tránsito á otra, y entra el pariente mas propinquo, contándose la proxîmidad desde el último poseedor, segun la ley fundamental de estos Reynos de Castilla (1); así tambien se observa este órden en los Mayorazgos particulares de sus moradores, no mandando el fundador lo contrario (2): de manera que hasta que se acaben todos los provenientes de la linea del último poseedor que con él tengan mas cercano parentesco por parte sucesible, que es por el lado del fundador, no puede entrar en la sucesion del Mayorazgo otra persona, exîstiendo alguna de la linea *efectiva*, *real* y *directa*, ó de la *contentiva*, aunque aquella tenga con el mismo fundador parentesco mas inmediato. Lo qual procede, porque el hermano que sucedió, hizo parte, y lugar á sí, y á sus descendientes, no solo de la linea *efectiva*, sino de la *contentiva* (como son los hijos de sus hermanas) en tanto grado, que ni los descendientes de otra, aunque sea anterior, como primogénita, ó de mas predilecta qualidad (qual la de varon) pueden competir, ni pretender la sucesion hasta que fenezcan todos los contenidos en la del último poseedor; y es la razon, porque verificado el ingreso legitimo de la sucesion en la linea de uno, reasume esta la qualidad de *predilecta*, *primogénita* y *de suceder*: y de lo contrario se dirian mu-

(1) Ley 2. tit. 15 Partid. 2. (2) Ley 14. tit. 7. lib. 5. Recop.

chas lineas qualificadas de *primogénitas*, y resultaria notorio absurdo, respecto á que la inclusion, ó ingreso de la una produce, y causa exclusion de la otra (1); pues debiendo mirarse dos proxîmidades una de sangre, y otra de sucesion, es preferible esta, especialmente siendo de la sangre del mismo instituyente el pariente mas remoto (2). En quanto á si para suceder en el Mayorazgo cedido ó renunciado, se debe atender la proxîmidad segun el tiempo de la cesion, ó el de la muerte del cedente, ó renunciante: véase al *Sr. Olea de Cesion. jur. tit. 3. quæst. 4. per tot* que defiende que se ha de atender la proxîmidad al tiempo de la muerte del cedente, y no al de la cesion.

38 El llamamiento *de rigurosa agnacion* se hace *excluyendo entera, y perpetuamente el fundador á las hembras, y á los varones de ellas, y mandando que sucedan precisamente así por linea recta como transversal de varones de varones sin interpolacion de hembra, ni de varon de ella; y que se dé á las hembras que por llamamiento regular entrarian á gozar el Mayorazgo, dote competente de los frutos, y rentas del mismo Mayorazgo, ó de los bienes del sucesor hasta en tanta cantidad para tomar estado.* Suelen suscitarse dudas por la falta de claridad con que los Escribanos ordenan este llamamiento, y así prevengo que se ciñan á esta cláusula: pues para que las hembras se entiendan excluidas, es preciso que el fundador las excluya expresa, y literalmente, y de no hacerlo así, entrarán á la obtencion del Mayorazgo, Patronato ó Aniversario, sin que para privarlas de la sucesion de los fundados desde el año de 1615. y de los que se fundaren en adelante, basten presunciones, argumentos ni congeturas, por precisas, claras y evidentes que sean, pues siendo de mejor linea y grado, preferirán á los varones mas remotos, ya sean varones de varones, ó varones de hembras, como lo manda expresamente la ley (3), porque es odiosa la exclusion de ellas, y así es me-

(1) Cap. 1. de Natural. succes. feud. y en el aflict. num. 77. Paul. de Cast. Consil. 164. num. 11. lib. 2. Sr. Molin. de Hisp. primog. lib. 3. cap 4. num. 13. cap. 6. num. 19. ley 10 Cod. de Natur. liber Mier. de Major. part. 2. quæst. 6. num. 49. y part. 3. quæst. 28. num. 21. Ceball. Comm. contr. Comm. quæst. 905. num. 174. (2) Peg. de Major. tom. 2. cap. 9. num. 438. Señor Molin. ibi, lib. 1. cap. 6. num. 6. y 47. y lib. 3. cap. 9. Señor Castill. Controvers. lib. 5. cap. 93. §. 13. (3) Ley 13. que es la penult. tit. 7. lib. 5. Recop.

nester que conste expresamente de la voluntad del instituyente.

39 El de *simple masculinidad* se hace: *llamando siempre á los varones, ya sean varones de varones, ó varones de hembras por su órden, y preferencia de mayor á menor, excluyendo entera, y perpetuamente á las hembras, pero no á sus hijos varones nacidos ántes de la vacante, y no despues, ni precisando á que sean varones de varones.* Ordenándose la cláusula en esta forma, se evitan dudas aunque á la verdad llamando el fundador á varones, y no á hembras, pero sí á los hijos varones de estas, ó haciendo qualquiera llamamiento de los expresados en el núm. 7 de este cap. es visto que quiere sucedan siempre varones, y que excluye á las hembras, como lo dicen el *Señor Roxas Almansa* en el lugar allí citado, y el *Señor Molin. de Hispan. primogen. lib. 3. cap. 5.* El Escribano tendrá cuidado de advertir al fundador, *que para si llegase el caso de haber dos, ó mas parientes que pretendan el Mayorazgo, y alguno de ellos, aunque sea mas cercano, provenga de dos, ó mas hembras, y el mas remoto, ó igual en el parentesco, de una sola, exprese qual quiere que suceda.* En quanto á si en este llamamiento se sucede, ó no por *representacion*, esto es mas dudoso pues el hijo no puede representar jamás á su madre, porque esta tiene expresa exclusion, y prohibicion de suceder perpetuamente, y así los Letrados deben decir lo que sea mas conforme á nuestras leyes.

40 Si el fundador quiere instituir Mayorazgo de *agnacion limitada ó artificiosa, y fingida*, ó de *segunda genitura*, ó *eleccion*, y demás especies que dexo apuntadas, se arreglará el Escribano á la naturaleza de cada una, ordenando la cláusula con la claridad posible á fin de evitar pleytos. Y si quiere que el Mayorazgo sea perpetuo, y sus bienes inenagenables; que nunca falte sucesor en él; y por si el último poseedor no elige, que jamás se verifique extinguida la sucesion: mandará que por tal se tenga, y lo sea siempre el mas propinquo pariente del último poseedor por linea paterna, ó materna: ó el que tenga parentesco *gemi-nado* con él (que es por ámbas lineas), ó al que lo tenga por una sola: ó el que posea Mayorazgo determinado: ó quien le parezca, aunque no sea de sus parientes, pues de no hacerlo, como cesa la vinculacion, y ligamen en el último de las lineas llamadas, puede disponer este de los bienes del Mayorazgo segun le parezca, porque quedan libres, y los hace suyos, del mismo modo que si el fundador le hubiera instituido por su heredero,

excepto que mande que el Mayorazgo sea perpetuo, ó se colija otra cosa de su fundacion.

41 Algunos fundadores de Mayorazgos *quieren que sus poseedores sean habidos, tenidos y procreados constante matrimonio*: y para instruccion del Escribano prevengo que sus descendientes legítimos, no pueden privarlos de su sucesion, á menos que intervenga facultad real que expresamente se lo permita, porque el hijo natural legitimado por el subseqüente matrimonio, es tan legítimo, y capáz de suceder en el Mayorazgo, como el que nació, y fue engendrado durante él, por cuya razon no se observará su voluntad en esta parte, lo que les hará presente para que desistan de esto; pero si por carecer de legítimos llaman á extraños, pueden hacerlo, y como dueños de sus bienes disponer de ellos á su arbítrio. Y por si hay algun hijo legítimo por el matrimonio subseqüente, ó por rescripto del Príncipe, y otro habido, y procreado posteriormente de matrimonio legítimo, y todos pretenden la obtencion del Mayorazgo; advertirá el Escribano á su fundador que en este caso explique quien debe obtenerlo, para evitar pleytos, y dudas, y estenderá la cláusula con arreglo á su voluntad, si no se conformase con la que he estendido en la Escritura, y le hará presente. Y porque suele haber disputas sobre si siendo los hijos *incestuosos* han de entrar, ó no al goce del Mayorazgo: prevendrá igualmente al fundador que declare su voluntad, ya sea mandando que sucedan, con tal que antes de su nacimiento estén sus padres libres del impedimento impediente, ó se casen despues, y que se estimen por naturales legítimos: ó los excluirá expresamente, y de esta suerte se evitan pleytos, y dudas.

42 Acontece algunas veces que de un parto nacen dos, ó tres gemelos, ó mellizos varones, ó hembras, ó hembra, y varon, y por falta de cuidado en las comadres se duda quál de ellos nació primero, en cuyas circunstancias debe dividirse el Mayorazgo entre los que sean: como se prueba de la ley final, tit. 33. Partid. 7. que dice: *E si fueren amos varones, é non puede ser sabido qual de ellos nació primeramente, entonce amos deben haber aquella honra. é el heredamiento que habria el que ante naciere, á quien dicen en latin primogenito*; pero como no conviene que los bienes del Mayorazgo se dividan; para que no llege el caso de su desmembracion, prevenga el Escribano al fundador que declare si se han de partir entre los dos, y pasar luego enteramente por muerte de ámbos al hijo

varon que primero nazca de alguno de ellos con arreglo al llamamiento: ó si han de echar suertes ante la Justicia, haciendose acto formal por escrito de ella para que no se dude á quien tocó: ó que haga eleccion su padre por Escritura en forma antes que cumplan los tres años, para evitar de este modo que por inclinacion elija tal vez al que no le toque segun la naturaleza, ó que se ha de practicar en dicho caso, pues ocurren grandes dificultades sobre esta sucesion, y manifestando el fundador su voluntad, se observará, y todas cesarán, como lo advierten el Señor Molina *de Hispan. primog. lib.* 3. *cap.* 1. *num.* 22. y Gom. *en la ley* 40. *de Toro, num.* 68. Igualmente se dificulta, si por el hecho de fundar Mayorazgo se entiende, ó no perpetuo. Si llamando el fundador á alguno, y á sus hijos sin mas expresion, se conceptúan tambien llamados todos sus descendientes, y parientes por linea, respecto no excluirlos. Si llamando ciertas lineas para el Mayorazgo, ó agregacion, y despues de ellas alguna Memoria, ó comunidad; y diciendo *que el Mayorazgo sea perpetuo, ó que se conserve en su familia*: ó diciéndolo, pero no excluyendo expresamente á sus parientes consanguíneos, pasará el Mayorazgo, ó agregacion á estos por extincion de las llamadas antes que á la Memoria, mediante no estar exclusos, y luego que estas se acaben, á la Memoria por presunta voluntad del fundador, que no quiso excluirlos como pudo, y porque lo que se difiere no se quita. Si el último de los llamados hace suyos, y podrá, ó no disponer libremente de sus bienes: ó han de pasar estos con la própia vinculacion, y condiciones á los demas de la familia del instituyente por su órden hasta su extincion. Y si el último de la familia podrá, ó no instituir por herederos de ellos libremente á extraños; ó deberá llamarlos á su goce con el mismo gravámen, ó condiciones: ó sin real permiso será árbitro de ponerlas nuevas, y de fundar por consiguiente nuevo Mayorazgo á su eleccion, ó recaerán como mostrencos en el Fisco, segun lo he visto pretender. Cuyas dificultades tocan el *Señor Molin. de primog. lib.* 1. *cap.* 4. *y* 8. y otros, y por no molestar al Escribano, ni serle necesario su conocimiento, omito explicarlas; pero se las hago presentes para que las proponga al fundador, á fin de que con la manifestacion de su voluntad evite los costosos pleytos que suelen suscitarse por este defecto, y por el de legal decision patria.

43 Pueden suceder en el Mayorazgo el Clérigo, el mudo y

sordo, el loco, el mentecato y el ciego, no habiéndoselo prohibido expresamente su fundador; pero no en Ducado, Reyno, ni Dignidad, á que está anexa jurisdiccion (1). El que lo posea debe cumplir las posibles, y honestas condiciones impuestas en la fundacion, y no cumpliéndolas, lo perderá, aunque sea el primogénito, y primer llamado á su obtencion, y pasará al siguiente en grado, disponiéndolo así el fundador (2). Se previene que los poseedores del Mayorazgo, y cada uno en su tiempo deben hacer inventario formal de todos sus bienes, y papeles, luego que toman posesion de él, y repararlos, y conservarlos á costa de su producto. Lo própio deben hacer los herederos del último poseedor de las lineas expresamente llamadas, sí por culpa de este se aniquilaron: ó deterioraron, y el Mayorazgo es perpetuo: y porque en esto suele haber mucha desidia, y omision, pues los poseedores especialmente los que no tienen sucesion, no piensan mas que en disfrutarlo, y destruirlo: para que ninguno alegue ignorancia, conviene que todo se ponga por condicion, y cláusula expresa en la fundacion, como lo verá el Escribano en la Escritura que estenderé para su instruccion.

44 El poseedor del Mayorazgo puede perderlo por haber incurrido en infamia de hecho, ó de derecho: ó por ingratitud, ó por disipacion de todas, ó parte de sus fincas, si el fundador lo manda expresamente: ó por haber cometido alguno de los tres delitos exceptuados, (que son: *Lesa Magestad Divina, y Humana: Sodomía, y Heregía*) aunque el fundador no lo mande, y pasará al siguiente en grado con arreglo á su fundacion: y la pena de estos delitos no solo se estiende á los perpetradores, y delinqüentes, sino á sus hijos procreado despues de la comision, ya sea por linea recta, ó transversal, pues si está infecta la raiz, lo estarán tambien las ramas, porque participan de la misma substancia, lo que se deberá prevenir en la fundacion; pero no comprehende á los nacidos ántes de la comision, como lo dice *la ley 6. al fin. tit. 27. Partid. 2.*

45 Las fincas del Mayorazgo no deben ser confiscadas por delito de su poseedor, á menos que por su atrocidad sea preciso demolerlas, y sembrarlas de sal para abolir enteramente su me-

(1) Gom. en la ley 40. de Toro, num 66. y 69. Sr. Molin. de Hisp. Primog. lib. 1. cap. 13. num. 23. 25. 41. 96. 97. y 101. Sr. Greg. Lor. en la ley 2. tit. 15. Partid. 2. glos 19. y 20. (2) Leyes 5. y 6. tit. 4. Partid. 5. y 1. Cod. de Instit. & Substit.

moria, por ser útil á la República este exemplar castigo: y para la mayor claridad se pondrá la prohibicion perpetua de enagenacion, y confiscacion; pero si se erige con facultad Real, y se declara en ella que han de poder serlo por alguno de los tres delitos, de nada servirá la prohibicion del fundador, pues lo serán sin embargo (1) (*a*).

46 El que funda Mayorazgo con facultad real, ó sin ella, puede revocarlo, añadir, variar y mudar sus llamamientos, é imponerle el gravámen de incompatibilidad, ú otro: excepto que siendo erigido por contrato entre vivos, haya dado la posesion de sus bienes al primer llamado, ó á quien lo represente, porque por este acto es visto darla á todos los llamados, y así se les transfiere por la ley la Civil, y natural, como diré en el num 49: ó que le haya entregado su fundacion ante Escribano: ó que lo haya instituido por causa onerosa con tercero, v. gr. de casamiento, ú otras semejantes: pues en estos casos no puede revocarlo, gravarlo, variar, ni mudar sus llamamientos, á menos que para ello se haya reservado en la fundacion (como puede, y conviene lo haga) la facultad de hacerlo: ó que la Real se lo permita (2). Y lo mismo digo del último poseedor que por la fundacion tiene facultad para nombrar sucesores en el Mayorazgo, Vínculo ó Patronato, pues una vez hecha irrevocable la eleccion, no podrá revocarla, variar, añadir, ni mudar los llamamientos, si la fundacion no se lo permite, á menos que por ignorancia nombre al indigno, ó el nombrado se constituya tal despues; y para evitar dudas, y pleytos se expresará en la fundacion lo que deberá hacer el último poseedor, teniendo presente lo explicado, y la cláusula puesta en el num. 9. de este capítulo. Y habiéndolo hecho irrevocable al principio, puede imponerle en otro instrumento la incompatibilidad, v. gr. Quando mandó que los poseedores usasen precisamente de su apellido, armas, &c. pues si despues dice por declaracion *que quando lo hizo, fué su ánimo que dichos poseedores llevasen sus armas al lado diestro, ó solas sin mezcla de otras*: y que se le olvidó expresarlo, ó al Escribano ponerlo, y por eso lo declara ahora: valdrá esta declaracion, y siendo verosimil, se de-

(1) Villadieg. en su Polit. y forma de Libelar. num. 182. al 184. inclusive.
(2) Ley 4. tit. 7. lib. 5. Recop. Mieres de Majorat. part. 1. quæst. 54. y 55. Sr. Molin. de Hisp. primog. lib. 1. cap. 9. (*a*) Nota 6.

berá estár á ella aunque sea hecha sin juramento, porque el que hace un acto irrevocable, puede declararlo despues (1).

47 Se hace irrevocable el Mayorazgo por el juramento de no revocarlo, y lo quedará, no impetrando el fundador relajacion de este, aunque la Escritura no esté ordenada con la cláusula de *Constituto*, ni se haya entregado al primer llámado la posesion del Mayorazgo por acto verdadero, ó ficto, ni la Escritura de su institucion; y una vez hecha irrevocable, no puede su fundador variar, mudar, ni adiccionar sus llamamientos, ni condiciones, ni imponerle el gravámen de incompatibilidad, ni otro, sino en la forma expuesta, aunque reserve para sí el usufructo de sus bienes por toda su vida (2).

48 Son própias del Mayorazgo todas las fortalezas, y cercas que se hicieren en las Ciudades, Villas, Lugares y heredamientos de él, y los edificios que en sus casas se construyeren, labrando, reparando ó reedificando en ellas, y en dichas cercas, y fortalezas: y en todo sucederá el llamado á su goce, sin que pueda ser compelido y dar parte de la estimacion, y valor de sus edificios, fortalezas, cercas y expensas hechas en ellos á las mugeres, hijos, herederos, ni sucesores del que las hizo si el fundador no lo mandó (3)(*a*). Advirtiendo que el Mayorazgo que dexó perder alguna, ó algunas de sus fincas, ó las deterioró, no puede compensar la pérdida, ó deterioros con las mejoras hechas en otras de él; y la razon es porque la compensacion debe hacerse de crédito con crédito, y como por las mejoras ninguno tiene contra las fincas, porque ceden al suelo, y las disfrutó, y la ley le priva, y excluye de toda accion á su repeticion; se sigue que no puede verificarse la compensacion en todo, ni en parte; y así el sucesor tendrá accion personal contra sus bienes para la indemnizacion de los deterioros, á menos que haya constituido obligacion hipotecaria de resarcirlos, pues en este caso será graduado en concurso de acreedores en el lugar que como hipotecario le corresponda (*b*).

(1) Ley fin. §. 1. Cod. de Legib. ley Hæredes palam. 21. ff. Qui Testament. facere pos. ley Ex facto 43. ff. de Vulgar. & Pupillar. substit. Sr. Roxas Almans. disp. 1. quæst. 10. num. 13. al 24. (2) Villadieg. en el lugar citado, num. 187. 188. Señor Roxas Almans. dicha quæst. 10. num. 6. y sig. (3) Ley 46. de Toro, que es la 6. tit. 7. lib. 5. Recop. Sr. Molin. de Primog. lib. 1. cap. 26. num. 14. al 17. (*a*) Nota 7. (*b*) Nota 8.

49 Puede probarse que los bienes son de Mayorazgo por la Escritura de su institucion, y licencia, ó facultad para ella impetrada, ó por testigos idóneos, y fidedignos, que contestes depongan de su tenor, ó de *costumbre inmemorial inconcusa*, que concluya que los poseedores obtuvieron como de Mayorazgo, esto es, que los hijos mayores de legítimo matrimonio, y sus legítimos descendientes sucedian en ellos como vinculados; y que aunque el poseedor dexase otros hijos legítimos, nada de dichos bienes, ni su equivalente les daban los mayores; y los testigos han de jurar haberlo visto así por espacio de 40 años: oído decir á sus mayores, y mas ancianos que así lo habian visto, y estos oídolo decir tambien á los suyos, y nunca lo contrario: que si no fuera cierto, lo supieran: y que de la certidumbre de sus dichos, y deposiciones es pública, y notoria la voz, fama y comun opinion entre los vecinos, y moradores de la tierra en que los bienes exîsten (1). Lo que tendrá presente el Escribano si se le ofrece hacer probanza de *costumbre inmemorial*, pues el buen Letrado debe articularlo en esta forma con arreglo á la ley sin mas prosa, ni confusion. Pero es de advertir lo I, que esto no prueba la pertenencia de la propiedad de los bienes vinculados al Mayorazgo, sino solo su vinculacion para que sean indivisibles, (pues la propiedad se ha de acreditar con otros títulos de adquisicion) ni la ley 41. de Toro que se cita, excluye otros géneros de probanzas que se puedan hacer para calificar que los bienes son de Mayorazgo. Y lo II que para probar la costumbre inmemorial sobre otra qualquiera cosa, se ha de articular, y han de deponer los testigos del própio modo. En quanto á si la costumbre que tiene imagen, y fuerza de ley (2), se estenderá, ó no por identidad de razon á otros casos, véase á *Vela*, *disert.* 3. *num.* 53. que defiende que sí, y á los que cita.

50 Aunque la posesion *natural* se adquiere por el apoderamiento, y tenencia de la alhaja, y la *civil* por ministerio de la ley, precediendo haber tomado la corporal, y teniendo ánimo de conservarla, como dexo sentado en el cap. X. §. 2. no sucede esto en los Mayorazgos, pues en ellos luego que fallece el poseedor, sin mas acto de aprehension, ni necesidad de aceptacion se trans-

(1) Ley 41. de Toro, que es la 1. tit. 7. lib. 5. Recop. (2) Leyes 1. y 2. Cod. Quæ sit longa consuetudo, y Canon Consuetudo, distinct. 1.

fieren en el siguiente en grado ámbas posesiones con arreglo á los llamamientos de su fundacion, sin embargo de que otro haya tomado en vida del poseedor, y este la haya dado la *real*, ó *corporal*; lo qual se prueba de la ley 45. de Toro, y 8. tit. 7. lib 5. Recop. que dice: *Mandamos que las cosas que son de Mayorazgo, agora sean Villas, ó Fortalezas, ó de otra qualquier calidad que sean, muerto el tenedor del Mayorazgo, luego sin otro acto de aprehension de posesion se traspase la posesion civil, y natural en el siguiente en grado que segun la disposicion del Mayorazgo debiere suceder en él, aunque haya otro tomado la posesion de ellas en vida del tenedor del Mayorazgo, ó el muerto, ó el dicho tenedor le haya dado posesion de ellas.* Cuya translacion es tan firme, é irrevocable, que aunque despues nazca otro de mejor linea, y grado que á vivir al tiempo de la vacante lo obtendria, no puede quitar la sucesion al que la tiene adquirida legítimamente, ni á su posteridad legítima; así no hace retroceso á otra linea, mientras la suya no se extinga (1), excepto que el fundador mande expresamente lo contrario. De suerte que en el Mayorazgo basta la posesion real que toma el primer llamado, para que se transfieran en los siguientes sin acto alguno de aprehension la civil, y natural porque la ley presume que nunca está vacante, mediante saberse que personas inciertas de lineas ciertas han de suceder precisamente en él segun la fundacion, y poseerlo todos en nombre del fundador cuyos son los bienes, y no del último poseedor, ni de otro; pero en las demas cosas no vinculadas no se transfiere sin la aprehension. Mas no obstante, para que sea tenido por poseedor legítimo, y se le contribuya con sus rentas, debe tomar la *real, actual ó corporal, vel quasi*, porque como acto personal no lo suple la ley, y ademas no acredita ser de los llamados hasta que la toma.

51 Muerto el poseedor del Mayorazgo, para que el pariente suyo por linea del fundador que pretende suceder en él, pueda intentar el remedio posesorio sumario que vulgarmente llaman de *Tenuta* (2), deben concurrir precisamente quatro requisitos: 1, que

(1) Señor Molin. de Primogen. lib. 3. cap. 10. num. 4. al 14. y num. 38. Sr. Roxas Almans. disp. 3. quæst. 6. num. 27. y 31. Roxas, de Incompatib. part. 3. cap. 4. num. 33. (2) La Tenuta se equipara al interdicto *Uti possidetis* del Derecho Romano: es extraordinario, y de diversa naturaleza de los demas interdictos: y se introduxo en estos dominios para la breve y sumaria execucion de lo preceptuado por la ley 45. de Toro, al modo que entre

sea llamado á su obtencion. II, que esté adornado de la qualidad del llamamiento. III, que haya llegado el caso de este (1). Y IV, que ocurra al Consejo como único Tribunal privativo para conocer de esta clase de negocios, á poner la demanda dentro de los seis meses primeros siguientes al dia de la vacante, segun lo ordena la ley real (2): y este término es perentorio en tanto grado que una vez pasado no debe ser admitido el pretendiente, ú opositor que comparece por su própio derecho, porque se le considera extraño del pleyto, y nuevo actor, (cuyo derecho está extinto) y á la accion propuesta como nueva, que no es admisible á causa de hallarse excluida por la misma ley (3), la qual fixa el tiempo dentro del que se debe proponer el remedio de la Tenuta; y como se debe guardar (4); la ley que prefine tiempo cierto para una cosa, se juzga que la induce (5): y el que no comparece en él, debe ser repelido (6); porque de lo contrario se defraudaria la legal disposicion (7); y se irrogaria perjuicio á los que en tiempo legal, y oportuno habian deducido sus acciones, y tenian adquirido derecho (8); por lo que corren los seis meses contra menores, y ausentes, y contra el ignorante, el furioso, el infante y el que aun no ha nacido, sin que puedan pedir la restitucion de su lapso(9), y se les reserva su derecho sobre la propiedad con arreglo á lo que establece otra ley(10). Y la razon consiste, I, en que el remedio de la ley 9. tit. 7. lib. 5. Recop. es singular, nuevo y repugnante á todas

los Romanos el edicto de Divo Adriano para la de la voluntad del difunto, porque el que lo propone, contiende sobre que se le conserve, y defienda en la posesion que se le transfirió por ministerio de la referida ley. Paz, de Tenuta, cap. 2. num. 12. y 13. cap. 5. num. 14. y cap. 24. num. 14. tract. 1. (1) Sr. Larr. decis. y num. 33. Sr. Castill. lib. 5. controv. cap. 181. núm. 1. al fin. Sr. Molin. de Primog. lib. 3. cap. 5. num. 6. Paz, ibi. cap. 30. desde num. 12. hasta el fin. (2) Ley 9. tit 7. lib. 5. Recop. (3) Paz, ibi, cap. 23. num. 15. 16. 23. y 24. Sr. Covarr. Practic. cap. 14. num. 4. (4) Cap. cum dilecta, de Rescript. Ley cum hi, §. Si Prætor. ff. de Transactionib. (5) Authent. Quæ suplicat. verb. sub hac forma, Cod. de Præcib. Imperator. offerendis. Paz, ibi. num. 26. al 28. (6) Ley Scire oportet, §. Consequens, ff. de Excusat. Tutor. (7) Ley Si petitor, ff. de Judic. Ley Ait Prætor, §. 1. ff. de Jure deliberand. ley Si servus plurium. §. 1. ff. de Legat. 1. y ley Cum filius, ff. de Militar Testam. (8) Paz, ibi, num. 18. y 19. Parej. de Instrum. edict. tit. 6. resolut. 6. num. 17. Acev. en la ley 10. tit. 7. lib. 4. Recop. num. 17.

(9) Sr. Molin. de Primog. lib. 3. cap. 13. num. 60. y 61. Gutierr. lib. 2. Pract. quæst. 91. num. 2. y 3. Paz, ibi, cap. 17. num. 1. Molin. de Just. & jur. tom. 3. tract 2. disp. 638, y num. 6. vers. octavum est:: (10) Ley 10. tit. 7. lib. 5. Recop.

las reglas de derecho (1); y por lo mismo la forma que tiene inducida, se ha de observar indispensablemente (2). Y II porque la sentencia dada en la Tenuta como meramente posesoria no declara dominio en la propiedad; ni con esta dice conexion, ni precisa dependencia (3); ni tampoco produce excepcion de cosa juzgada, mediante la reserva que se dexa á las partes para en quanto á dicha propiedad en fuerza de la disposicion de la ley (4), cuya reserva tienen todos los posesorios por su naturaleza (5); porque de lo contrario sería inútil, y ningun recurso mas tendrian los que fuesen vencidos en los juicios de Tenuta (6). Por cuyas razones el que intenta esta despues de los seis meses, no ha de ser oído, sinembargo de que pretenda se le admita sin demora de la determinacion de la causa pendiente (7); ni puede enmendar la demanda en que la introdujo (8). Y se advierte lo I, que aunque la posesion, y propiedad se pueden ventilar en un juicio (9), no sucede así en las causas de Mayorazgo, pues se disputa ante todas cosas la Tenuta en el Consejo (10); y si alguno intenta dentro de los seis meses en la Chancilleria el juicio de propiedad, se inhibiria á aquella del conocimiento, y haria que remita los Autos al Consejo, como lo he visto Y lo II, que los bienes de Mayorazgo no pueden ser acensuados, ni gravados sin real permiso, como consta del cap. 17. de las Cortes celebradas en el año de 1602. y publicadas en el de diez; y el que dé dineros sobre ellas sin preceder este requisito, los pierde, y solo le queda la repeticion contra el que lo recibe, y sus própios bienes: ni tampoco dados á emphiteusis, trocados, vendidos, ni enagenados por el poseedor sin el mismo requisito, y aprobacion. Por la Escritura que estenderé, se instruirá el Escribano de su fundacion. Y acerca del modo de estender el poder para introducir el remedio de la Tenuta, véase la nota segunda

(1) Paz, dicho cap. 17. num. 17. (2) Leyes Jus singulare: y Quod vero contra ff. de Legib. Ley Si vero 9. ff. Solut. Matrim. y ley si quis ita, ff. de Vulgar. substit. (3) Ley naturaliter, §. Nihil commune, ff. de Acquirend. possession. Sr. Salced. in theatr. honor. glos. 18. (4) Ley 10. tit. 7. lib. 5. Recop. cit. (5) Leyes 8. tit. 11. lib. 2. Recop. y unic. Cod. si de momentan. posses. fuerit apellat. (6) Negerol, allegat. 25. num. 142. (7) Dicha ley 9. tit. 7. y ley Is, à quo ff. de Reivindicat. Paz, dicho cap. 23. (8) Parej. tit. 5. resolut. 9. num. 68. y tit. 6. resolut. 5. num. 58. Rodrig. Suar. in proem. leg. fori, num. 3. Gutierr. lib. 3. Pract. quæst. 17. num. 147. (9) Ley 4. tit. 2. lib. 4. Recop. (10) Ley 10. tit. 7. lib. 5. cit.

puesta á continuacion de él para suplicar á la Sala de Mil y Quinientas en el cap. 14.

52 He tratado (bien que lacónicamente) en los precedentes números de las clases mas principales de los Mayorazgos, y personas que pueden fundarlos: de sus llamamientos, y lineas de los llamados á su obtencion: del modo de contar los grados de parentesco natural así por Derecho civil como por el canónico: de las cosas necesarias para introducir el remedio de la Tenuta: y de otras especies utilísimas, con el objeto de que el Escribano forme alguna idea de ellas, instruya á los fundadores del modo de hacer las fundaciones, y de las dificultades que por falta de manifestacion clara de su voluntad ocurren, y en quanto esté de su parte, precaba, y evite con la claridad los gravísimos daños que se irrogan, los dilatados, y costosísimos pleytos que se suscitan, y tal vez las decisiones menos arregladas que se suelen dar en estos por la obscuridad, y confusion hijas de la ignorancia, con que las fundaciones estan concebidas. Procedo ahora con el própio objeto á tratar de la materia de agregacion de bienes á los mismos Mayorazgos: digo que no hay ley que de intento hable de la agregacion, incorporacion y union expresada, por lo que los AA. (1) que la tocaron, se conduxeron, y gobernaron por las disposiciones canónicas relativas á la union de Obispados, Prebendas, Dignidades y Beneficios eclesiásticos, fundándose juiciosamente en que quando en un caso, qüestion, ó artículo no consta difinido por ley, se debe arreglar el Juez á las que en casos semejantes determinan lo que se debe practicar, por no ser posible haberlas para todas las dudas, y qüestiones, como dice el derecho (2): y por versar en unos, y otros idéntica razon, aunque sus nombres, y términos sean diversos (3); pues donde es una misma la razon, debe serlo la ley, no extensiva, sino comprehensivamente (4), porque es visto comprehender tácitamente el própio caso, sin embargo de que no se especifique.

53 La agregacion á los Mayorazgos, y sus bienes puede ser hecha de tres maneras: I por incorporacion, ó union de un Mayo-

(1) Aguil. ad Rox. part. 1. cap. 7. num. 27. Card. de Luc. de Fideicomis. in addition. ad discurs. 12. Sr. Roxas Almans. de incompatibil. disp. 1. quæst. 11. num. 1. (2) Leyes Non possunt. 12. ff. de Legib. y 1. tit. 33. Partid. 7.

(3) Sr. Greg. Lop. en dicha ley 33. glos. 4. (4) Ley His solis 7. vers. Satis etiam: Cod. de Revocand. donation. Aramburu de Vera identitat. Eccles. legali, cap. 30. num. 4.

razgo con otro; y entónces se juzga uno solo, y una misma disposicion: II accesoriamente; en cuyo caso los bienes que se le agregan, siguen la naturaleza de los de la fundacion principal, y se estiman como incluidos en ella. Y III igual, y principalmente, y entónces el Mayorazgo unido retiene su própia naturaleza, y permanece en su primitivo estado (1). Tambien puede ser perpetua, y limitada, ó temporal, como otras agregaciones (2): estenderse hasta ciertas lineas solamente, excluyendo expresamente el agregante á las demás, y disponiendo á su arbitrio: hacerla este con condiciones compatibles, ó componibles con la fundacion, ó contrarias, y repugnantes á ella: y verificarse por tres títulos, ó de tres modos: I *por la ley*, v. gr. en el aluvion, quando el rio se inclina, y se arrima paulatinamente á un predio, y al dueño de otro dexa tanta porcion de tierra, quanta quita al del primero, pues en este caso quiere expresamente el derecho que la parte de alveo, ó madre que va dexando, sea própia de aquel á quien se agrega (3), segun senté en el cap. X. §. II. y así se constituye própia del Mayorazgo, y no libremente de su poseedor, porque este posee como tal, y no en otro concepto el predio á quien se incorpora (4). El II modo es *por costumbre*, quando la hay de que una cosa se tenga, y posea como parte de otra; v. gr. si alguno compra una heredad, y despues otra contigua á ella, y las cultiva, arrienda y posee como una sola, titulándolas con un solo nombre, y luego lega la primera, y principal: pues se entiende legar tambien la accesoria, y unida (5). Y el III *por el hombre*, cuya agregacion puede ser *voluntaria*, ó *necesaria*, y *coactiva*. Se llama *voluntaria*, quando el mismo fundador, ó algun poseedor, ú otro pariente, ó amigo hace la agregacion de su libre, y espontanea voluntad: y *necesaria*, quando el fundador manda á algunos, ó á todos los llamados, ó sucesores que la hagan (6); y de esta clase, y modo de agregacion paso á tratar.

(1) Roxas de Incompatib. part. 1. cap. 5. num. 34. Sr. Roxas Almans. disp. 11. cit. num. 2. (2) Concil. Trident. ses. 21. de Reformat. cap. Ut etiam 4. Sr. Roxas dicha disp. 11. num. 6. y 11. (3) Ley Adeo 7. §. Quod si toto: ley Inter eos 29. ley Ergo 30. §. Alluvio: y ley Insula 56. §. Item quæro, ff. de Acquirend. rer. domin. y ley 26. tit. 29. Partid. 3. (4) Sr. Roxas Almans. disp. 1. y quæst. 11. cit. num. 59. y 60. y otros que cita (5) Sr. Castill. tom. 5. Controv. cap. 62. num. 3. al 50. y de Usufruct. lib. 1. cap. 22. (6) Addent. ad Molin. lib. 1. cap. 8. num. 35. y sig. Mostaz. de causis pïis, lib. 3. cap. 5. n. 49. y 50. Roxas de Incompatib. part. 1. cap. 7. num. 26.

54 Como la intencion de los fundadores de Mayorazgos es que sus poseedores conserven su memoria, y el explendor de sus familias, y este se conserva con la opulencia, pues si falta, decae el lustre, y se eclipsa la nobleza: suelen agregar á las fundaciones despues de hechas, algunos bienes para su incremento: en cuyo caso su agregacion se ha de hacer baxo de las condiciones, y reglas de la fundacion, sin innovar, ni alterar su naturaleza, modo, qualidades, ni llamamientos, porque como accesoria la sigue, y es perteneciente á ella, y de lo contrario no tomarán su naturaleza, ni será agregacion pura, ó simple, sino fundacion diversa; y lo mismo procede quando otro la hace voluntariamente: por lo que si el que erige Mayorazgo irrevocable sin gravámen de incompatibilidad, le agrega luego algunos bienes por otra Escritura, no puede por sí solo imponerle este gravámen, á menos que intervenga beneplácito del primer llamado, el qual sino tiene otro Mayorazgo, ni lo espera deberá aceptar el aumento con el gravámen, á fin de no perjudicar á su posteridad, ni familia, y sus sucesores no podrán impugnar su aceptacion aunque posean otro, ó mas Mayorazgos; pero si posee otro, ó es inmediato sucesor á él, no está obligado á admitirlo, porque se le irroga daño (1), y como dice el Derecho (2), á ninguno conviene pretender lo que le es nocivo.

55 Por lo tocante á la agregacion necesaria digo que el fundador puede mandar que el primer llamado agregue al Mayorazgo cierto fundo suyo própio, y deberá agregarlo. Tambien le puede mandar que agregue el ageno, y deberá comprarlo, y agregarlo; pero si su dueño no quiere vendérselo, ó le pide precio inmódico, y exorbitante por él, ó no puede ser vendido por alguna causa, queda libre de la obligacion de comprarlo, y cumple con aprontar su justa estimacion, y comprar otro de igual valor para su agregacion (3), como en quanto á los legados senté en el cap. 1. §. XI. Asimismo puede imponer á todos los poseedores, ó á alguno, ó algunos el gravámen, y obligacion de agregar al Mayorazgo sus legítimas: ó el tercio, ó quinto, ó ámbos: ó que de

(1) Sr. Rox. Almans. disput. 1. quæst. 10. num. 25. al 44. (2) Ley Nec damnosa 3. Cod. de Præcib. Imperatori offerend. (3) Ley 10. tit. 9. Partid. 6. ley Hæredum 25. Cod. de Fideicommis. ley cum alienam 10. Cod. de Legat. ley non dubium 14. §. fin. ff. de Legat. 3. y §. Non solum Institut. de Legat. Sr. Roxas Almans. disp. 2. quæst. 7. num. 2. al 8.

las rentas de tantos años (los que señale) compren hasta en cierta cantidad fincas raices, y las incorporen en él; cuyos casos, y en otros semejantes permitidos por derecho, si cada poseedor acepta simplemente, y toma posesion del Mayorazgo, es visto por su silencio, y simple admision haber consentido el gravamen, por lo que está obligado, y puede ser compelido á efectuar la agregacion preceptuada por el fundador, sin la mas leve alteracion, ni imposicion de gravamen, ni condicion: bien que su obligacion no llega hasta el dia de su muerte, porque de lo contrario sería privarle del uso de sus bienes, y precisarle á dividirlos, y desprenderse de ellos en vida; y asi deberán hacerla sus herederos, y el importe deducirse de sus bienes como deuda contra la herencia (1). Pero es de advertir lo I°. que al modo que el donante no puede hacer donacion de todos sus bienes aunque sea solo de los presentes, por estarle justamente prohibido por la ley 69. de Toro, segun expuse en el cap. V. n. 8; tampoco puede imponer el fundador á los poseedores el gravamen de que agreguen al Mayorazgo todos los suyos, porque es contra las buenas costumbres, y contra la razon natural, y porque por él los priva de la facultad de testar, por lo que debe ser de lo que la ley les permite, y no mas (2). Y lo II°. que si el poseedor de varios Mayorazgos hace voluntariamente agregacion á alguno de ellos, debe especificar á qual, y no decir solamente *al Mayorazgo que poseo*, porque de omitir la especificacion, se originan dudas, y pleytos; lo qual tendrá presente el Escribano para prevenirselo, y evitarlos.

56 Al modo que por los medios explicados en el núm. 49. se califica que los bienes pertenecen al Mayorazgo; se puede calificar, y probar en juicio la agregacion á él, ó á Patronato, ó Capellanía por los siguientes: I. por instrumento público

(1) Leyes Imperator 70. §. 1. ff. de legat. 2. Ley Si Legatario 12. ff. de Fideicomissar. libertat. ley Si cui legatum. 91. ff. de Condition. & demostration. Maldonad. ad Molin. lib 2. cap. 11. num. 8. Surd. de Alim. tit. 2. quæst. 15. num. 281. Sr. Rox. Almans. disp. 1. quæst. 11. num. 31. y disp. 2. quæst. 7. num. 2. al 36. (2) Ley Ex facto 17. ff. ad Senatusconsult. Trebellian. ley Cum duobus 52. §. Idem respondit. 9. ff. Pro socio, y ley 1. Cod de Sacrosanct. Eccles. Señor Roxas Almans. disp. 2. y quæst. 7. dichas num. 22. y 41.

fé haciente otorgado en sanidad ó por causa de muerte (pues por ámbos se puede hacer) en que conste que el mismo fundador despues de formalizada la fundacion, ó algun poseedor, ú otro la hizo (1); y la razon es, porque segun derecho los instrumentos prueban el acto sobre que se formalizaron, y la prueba que de ellos resulta, es prueba aprobada, y acabada. El II. (si el instrumento se perdió, ó quemó) por testigos fidedignos que contextes depongan haberlo visto, y leído, y que contenia la agregacion de los bienes de la disputa (2). El III. no habiendo instrumento, ni testigos, por enunciativas de otras Escrituras otorgadas por el agregante, en que relacione haber agregado al Mayorazgo tales bienes, nombrándolos: ó por las otorgadas por sus poseedores en las que refieran la de agregacion, y que como agregados, vinculados los poseyeron (3). Y el IV. en defecto de los tres medios expuestos, por legal transcurso de tiempo aunque no sea inmemorial, con posesion de todos los bienes en concepto de vinculados, y agregados, justificando que así lo gozaron sus poseedores, y que por esta causa jamás se dividieron entre los respectivos herederos de cada uno (4).

57 siempre que por alguno de los medios propuestos se pruebe la agregacion de bienes al Mayorazgo, surtirá los siguientes efectos: I. que los bienes agregados se constituyen parte de la cosa á que se agregan, y toman regularmente su naturaleza, órden, modo y forma (5). II. que para vindicarlos compete al poseedor la misma accion que para la recuperacion, y obtencion del Mayorazgo (6). III. que si alguno mueve pleyto sobre la sucesion, ó posesion del Mayorazgo, y obtiene sentencia favorable, aunque en esta nada se expresa acerca de los bienes agregados por distintos poseedores, ú otros, se puede executar por ellos del mismo modo que por los del Mayo-

(1) Garcia de Benefic. tom. 2. part. 12. cap. 2. §. 3. num. 224. Albar. Pegas de Majorat. tom. 1. cap. 3. num. 83. (2) Cap. Cum olim 12. de Privileg. ley. 1. tit. 7. lib. 5. Recop. (3) Sr. Larrea, tom. 2. decis. 56. num. 4. 5. 8. y 10. Albar. Pegas ibi. num. 11. Mer. de Mayorat. part. 1. quæst. 64. num. 78. (4) Dicha ley 1. Señor Rox. Almans. disp. 1. quæst. 11. num. 33. al 35. (5) Ley Inter socerum. 26. §. 2. ff. de Pact. dotalib. ley Librorum. 52. §. Sed. si 7. vers. Plane, ff. de Legat. 3. Sr. Roxas Almans. ibi: numer. 28. y 61. (6) Ley Etiam si non 8. Cod. de Jur. dot.

razgo principal (1) IV. que asi como por muerte del poseedor se transfiere por la ley en el siguiente en grado la posesion civil, y natural de él: asi tambien la de los bienes agregados (2). Y V. que si el poseedor impone censo con real permiso sobre los bienes del Mayorazgo, y los obliga, quedan obligados igualmente los agregados sin embargo de que no los hipoteque expresamente, ni de ellos haga mencion (3) (*a*). El que apetezca instruirse mas, vea los AA. citados.

§. II.

De los Patronatos.

58 Patronazgo, ó *Patronato* quiere decir lo mismo que padre de carga, porque el Patrono de la Capilla, Iglesia ó Sepultura debe ampararla, y procurar su conservacion, y aumento, como el padre el de su hijo. Estos nombres *Patrono*, y *derecho de Patronato*, se entienden de tres maneras: I. se toma el de Patrono por el Abogado que defiende los negocios, ó causas de alguno, y el de derecho de Patronato por el de Abogacía (4). II. Patrono se llama el Señor que da libertad á su siervo: y el derecho que tiene, y adquiere por el beneficio de la manumision, se título derecho de Patronato (5). Y III. por el que tiene derecho, y potestad concedida por los Sagrados Cánones de presentar á alguno á la Iglesia, ó Beneficio eclesiástico; y tomado en este sentido, digo que el derecho de Patronato *es potestad de nombrar, y presentar al Clérigo que ha de ser promovido á Beneficio eclesiástico. O un derecho honorífico, oneroso y útil, que compete á alguno en la Iglesia, por haberla construido, dotado ó fundado con consentimiento del Obispo, ó heredádolo de*

(1) Dicha ley Inter Socerum, y §. Sr. Amaya en en la 2. Cod. de Bon. vacant. num. 33. Señor Salgad. de Reg. part. 4. cap. 10. num. 88. y sig. Mer. part. 1. de Majorat. quæst. 10. num. 124. (2) Ley 1. §. Præterea 12. ff. de Separation. Ordenam. lib. 1. tit. 50. glos. 1. num. 10. y 14.

(3) Ley Si convenerit 18. § 1. ff. de Pignorat. action. y ley 15. tit. 13. Partid. 5. en la pal. Otrosí decimos, & ibi glos. 6. (4) Ley Rem. 14. §. Patroni. Cod. de Jur. cap. Observandum 1. caus. 15. quæst. 2. (5) El tit. ff. de Jure Patronatus, y el tit. Cod de Bonis libert & jure Patronatus.

(*a*) Nota 9.

sus predecesores que lo hicieron (1); pues el Patrono tiene honor, gravamen y utilidad: honor en la regalía de presentar, ó proveer el Beneficio, y preceder en la Iglesia patrocinada, excepto al Señor territorial, porque este tiene jurisdiccion sobre él, por lo que no debe preferirle: gravamen en cuidar del Patronato, Iglesia ó Capilla, zelar la conservacion de sus fincas, y cumplir las obligaciones que le impuso el fundador: y utilidad en percibir los emolumentos que este le señaló, y en ser alimentado por la Iglesia quando está indigente (2). Pero no tiene jurisdiccion, ni potestad para imponer, ni exîgir de la Iglesia, ni Beneficiado pension ni gavela alguna, excepto la que al tiempo de la fundacion se haya impuesto con consentimiento del Obispo (3): ni tampoco para apropiarse, ni disponer de los bienes de la Iglesia; ni mezclarse en visitarlos, sino en lo que la fundacion se lo permita (4).

59 Divídese en *hereditario*, *gentilicio* y *mixto*: el *hereditario* es el que se transfiere á los herederos, aunque sean extraños. El *gentilicio* ó *familiar* es el que compete, y se dexa solamente á la familia. Y el *mixto* es el que pertenece á los que son herederos, y de la familia del fundador, el qual puede ser adquirido. Subdivídese en *activo* y *pasivo*: el *activo* es el derecho que tiene el Patrono de presentar á alguno en Beneficio eclesiástico, y es de dos maneras, *real* y *personal*: el *real* es el que está anexo á cierta cosa, ó lugar determinado, v. gr. á una heredad, viña, &c. en qualquiera parte que se halle, y pasa al que lo compra, ó se le dona, aunque no sea heredero: y el *personal* es el que compete á la persona del Patrono sin conexîon, ni dependencia de la tal cosa, ó lugar. Y el *pasivo* es el que tienen algunos de la tal familia, ó lugar para ser presentados en el Beneficio, siendo idóneos, sin que ningun otro pueda obtener este.

60 Se subdivide asimismo en *eclesiástico*, *laical* y *mixto*. El *eclesiástico* es el que se erige de bienes eclesiásticos, ó aunque se erija de laicales, se transfiere al principio á la Iglesia, Cabildo, Colegio ó persona eclesiástica por razon de la Iglesia,

(1) Ley 1. tit. 15. Partid. 1. Ferraris Biblioth. en la pal. Jus Patronatus, art. 1. num. 2. (2) Reinfestuel, lib. 3. tit. 38. §. 5. num. 110. al 119. (3) Reinfestuel, ibi, num. 120. 121. (4) Concil. Tridentino Sess. 22. de reformat cap. 11. Sess. 24. cap. 3. y Sess. 25. cap. 9. Reinfestuel, ibi, num. 122. al 124.

Dignidad ó Beneficio; ó despues por testamento, donacion, fundacion ó de otro modo. El *laical* es el que compete al Lego ó Clérigo, no por razon, ó respecto de la Iglesia, Dignidad ó Beneficio, sino por la de patrimonio. Y el *mixto* es el que se compone del eclesiástico y laical (1).

61 El derecho de Patronato es individuo, y así aunque los Patronos sean muchos, tienen igual derecho de Patronato, y de presentar, y se adquiere por fundacion, edificacion, dotacion, privilegio y prescripcion (2). No puede el Patrono presentarse á sí mismo, por idóneo que sea, y qualesquiera estudios, y méritos que tenga; lo qual se entiende, aunque sea por Procurador porque entre el que presenta, y el presentado ha de haber distincion de personas, y lo que uno hace por Procurador, se entiende hacerlo por sí própio; pero bien puede presentar á su hijo, siendo idóneo: y si los Patronos son muchos, presentarse unos á otros, no habiéndolo prohibido el fundador del Patronato (3).

62 Llamanse *Patronos*, y lo son los que tienen derecho ó potestad concedida por los Sagrados Cánones de presentar, y nombrar á alguno para la Iglesia, ó Beneficio eclesiástico, como dexo expuesto. Pueden serlo Clérigos, y legos (4), hombres y mugeres (5), adultos, é impúberos (6); pero estos aunque ántes de los 7 años pueden adquirir el derecho de Patronato, y ser Patronos: mas no presentar, porque carecen del uso de razon, por lo que deben hacerlo en su nombre sus Tutores (7), pero siendo mayores de dicha edad, no solo puede hacer la presentacion, ó nombramiento, sino comparecer en juicio para en quanto á las cosas beneficiales, y espirituales sin autoridad de ellos (8); bien que conviene que concurran á ella, ó la aprueben; y si

(1) Ferr. loc. cit. num. 3. y sig. (2) Ley 12. tit. 15. Partid. 1. Ferr. ibi, num. 19. al 41. (3) Ley 7. tit. 15. Partid. 1. cap. fin. de Instit. cap. Per nostras 26. de Jure Patron. y cap. Qui facit 72. de Reg. jur. in 6. Fras. de Regio Patronat. Indiar. cap. 33. (4) Cap. Quoniam. 3. cap. Cum autem. 24. de Jure Patronat. y cap. Decernimus 32. caus. 16. quæst. 7. (5) Cap. ex liter 7. de Jur. Patronat. argum. cap. Cum dilect. 16. de Conces. Prebend. (6) Argum. cap. Piæ mentis 26. Frigentius 27. Quicumq. 30. Filiis 31. Decernimus 32. y Monasterium 33. caus. 16. quæst. 7. (7) Garcia de Benef. part. 5. cap. 9. numer. 193. Reinfest. lib. 3. tit. 38. num. 38. (8) Cap. fin. de Judic. in 6. Vela, disert. 6. à num. 61. Narb. ann. 14. quæst. 23. Rot. in antiq. dec. 6. de Jur. Patron. Garc. loc. cit. num. 186. Reinfest. eisd. loc. & num.

han entrado en la pubertad, no tienen potestad los Tutores para presentar sin su consentimiento, ni vale la presentacion hecha sin él, porque estos no se dan á menores para en quanto á lo espiritual, y eclesiástico, ni en esto depende de ellos (1).

63 Los Patronos legos tienen quatro meses para hacer la presentacion, y los Eclesiásticos seis, si el fundador no se lo limita, como puede, pues la provision del hombre hace cesar la de la ley; y si dentro de ellos no la hacen, ó discordan en la eleccion, y por esta causa, ó sobre el derecho de Patronato se mueve pleyto, y no se decide en dicho término, espira por aquella vez su potestad de presentar, y se devuelve al Ordinario diocesano, á quien por derecho toca (2); el qual se ha de arreglar á la fundacion, y puede prorrogárselo, pero no restringirselo despues de prorrogado, ni nombrar á los que carecen de las qualidades apetecidas por el fundador (3). Siendo patronato mixto, á todos los Patronos se permite hacer la presentacion dentro de los seis meses, aunque la menor parte sea de Clérigos, porque el Patronato mixto, goza del privilegio de Patronato eclesiástico, y lo mas digno atrae á sí lo menos digno (4); previniendo que el término prefinido no corre hasta el dia en que los Patronos saben la vacante (5), bien que algunos dicen lo contrario; y que si el presentado renuncia la presentacion, ó no la consiente, ó muere, se deben empezar los respectivos quatro, y seis meses desde que algo de esto se verifique, no interviniendo dolo, ni fraude (6).

(1) Cap. Si unum quatuor dec. 3. de Judic. in 6. Garc. part. y cap. cit. num. 195. Reinfest. ibi, num. 41. (2) Cap. Quoniam 3. y cum propt. de Jur. Patronat. cap. Si laicus. §. Verum de Jur. Patronat. in 6. cap. Licet 3. de Supplend. neglig. Præl. y cap. Nulla 2. de Conces. Præbend. Rot. in nov. dec. 6. de Jur. Patron. leyes 6. y 11. tit. 15. Partid. 1. Garcia de Benef. part. 10. cap. 3. num. 9. Lara de Capellaniis, lib. 2. cap. 9. y 10. (3) Rota recent. parc. 17. decis. 13. num. 2. Barbos. part. 3. de Offic. & postest. Episcop. allegat. 72. num. 143. y 170. y cap. Indultum 27. de Reg. jur. in 6. Lara ibi, cap. 10. num. 27. y 28. (4) Rota recent. part. 12. decis. 250. numer. 13. decis. 13. 14. y 15. y part. 13. decis. 379. num. 4. y 5. y part. 19. decis. 129. num. 3. y decis. 293. num. 1. 4. y sig. (5) Garcia de Benef. part. 10. cap. 3. num. 15. y sig. Rot. part. 2. decis. recent. 10. num. 7. decis. 173. num. 1. y decis. 406. num. 1. part. 3. decis. 377. num. 3. part. 7. decis. 221. num. 9. y part. 19. decis. 678. num. 12. (6) Arg. Cap. Si electio 36. de Election. in 6. Rot. decis. 8. de Jur. Patron. in nov. Lambertin. de Jur. Patronat. lib. 2. part. 2. cap. 4. num. 38. Fras. ibi, cap. 31. num. 50. y 51.

64 Si el Patrono eclesiástico elige, ó presenta alguno idóneo, no puede variar, ni presentar por aquella vez otro, aunque sea cumulativamente, y si lo hace, debe el Obispo instituir al primer presentado; y si con cierta ciencia presenta al indigno, ó inhábil, pierde por entónces el derecho de volver á presentar, pero no si lo ignora (1); y lo mismo sucede al lego que procede con ignorancia; y la razon porque el Eclesiástico pierde el derecho, es porque su presentacion hace veces de eleccion, como hecha á nombre de la Iglesia, y el que elige al indigno sabiendo que lo es, queda privado por aquella vez de volver á elegir (2). El lego puede variar presentando otros, aunque sea cumulativamente, excepto que jure no hacer la variacion, y acepte la presentacion el presentado; pero no privativa, ó exclusivamente: quiero decir, que tienen facultad de presentar á muchos de una vez, y despues dentro de los quatro meses añadir al presentado, ó presentados, otro, ú otros, para que el Obispo elija al que quisiere, pero no excluir á los que primero lo fueron (3); bien que muchos dicen que el Patrono lego la tiene de variar cumulativamente dentro de dicho término todas las veces que quisiere (4). Pero si con cierta ciencia presenta al indigno, y dentro de los quatro meses no varía la presentacion, puede el Obispo, pasados que sean, y no ántes, conferir el Beneficio á quien quisiere, porque el presentar al indigno es lo mismo que no hacer presentacion (5).

65 Siendo muchos los Patronos, y los presentados, si los Patronos constituyen un cuerpo, v. gr. un Cabildo, Colegio, ó Comunidad, deben ser convocados todos los que tienen voto para hacer la presentacion; de tal suerte que uno que falte por no haber sido convocado, basta para anularla, aunque todos los demás concuerden en un sugeto. Si el derecho de presentar compete á muchos, no como cuerpo, sino del todo separadamente á cada uno, basta á uno de los presentados para obtener siendo digno,

(1) Ley 7. tit. 15 part. 1. Cap. Quod autem 5. Cum autem 24. Pastoralis 25. de Jur. Patronat. y Reinfest. lib. 3. tit. 38. §. 4. num. 83. y 84. (2) Cap. Cum in cunctis 7. §. ult. y cap. 4. Innotuit 20. de Elect. y cap. Quamquam 8. eod. tit. in 6. Reinfest. ibi, num. 83. y 88. (3) Ley 6. tit. 15. Partid. 1. cap. Cum dilectus 28. y Pastoralis 29. de Jur. Patronat. Lara, lib. 2. de Capellanis cap. 9. (4) Ferrar. Biblioth. en la pal. Jus Patronat. art. 4. numer. 44. y sig. (5) Reinfest. lib. 3. tit. 38. §. 4. num. 90.

que tenga á su favor mayor número de votos que los demás, no obstante que no tenga los mayores, ó mas de la mitad respecto de los Patronos; v. gr. hay ocho Patronos, de los quales tres presentan á Juan, dos á Diego, y de los tres restantes cada uno presenta el suyo: en este caso Juan como con mayor número obtendrá, y será predilecto, sin embargo de que todos los copositores sean mas dignos que él. Pero si es indigno y sabiéndolo los Patronos, lo presentan, le preferirán los otros, porque en este caso todo el derecho se devuelve al presentado por la menor parte. Si dos son presentados por dos Patronos iguales en votos, ninguno de ellos adquiere prelacion, por lo que el Ordinario debe presentar al mas digno, y si en ámbos concurren iguales méritos, puede preferir á su arbítrio al que de ellos mejor le parezca, porque en este caso como hay discordia entre los Patronos, es arbitrario en él el proveer, y elegir á su voluntad; con esta diferencia, que siendo legos estos, ha de aguardar á que pasen los quatro meses en que se les permite variar la presentacion; mas siendo Eclesiásticos, al instante, porque como no se les permite la variacion, se le devuelve inmediatamente el derecho que ellos tenian (1). Previniendo que si aparecen dos instrumentos hechos en un mismo dia á favor de dos sugetos sobre la presentacion, ó colacion de algun Beneficio por un Patrono, de los quales el uno contiene la hora de su confeccion, y el otro no, se deberá estár al que la contiene como mas pleno que el que carece de ella (2); á menos que se pruebe haberse otorgado primero este, pues de que no contenga la hora no se deduce que fue hecho posteriormente, ni es requisito preciso el ponerla en los instrumentos, porque no lo manda la ley.

66 Lo que queda explicado en los números 62. y 63. en quanto al término que se concede á los Patronos para presentar, se entiende en las Capellanías colativas, y Beneficios eclesiásticos, pero no para las puramente laicales, que llaman *Cumplideras, Memorias de Misas, ó Legados pios*, pues para estas no lo ha prefinido el Derecho, por no militar para con ellas las reglas, y disposiciones canónicas, ni estár sujetos sus bienes á la juris-

(1) Reinfes. ibi, num. 85. al 90. y otros que cita. (2) Felin. in cap. Pastoralis, de Rescrip.

diccion eclesiástica, ni deberse mezclar el Obispo en otra cosa que en hacer que se cumplan sus cargas segun lo ordenado por el fundador, y en apremiar á ello al Capellan, ó poseedor de sus bienes; y así puede el Patrono conferirlas dentro de los quatro, ó seis meses, ó despues, si la fundacion no prohibe, ó dentro del término que esta prescriba.

67 Los Patronos nada deben recibir del presentado, á menos que el fundador le haya mandado contribuirles con algo (1); y si se da, ó promete por tener, y ganar los votos, ó presentaciones de ellos, se comete simonía (2); lo qual se entiende, aunque el mismo presentado lo ignore (3). No han de ser Judios, Hereges, ni Infieles, y siendo Christianos, aunque no hayan nacido de legítimo matrimonio, pueden ser Patronos (4). La sucesion del Patronato hereditario, ó mixto se hace *in stirpes*, y no *in capita*, y así muchos herederos de un Patronato se reputan por uno, y tienen una voz (5); pero la del Patronato gentilicio, ó familiar se hace *in capita*, por lo que los descendientes deben presentar en esta forma (6).

68 Por quatro causas pasa el Patronato de un hombre á otro: I, por herencia, ó sucesion, al modo que los demás bienes II, por donacion hecha con consentimiento del Obispo, ó Iglesia, de donde es Patrono, ya sea dado ántes, ó despues de la donacion III, por venta, no porque el derecho de Patronato puede ser vendido separadamente, sino porque si se vende toda la herencia, ó parte de ella, por razon de la qual el vendedor es Patrono, entrará en ella el derecho de Patronato, aunque en la Escritura no se mencione. Y IV, quando se trueca un Patronato por otro (7). Tambien pasará, si se arrienda alguna Villa, ó heredad, á que está anexo, á menos que se pacte lo contrario (8). Y se pierde, ó extingue por once causas, ó de once modos: I, por la libre remision del Patrono, pues puede renunciar su derecho: II, quando la Iglesia se arruina, y no hay esperanza de reedificarla; ó su

(1) Cap. Sicut 2. de Supplend. neglig. Prælat. y cap. Præterea 23. de Jure Patronat. (2) Cap. Veniens 19. de Simonia, y ley 3. tit. 17. Partid. 1.
(3) Cap. Nobis 27. de simonia, y cap. Si alicujus 59. de Election.
(4) Ferraris loc. cit. num. 11. y 12. (5) Clement. Plures 2. de Jur. Patronat. y ley 2. tit. 15. Partid. 1. (6) Rot. part. 5. tom. 1. dec. 285. num. 10. part. 7. decis. 180. num. 4. part. 4. tom. 2. decis. 47. num. 2. y part. 13. decis. 83. num. 21. y decis. 103. num. 3. (7) Ley 8. tit. 15. Partid. 1. Ferrar. ibi, art. 2. (8) Ley 9. tit. 15. Partid. 1.

dotacion, ó rentas perecen: III, si el Patrono permite que la Iglesia se haga Colegiata, ó Monasterio, porque en estos no ha lugar la presentacion sino la eleccion: IV, quando el Patronato se fundó solamente para la familia, y se extingue esta: V, quando con consentimiento del Patrono se une, ó incorpora la Iglesia, á otra Iglesia ó Monasterio, porque por la union se juzga extinguida, y por consiguiente el derecho de Patronato: VI, por el no uso del Patronato en el tiempo que se requiere para la prescripcion si en su intermedio fué instituido dos veces á lo menos su Rector, ó Párroco sin intervenir presentacion del Patrono, y este no estubo legítimamente impedido de hacerla: VII, si este intentó matar, ó mutilar alevosamente al Rector, ó á otro Clérigo de la misma Iglesia no siendo en defensa própia: VIII, si el Patrono se pervierte haciendose Herege, Cismático ó Apóstata de nuestra Santa Religion, pues con sus bienes se les confisca el derecho de Patronato: IX, quando se intromete en la disposicion, ó percepcion de frutos contra lo preceptuado por el *Santo Concilio de Trento* en la *Ses.* 22. *cap.* 11. *de Reformatione*: X, si el Patrono vende, ó transfiere en otro el derecho de Patronato de algun modo prohibido por los Sagrados Cánones: Y XI, quando en su adquisicion comete simonía, pues debe ser privado de él (1). Consiente la Iglesia que los Legos tengan el derecho de Patronato en reconocimiento del bien que hicieron en dotarla, ó fundarla, por lo que el Obispo debe serles grato (2). Para mayor instruccion, véanse los AA. citados.

§. III.

De las Capellanías.

69 Las *Capillas* y *Capellanías* se entienden muchas veces por una misma cosa, pero se diferencian, pues la *Capilla* es un lugar privado, y sagrado puesto en la Iglesia, ó fuera de ella (3). Y la *Capellanía*, (cuya palabra se compone de las latinas *Capella*, y *annus*) es una carga, y obligacion de celebrar anualmen-

(1) Reinfestuel, lib. 3. cap. 38. §. 5. num. fin. (2) Ley fin. tit. 15. Partid. 1. Lambertin. de Jur. Patron. lib. 2. part. 3. quæst. 5. princip. artic. 4. num. 12. (3) Cap. Quisquis, vers. Capellæ 17. quæst. 4. Barbos. de Jure Eccles. univers. lib. 2. cap. 8. numer. 17.

te una, ó muchas Misas en la Capilla, Iglesia ó Altar (1).

70 Las *Capellanías* son de tres maneras, *mercenarias*, *colativas y gentilicias*. De las *mercenarias*, profanas, ó laicales hay dos clases: I, es de las que se llaman própia, y adequadamente *Capellanías laicales*, *Memorias de Misas* ó *Legados pios*, porque son fundadas sin autoridad del Papa, ni del Obispo ú Ordinario diocesano, á cuyo título ninguno puede ordenarse, porque vienen á ser unos salarios, ó estipendios de los Sacerdotes que han de celebrar las Misas (2); y por otro nombre llaman Patronatos Reales de Legos á modo de Vínculos ó Mayorazgos, con el gravámen, y obligacion de mandar celebrar su poseedor en la Iglesia, Capilla ó Altar que el fundador destina, las Misas que prefine; con la condicion de que sus bienes esten siempre sujetos á su responsabilidad: y con facultad de que el Patrono pueda nombrar Sacerdote que las celebre, y removerle quando quiera, (por lo que se llaman *amovibles á voluntad*) ó mandarlas celebrar sin necesidad denombramiento, recogiendo recibo del Colector, ó Sacerdote conocido que las diga; y en esta clase de Capellanías puede conocer el Obispo, no de sus bienes, porque son absolutamente profanos, ni de su presentacion, sino solamente del cumplimiento de las Misas que debe acreditarle el Patrono, ó poseedor de los bienes gravados con ellas; y asi no se paga subsidio, ni otro derecho por ellas: el Patrono, aunque sea casado ó hembra, posee sus bienes como de Mayorazgo: de su sucesion debe conocer el Juez Real: se sucede por las mismas reglas que en los Mayorazgos: y se llama Vínculo ó Mayorazgo, quando la fundacion, y sucesion es perpétua, y los bienes de su dotacion son indivisibles (3) (*a*).

71 La II. clase es de la misma naturaleza, á diferencia de que el Capellan cumplidor (que asi se le llama) administra sus bienes, goza todo su producto, debe hacer constar, y no el Patrono su cumplimiento, y á costa de las rentas tener sus fincas bien reparadas, de modo que no se aniquilen, ni deterioren, pero ni en unas ni otras tiene lugar lo dispuesto por los Sagra-

(1) Ferrar. Biblioth. en la palab. Capella, n. 1. Barbos. tit. cit. lib. 3. cap. 5. num. 1. Lara, de Capellan. lib. 2. cap. y num. 1. Mostaz. de Caus. piis, lib. 3. cap. 1. num. 2. (2) Navar. cons. de Prebend. Mostaz. ibi, num. 7. (3) Leyes 13. y 14. tit. 7. lib. 5. Recop. Roxas, de Incompatib. part. 1. cap. 7. num. 34. y sig. (*a*) Nota 10.

dos Cánones en órden al término para su presentacion, ni por consiguiente hay colacion, ni canónica institucion, ni con los bienes de ellas tiene que hacer el Ordinario Diocesano. Pueden conferirse estas Capellanías cumplideras, ó memorias de Misas á Presbíteros para que las celebren: y tambien á legos de qualquiera edad indistintamente, á menos que disponga otra cosa el fundador (1); y confiriéndose á lego, debe mandar cumplir sus cargas, arreglándose á la fundacion; pero el Ordinario eclesiástico no tiene derecho á proveerlas, ni á conocer de sus bienes, por ser privativa esta facultad del Patrono, el qual por medio del Juez Real puede compeler al Capellan cumplidor á que cuide de su conservacion, y en su defecto embargarle la renta, y por esta, ú otra causa, ó sin ella quitarle el Patrono la Capellanía, mandándolo asi el fundador; y si el Capellan fallece, y el Patrono tarda en nombrar otro, puede el mismo Juez seqüestrar sus fincas, repararlas, cumplir sus cargas y depositar el sobrante á fin de que lo lleve el que luego nombre; para todo lo qual como tambien para dentro de que tiempo se deben proveer, pues el derecho Real no lo prefine, será la ley y regla la fundacion.

72 Para gozar estas Capellanías laicales basta el título del Patrono sin necesidad de tomar posesion de ellas, á menos que lo mande expresamente la fundacion; y si el Capellan quiere tomarla á efecto de que le reconozcan por tal los inquilinos, y contribuyentes, y le acudan con sus rentas, ha de ser ante el Juez Real. Pueden hacerse incompatibles absolutamente para todos los Capellanes, ó limitadamente para algunos, de suerte que el que las goce no obtenga otras colativas: ni laicales, ni beneficios; pero este gravámen de incompatibilidad, no debe imponerseles, excepto que las rentas sean suficientes para mantenerse con la decencia correspondiente; pues de lo contrario se estimará por no impuesta. Si el fundador manda que se confiera á Presbítero; que lo líquido de las rentas baxados derechos de visita, gastos de cobranza, se convierta en Misas de cierta qüota, v. gr. de doce, quince ó veinte reales; y que el Capellan celebre por su persona en Iglesia determinada las que á este respecto quepan, debe, mediante la precisa personalidad, y localidad que

(1) Mostaz. lib. 3. dicho cap. 2. num. 43.

impone, expresar si el Capellan ha de entregar al Sacerdote que las celebre, la própia limosna, ó la establecida por el Sínodo, en caso que por estar ausente, enfermo ó por otra causa no celebre algunas; ó lo que se deberá practicar, pues por falta de explicacion de la voluntad de los fundadores se suscitan dudas, fundadas en la obligacion personal de celebrarlas, y en que por no ser colativas, ni ordenarse el Capellan á título de ellas, debe entregar toda la renta, ó limosna, y reputarse las Misas por manuales, de la que los decretos pontificios prohiben al Capellan á quien se da, retener parte alguna: y que si el Capellan no se conforma, dexe la Capellanía, ó cumpla literalmente como es obligado, con lo dispuesto por la fundacion; lo que le prevendrá el Escribano.

73 Á título de estas Capellanías ninguno puede ordenarse, ni hacerse colativas, aunque el Patrono, y Capellanes lo quieran excepto que la fundacion permita que se ordenen todos, ó algunos por via de patrimonio. Y aunque durante la vida de los Ordenados se *eclesiastizan* sus bienes, no por eso debe pagarse subsidio, ni otro derecho por ellas, ya se dexen á Eclesiásticos ó á legos, porque para esto es preciso que desde su ereccion se espiritualicen, constituyéndose perpetuamente colativas como Beneficios eclesiásticos: ó que su fundador mande que sus bienes pasen á la Iglesia, que subsistan baxo de su dominio, y que los administre el Capellan, y perciba sus frutos por estipendio, ó limosna de celebrar las Misas; y fuera de estos dos casos es lo mismo que si los Capellanes se ordenasen á título de bienes suyos própios, por los que no se paga; y para que no se dude si son colativas, ó laicales, se estenderá la cláusula de la fundacion *permitiendo que los Capellanes se ordenen á título de sus bienes como á título de patrimonio, ó hacienda suya própia*, con la qual se entenderá puramente laicales (1). Si son instituidas para parientes, han de justificar su parentesco ante el Juez real, á menos que el fundador mande que la goce el que elijan los Patronos á su arbitrio, sin atender á la proxîmidad de grado, (que es lo mejor, con lo qual se evitan pleytos, y los daños que de ellos se siguen) para todo lo qual servirá de norte la fundacion, en cuya extension debe poner sumo cuidado el Escribano, distinguiendo claramen-

(1) Mostaz. dicho cap. 2. n. 7. y 44. al 48. y otros que cita.

te estas de las colativas, porque son de naturaleza muy diversa, á fin de extirpar confusiones á la posteridad. En quanto á si en estas Capellanías laicales se comete, ó no simonía, vease á *Mostazo de Causis piis, lib. 3. cap. 2. num. final.*

74 Las *colativas ó eclesiásticas* son las que se instituyen, y erigen con intervencion y autoridad del Papa, ó del Obispo, la qual se requiere para hacerlas eclesiásticas (1); y asi se llaman propiamente *Beneficios eclesiásticos*, y en ellas tinene lugar lo dispuesto en estos; bien que con causa pueden quitarse al Capellan por el Obispo ó Patrono, permitiéndolo la fundacion (2), sin que por esto dexen de ser perpétuas; y sus bienes se eclesiastizan perpetuamente desde que se fundan. Puede tocar á persona lega, ó eclesiástica su presentacion, ó nombramiento, segun lo disponga el fundador; pero la colacion ó canónica institucion, ó investidura, el cuidado de la conservacion de sus fincas, y del cumplimiento de sus cargas, y el conocimiento de la legitimidad de los pretendientes si son fundadas para sus parientes, corresponde privativamente al Ordinario Diocesano en cuyo territorio estan fundadas, de suerte que el Patrono tiene solamente la regalía de nombrar Capellan dentro del término prescrito por Derecho canónico que exprese en el núm. 62, y en el nombrado por él será preferido á los colitigantes que no lo estén, si se halla en igual grado con ellos, y adornado de las demas qualidades apetecidas por el fundador, y no de otra forma; por lo que estas Capellanías se llaman así con propiedad: sus bienes son puramente eclesiásticos: y por ellas debe pagarse subsidio; pero aunque sean fundadas por contrato entre vivos, pueden revocarse como laicales, á menos que intervenga alguna de las causas porque las donaciones perfectas se constituyen irrevocables, y que el Ordinario las apruebe, haciendo la colacion, y canónica investidura en el primer nombrado. Pueden conferirse á Presbíteros, ó á los que no lo sean, á fin de que se ordenen á título de ellas, segun lo disponga el fundador; y para su obtencion siendo colativas simples sin Cura de almas, ha de tener el Capellan 14 años (3), excepto que el fundador mande

(1) Cap. Ad hæc. 4. de Relig. domib. Mostaz. de Caus. piis, lib. 3. cap. 1. num. 7. y cap. 3. n. 1. (2) Petr. Greg. de Re benefic. cap. 29. n. 5. Mostaz. ibi, dicho num. 7. (3) Concil. Trident. Ses. 23. de Reformation. cap. 6. y ley 3. tit. 16. Partid. 1.

conferirlas á los de menor edad ó calle, pues entonces en entrando en los siete años, aunque no esten cumplidos, pueden ser admitidos á su goce (1). Y siendo Beneficios con Cura de Almas ó curados, han de tener 25 años (2); y el fundador puede asimismo imponer en ellas la incompatibilidad como en las laicales, y las condiciones honestas que le parezca, y preferir los nobles á los plebeyos. Y se previene que en las Capellanías colativas no adquiere su posesion el presentado por sola la presentacion sin la institucion: y que el fundador de ellas puede en su fundacion con consentimiento del Obispo limitar, y ampliar el término á los Patronos para hacer la presentacion; pero siendo Beneficio curado ó parroquial, no puede hacer ampliacion del legal, porque de ella se sigue perjuicio á las almas, lo que no sucede en las simples en que solo se irroga al mismo fundador, como sienta *Lara*, *lib.* 2. *de Capellaniis*, *cap.* 9: *num.* 31. *y* 32. con otros que cita; todo lo qual tendrá en la memoria el Escribano para prevenirlo al fundador, y evitar pleytos y perjuicios.

75 Y las *gentilicias* son como las colativas, á diferencia de que el Patrono es siempre lego; y por ser colativas, no puede el fundador prohibir al Obispo que haga su colacion y canónica institucion, cuide de la conservacion de sus fincas, y cumplimiento de sus cargas, ni que conozca de la legitimidad de los pretendientes, si son fundadas para parientes, y si se lo prohibe el Fundador, se tendrá por irrita, y mala su voluntad, y no se observará (3), como dexo sentado en el cap. I. §. XIX. previniendo que quando el Obispo nombra por sí solo al Capellan ó Beneficiado, se llama con impropiedad *Calacion* este nombramiento; y quando se hace primero la presentacion por el Patrono se llama *Institucion* la que en vista del nombramiento hace el Obispo (4); bien que muchas veces se usa promiscuamente de ámbas voces, hablando con propiedad. El que quiera saber la diferencia que hay entre la *eleccion*, *postulacion*, *colacion*, *presentacion*, *institucion y confirmacion*, vea á *Parlador. different.* 120.

76 No pueden ser ordenados á título de las referidas Capellanías colativas los que tienen impedimento legal, y canónico

(1) Mostaz. lib. 3. cap. 3. num. 21. al 28. (2) Cap. Cum ineuntis 7. §. final. de Elect. cap. Licet canon. 14. eod. tit. in 6. Concil. Trident. Sess. 24. de Reformat. cap. 12. Mostaz. ibi, num. 20. (3) Ferrar. Biblioth en la palab. Capellania. (4) Mostaz. dicho lib. 3. cap. 13. num. 1.

hasta que se les remueva, y son los siguientes: el que no ha nacido de legítimo matrimonio: el Bígamo, ya esté viudo, ó viva su muger primera: el homicida voluntario: el siervo: el que hizo penitencia pública: el que estando gravemente enfermo se bautizó por temor de la muerte: el bautizado dos veces con cierta ciencia: los extraños é ignotos sino con dimisorias, ó testimoniales de sus Prelados: el hermafrodita: el que por razon de mayordomía, ó administracion de Rentas, del Rey ó Concejo está obligado á darles cuenta: la muger: ni el menor de 7 años (1).

77 Las expresadas Capellanías laicales y colativas pueden ser erigidas por contrato en sanidad, ó por testamento ú otra última voluntad, y de una ú otra forma sus bienes son inenagenables, é indivisibles é imprescriptibles, y los Patronos deben presentar las colativas dentro del término expresado con arreglo á su fundacion (*a*). Tambien pueden ser amovibles á voluntad de los Patronos si el fundador lo manda, con causa ó sin ella, y entónces ninguno puede ordenarse á título de ellas (2), porque no es título perpétuo, ni suficiente para las Ordenes, ni por consiguiente se debe tener por cóngrua segura. Y se advierte que por el §. 8. de la Bula expedida por la Santidad del Papa Inocencio XIII. en Roma á 13 de Mayo de 1723, que empieza: *Apostolici ministerii*: se manda que ninguno que tenga Beneficio ó Capellanía, cuya renta anual no llegue á la tercera parte de la cóngrua, se confiera la Prima Tonsura con motivo de adquirir derecho al Beneficio ó Capellanía: que los Patronos así Eclesiásticos como Seculares puedan hacer nombramiento de ellos, no como de Beneficios eclesiásticos, sino como de Legados pios; y que los nombrados á su goce aunque no esten tonsurados, los posean como tales legados con la obligacion de cumplir todas las cargas impuestas por los fundadores. Y por el §. 13. de la Carta Encyclica ó Circular de la Real Cámara, su fecha 12 de Junio de 1769, dirigida á los Señores Obispos de estos dominios, se les encarga supriman ó extingan dichos Beneficios y Capellanías, convirtiendo estas en Legados pios en la forma prescrita por el §. 8. de la citada Bula. Lo que tendrá presente el Escribano, y prevendrá á los fundadores, á fin de

(1) Ley 12. hasta la 27. tit. 6. Partid. 1. (2) Mostaz. lib. 3. cap. 1. num. 49. (*a*) Nota 11.

que las doten bien, y no las funden incóngruas, para que los Capellanes se ordenen con ellas; pues importa muy poco ó nada el que quieran erigirlas colativas, y que las den este título, si por el espíritu, y naturaleza de la fundacion, y sus cláusulas, ó por la insuficiencia y tenuidad de sus rentas desdicen del verdadero concepto de tales; y así se debe atender á la esencia y naturaleza de las cosas, no á las palabras con que se explican, porque estas no las constituyen (1); y ademas si tienen poca renta, y muchas cargas, reduce estas el Ordinario á instancia de los Capellanes, y mas vale que el fundador imponga pocas, (pues la Misa es de infinito precio) que dé lugar á que otro interprete á su arbítrio su voluntad por su inconsideracion al tiempo de la fundacion, ó tal vez no se cumplan. Por las Escrituras que estenderé, se instruirá mejor el Escribano de sus cláusulas, y si apetece instruccion radical de esta materia, vea los catorce capítulos que acerca de Capellanías escribió *Mostazo* en el *lib 3. de Causis piis*, á *Perez de Lara de Capellanias*, y á los que citan.

§. *FINAL.*

Escrituras correspondientes á este Capítulo.

Fundacion de Mayorazgo regular con facultad real.

78 Don Francisco Solis vecino de esta Villa dixo que por quanto las familias conservan cierto esplendor si tienen con que alimentarse con la decencia correspondiente á su distinguida calidad y nacimiento: y al contrario por falta de fondos se aniquilan y obscurecen, como la experiencia lo acredita, dimanando la miseria en gran parte de la division de los bienes: Por tanto he considerado con madura reflexion y acuerdo, que el medio de obviar estos daños, es vincular los bienes, y prohibir su separacion y enagenacion, y resuelto erigir Mayorazgo perpétuo de todos los que me pertenecen, y para su ma-

(1) Sr. Castill. de Aliment. cap. 7. num. 14. Barb. de Jur. Eccles. lib. 3. cap. 4. num. 30.

yor estabilidad impetré facultad de S. M. (que Dios guarde) firmada de su Real mano en tal parte, á tantos de tal mes y año, y refrendada de Don F. su Secretario, cuyo literal tenor dice así.

Aquí la facultad Real.

Y usando de ella, y de la que me cenceden las leyes de estos Reynos, en la via y forma que mejor lugar haya en derecho: Otorgo que fundo, erijo é instituyo Mayorazgo perpétuo de todos los bienes raíces (juros, censos, efectos, derechos y acciones, segun lo que sean) que poseo, y son los siguientes.

Aquí se pondrán por menor si son fincas sus linderos, cabida, sitio, valor, y si son juros, censos, &c. las señales por donde sean conocidos, y relacion clara y especifica de sus títulos, para que conste de su vinculacion en lo sucesivo, y proseguirá la Escritura.

Cuyos bienes declaro me pertenecen en posesion y propiedad, y que están libres (caso que no hubiesen de pagar tributo, carga, memoria, Capellanía, Patronato, como obligacion, fianza, &c. porque si tienen alguno de estos gravámenes, se especifica) de todo gravámen y responsabilidad (si la tuviesen real, perpétua, temporal, especial, general, tácita ú expresa, *se expresará, y dirá que no tienen mas*) y de ellos constituyo Mayorazgo con las siguientes condiciones y llamamientos.

Primero: Que despues de mis dias han de poseer y gozar perpetuamente este Mayorazgo Don F. mi hijo mayor, y sus descendientes legítimos, ya sean procreados y nacidos constante matrimonio, ó legitimados por el subseqüente, prefiriendo el mayor al menor, y el varon á la hembra, aunque esta sea mayor en edad: la línea del último poseedor á todas las otras, y la hembra de mejor línea y grado á los varones mas remotos, con arreglo á las leyes 2. tit. 15. de la Partida 2. y 5. 13. y 14. tit. 7. lib. 5. de la Recop.; y si fueren hijos de parientes en grado prohibido, y nacieren antes de casarse sus padres, entrarán á su obtencion, con tal que ántes de su nacimiento esté removido el impedimento canónico, y no de otra suerte; á excepcion de que carezcan de hermano varon, que en tal caso los

tales incestuosos han de ser tenidos por naturales legitimados, y preferir á las hembras legítimas, y á su posteridad, aun quando al tiempo de nacer no esté quitado dicho impedimento, si despues se quitáre, y no en otros términos. Pero si concurrieren un hijo legitimado por el subseqüente matrimonio, ó por rescripto del Príncipe, mayor en edad, y otro procreado y nacido de matrimonio legítimo menor que él, prefiera este y su posteridad legítima sin embargo de su menoría de edad al legitimado por el subseqüente matrimonio, y al que lo fuere por rescripto, y á las suyas, no obstante haber nacido ántes que él, pues los legitimados han de entrar á la obtencion de este Mayorazgo en defecto de concurrencia de nacidos de matrimonio legítimo, por deberse entender que estos aunque menores fueron legitimados por el matrimonio de sus padres ántes que los que nacieron fuera del matrimonio de soltero y soltera, y luego se legitimaron por el subseqüente, ó por rescripto, y por lo mismo quiero, y mando que prefieran, y su legítima posteridad á estos, y á la suya en todos tiempos, casos y líneas indistintamente; y que los legitimados por el subseqüente matrimonio, y las suyas sean preferidos á los que lo fuesen por rescripto.

2 Que faltando la descendencia legítima varonil y femenina del citado mi hijo mayor, han de suceder en este Mayorazgo Don F. mi hijo segundo, y la suya, baxo de los mismos términos y reglas sin diferencia, y por su extincion entrar á su obtencion, y goce Doña F. mi hija, y la suya por el órden expuesto, y en defecto de todos Don F. mi hijo natural, y los suyos de legítimo matrimonio, y á falta de legítimos los naturales, y los legítimos y naturales de estos, y de los otros nombrados, mas no los naturales de los demas que se nombrarán, pues los excluyo expresamente, y á su posteridad de suceder en él, guardando todos el própio órden y preferencia sin alteracion, ni tergiversacion.

3 Y despues de extinguidos todos los expresados y sus líneas, suceda en este Mayorazgo el pariente legítimo transversal mas propínquo de mi linage que hubiere á la sazon por el própio órden, considerándose siempre así en los legítimos, como en los transversales, y tambien en los naturales é incestuosos que quedan expresamente llamados: y no en los de los que quedan excluidos, la proximidad respecto del último poseedor, y re-

presentando el hijo ó descendiente legítimo del hijo mayor la persona de su padre ó descendiente muerto en vida ó despues de la muerte del que lo poseía, ya sea descendiente ó transversal, aunque esté fuera de los grados en que el derecho permite la representacion en los transversales; bien entendido, que si hubiere dos transversales en igual grado, y el uno tuviere parentesco geminado conmigo, ha de ser preferido como mas pariente mio al que lo tenga por una línea sola, aunque lo sea por la de hijo mayor, y tenga mas edad; y hasta extinguirse la descendencia legítima de aquel, no ha de entrar al goce la de este.

4 Y si faltaren descendientes legítimos, y los incestuosos y naturales llamados, y todos los parientes transversales mios, doy facultad al último poseedor para que llame á su obtencion y goce á los sucesores que quisiere, con arreglo, y por el órden de esta fundacion, y no de otra suerte, ni con nuevas condiciones, con tal que no sea á Comunidad eclesiastica, ni secular, ni á otra mano muerta semejante, ni á dos personas, para que lo gocen á un mismo tiempo, pues lo prohibo, y al último de todos los que elija concedo igual facultad para que haga lo própio, y así sucesivamente á los demas últimos poseedores en su caso y lugar, de modo que este Mayorazgo sea perpétuo, y sus bienes esten siempre unidos y vinculados en un poseedor lego en la forma que se dirá; pero despues de hecho el llamamiento ó llamamientos, ningun elector los ha de poder revocar, variar, alterar, mudar, ni añadir otros, aunque los llamados los ignoren, y el nombramiento no sea jurado, y si la hiciere, sea nulo como desde ahora lo declaro por tal; pues le prohibo el practicarlo, á ménos que ocurra alguna de las causas que en las condiciones 17 y 18 se expresarán, y no otras, en cuyo caso los excluyo, y á su posteridad de su sucesion como indignos de tenerla. Y si alguno en el concepto de último poseedor hiciere la eleccion, y despues de entrar el electo al goce de este Mayorazgo apareciere algun pariente mio, ha de ser preferido este por poco parentesco que pruebe, y desposeer al electo puramente extraño, á su posteridad, y la eleccion hecha por el que se contemplaba último, quedar nula para siempre, pues quiero que mis parientes por qualquiera línea sean privilegiados, y antepuestos á los total y absolutamente extraños elec-

tos, y á los suyos en todos tiempos y casos, aun quando en su filiacion haya alguna duda por no estar plenamente justificada segun el derecho apetece. Y si por olvido natural, no poder, ó no querer no hiciere llamamiento el último poseedor (pues á todos concedo esta facultad aunque sean extraños) pase este Mayorazgo á la casa de la muger primera de mi hijo mayor que lo tenga, y no sea incompatible con este, y si lo fuere, ó no lo tuviere, á la del segundo, y á sus descendientes en iguales términos; y faltando estas casas, á las de las mugeres de los demas llamados, guardando el mismo órden y preferencia así en las casas como en el modo de suceder. Y despues de fenecidas todas las casas, líneas y personas referidas, si la última no eligiere, nómbro por sucesor en él al hijo mayor varon legítimo del Regidor por el estado noble que hubiere al tiempo de la vacante en esta Villa, y á su legítima descendencia; y fenecida, á los demas varones, y á las suyas legítimas, y en defecto de varones, á las hembras por el órden prescrito, y si no hubiere hijos, ó no hubiere por dicho estado Regidor, que sea noble por su nacimiento, suceda en este Mayorazgo el hijo mayor varon legítimo del que lo fuere á la sazon por el estado general, y los demas que tenga, y sus líneas en idéntica forma, pues entrando en una, no ha de hacer tránsito á otra hasta que su descendencia legítima se concluya; y habiendo dos, ó mas Regidores por uno ú otro estado, ha de entrar á su obtencion el hijo del mayor en edad, y no del mas antiguo en el empleo, y su posteridad legítima, y extinguida esta, la de los demas que tenga: todo lo qual se observará siempre que falte sucesor por no elegirlo el último poseedor. Y si esta Villa se aniquilare, ha de pasar á los hijos de los Regidores de la de tal, y á falta de esta á los de la de tal de este Partido en igual conformidad sin diferencia: y faltando todas las Villas referidas, pase al hijo, ó hija del Regidor por el estado noble ó general por el órden prescrito de la que en esta Provincia, y no en otra elija el Señor Presidente ó Gobernador del Consejo, el qual ha de poder elegir siempre que haya aniquilacion de los Pueblos, observando lo expresado, para que jamas los bienes de este Mayorazgo recaigan por vacantes y mostrencos en el Fisco. Y prohibo, y excluyo para siempre de la sucesion y obtencion de este Mayorazgo á todos los demas hijos ilegítimos de los nombra-

dos á ella, aunque sean legitimados por el Papa y Señores Reyes de estos dominios, y en la legitimacion se haga derogacion específica de esta exclusion y prohibicion.

5 Por quanto por ignorar las vacantes algunos parientes á quienes toque este Mayorazgo, no ocurrirán á pretenderlo, y se intrusarán en él otros remotos, y si despues de estar en su posesion lo pretenden, los vexarán con pleytos, artículos, dilaciones maliciosas, y gastos crecidos para que desistan, y aun quando sean condenados á la restitucion de frutos desde la contextacion, no tendrán tal vez con que reintegrarlos: para evitar todos estos daños que no se deben permitir, mando que con sola la representacion de la demanda del que se diga legítimo sucesor sin otra diligencia alguna, proceda de oficio ante todas cosas el Juez ante quien se ponga, á sequestrar las rentas de este Mayorazgo íntegramente, y á nombrar administrador totalmente extraño, lego, seguro y abonado, con fianzas seguras, y quantiosas, y no al poseedor aunque las dé, ni al pretendiente; cuyo administrador cuide de su cobranza, y las retenga hasta que se concluya el pleyto, sin entregar á ninguno de los dos parte alguna de ellas, y fenecido, las perciba aquel á quien se declare pertenecer, á fin de evitar de esta suerte las injustas molestias, dispendios y vexaciones que los poseedores causan á los pretendientes; en lo qual quiero no haya disimulo, tolerancia, ni interpretacion, y sobre ello encargo la conciencia, y responsabilidad á dicho Juez ó Jueces.

6 Que los poseedores de este Mayorazgo no han de ser obligados á dar alimentos á los inmediatos sucesores, excepto que sean hijos, ó descendientes suyos legítimos, ó naturales, ni los tales inmediatos tener derecho á ellos ni pretenderlos con este, ni otro pretexto.

7 Que han de tener obligacion de alimentar á sus hermanos legítimos, y naturales con la decencia posible, atendido el líquido producto de los bienes de este Mayorazgo, y los hijos y familia precisa de sus poseedores para su regular, y no profusa servidumbre, y asimismo á ponerlos en estado; pero llegado el caso de que por dignidad, empleo, casamiento ú otro motivo abunden los varones de lo necesario para su manutencion regular, y decente, ha de cesar la obligacion alí-

mentaria; y si las hembras se casaren, las han de dar en dote *tantos* mil ducados de las rentas de este Mayorazgo en una ó mas partidas segun se convengan; mas si entraren en Religion cumplan con entregarlas la competente; previniendo que si por no desembolsarlos, (que será el verdadero motivo, aunque aparente otro) quisieren ó intentaren los respectivos poseedores impedirlas tomar estado á su eleccion, en este caso quiero, y mando que en pena las entreguen otro tanto mas, y á todo sean compelidos por todo rigor legal, pues los hé por condenados en ello irremisiblemente.

8 Que igualmente la tengan de dar á las viudas pobres de los poseedores de este Mayorazgo, aunque no hayan tenido sucesion, *tanta* cantidad anual de sus rentas por razon de alimentos, mientras lo estén, y no mas, aunque en las capitulaciones matrimoniales lo pacten, y para ello obtengan facultad real, y no lo haciendo, pueden dichas viudas seqüestrarles la renta correspondiente á su importe, y al de las costas, y daños que se las ocasionen en su exâccion; previniendo que si gozaren otra tanta renta de bienes suyos libres ó vinculados, no han de tener derecho á pretenderla de los de este Mayorazgo, y no teniendo tanta líquida, solo han de poder pedir que se las complete de la de ellos lo que falte al cumplimiento del total que las dexo asignado: pero si fueren dos ó mas viudas de uno, ó mas poseedores, no han de poder pretender todas mas que la tercera parte líquida, y efectiva de la renta de este Mayorazgo, aunque sean pobres, y toque á cada una enteramente la asignacion anual que queda hecha á una sola; cuya tercera parte se ha de distribuir entre ellas segun su mayor, ó menor indigencia, con arreglo á lo que queda prevenido; y si sobrare algo ya sea porque alguna fallezca ó se case, ó por otro motivo, ha de poder quedarse con ello el poseedor de este Mayorazgo, de modo, que con ningun pretexto se le ha de precisar á dar mas que dicha tercera parte en caso que no sufrague á la asignacion hecha en los términos propuestos, ni aun esta íntegra en el de que exceda á ella por qualquiera causa ó razon; y la viuda que se vuelva á casar, pierda para siempre la accion de pedirla.

9 Que si alguno de los llamados á la obtencion de este Mayorazgo naciere loco, mentecato ó mudo, y sordo juntamente,

ó despues de nacido, y antes de entrar á peseerlo le sobreviniere algunas de estas fatalidades y segun declaracion judicial de Médicos, y personas práticas fueren perpetuas, no pueda suceder en él, y pase al siguiente en grado, el qual esté obligado á alimentarlo decentemente; y para que se le pueda estimar por tal ha de ser preciso no solo que lo declaren los referidos, sino que tenga cumplidos los 25 años de edad, hasta los quales careciendo de padre ó madre que cuide de la administracion de sus fincas, ha de nombrar la Justicia ordinaria de esta Villa administrador lego, llano y abonado con fianzas raices saneadas, y suficientes que las administre, y vaya depositando anualmente el sobrante para su aumento: y si despues de haber sucedido en este Mayorazgo le sobrevinieron, y estuviere casado, no dexe de gozarlo, teniendo descendientes legítimos, pero si no lo estuviere, ó se hallare en edad, y estado de no poder tenerlos, pase al siguiente en grado, el qual tenga obligacion, en este caso de contribuirle con la mitad de la renta para sus alimentos, y no menos.

10 Que tampoco pueda suceder en este Mayorazgo Clérigo de Orden sacro, Canónigo reglar, Monja, ni Frayle profesos, ni sus hijos, ni descendientes, ni tampoco Religioso de Orden militar, si segun el Instituto de su Religion no pudiere ser casado; pero si este tuviere dispensacion para casarse, suceda en él con tal que contraiga matrimonio antes de entrar en su goce, y no de otra manera; y mientras que lo executa, quiero y mando que se depositen las rentas que produzca, y se empleen con intervencion judicial en aumento de sus fincas, y no en sus reparos, y que llegando á poseerlo, y no en otros términos, lo gocen tambien sus hijos y descendientes legítimos y naturales por el órden prefinido.

11 Que si los sucesores en este Mayorazgo tuvieren 25 años cumplidos al tiempo de la vacante, y no estuvieren casados, deban casarse precisamente dentro de los 5 primeros siguientes, de modo que á los 30 de su edad lo esten, y no lo haciendo, pase al siguiente en grado, y no se le pueda prorrogar este término; y en el mismo, y baxo de la própia pena han de estar obligados á hacerlo, si enviudaren una ó mas veces sin sucesion, ó el hijo ó hija que tuvieren, falleciere sin ella, en cuyo caso se han de contar los 5 años desde el dia del fallecimiento de sus

mugeres, ó hijos: todo lo qual se ha de entender, á menos que esten imposibilitados por enfermedad, ó en guerra contra Infieles, ó el Mayorazgo en litigio, que en estos casos ha de empezar á correr el término desde que cese la causa, ó impedimento, porque mi ánimo es que todos tengan legítima sucesion, y que este Mayorazgo se perpetúe en ellos, y en su posteridad.

12 Que ningun poseedor de este Mayorazgo ha de percibir de sus rentas mas que la mitad en los dos años primeros siguientes al dia de la vacante, viviendo la viuda del anterior poseedor, y el resto de la otra mitad, deducido el importe de su anual asignacion, se ha de depositar cada año, y emplear con intervencion judicial en compra de bienes raices para su incremento, y no habiendo viuda, emplearse íntegra en ellos; pero si hubiere dos, ó mas viudas, nada esté obligado á depositar, y perciba íntegras las dos terceras partes sobrantes, ó lo que quede.

13 Que si este Mayorazgo recayere por hembra en algun hijo de familia, y la madre de este muriere antes de entrar en su goce, no pueda su padre mientras lo tenga en su poder, percibir mas que la mitad de sus rentas, y la otra mitad se ha de depositar, y emplear precisamente en la forma explicada en la condicion precedente; pero si su madre lo hubiere poseido, percivalas su padre enteramente.

14 Que si nacieren de un parto dos, ó mas varones ó hembras, de los quales el uno deba suceder en este Mayorazgo, y se ignorare qual de ellos nació primero, puedan todos gozar igualmente su renta por los dias de su vida, y pase luego su íntegra sucesion al hijo primogénito varon legítimo, y no habiendolo, á la hembra que antes procreare alguno de ellos, y á sus descendientes legítimos, y naturales por el órden explicado y extinguidos, á los del segundo; y fenecidos, á los de las hembras pues quiero que se extingan las líneas masculinas, y femeninas de estos gemelos primero que entre en las de los que arriba quedan llamados, y que lo mismo se practique siempre que se verifique este caso; y si falleciere alguno sin descendientes legítimos, y dexáre viuda, perciba esta mientras lo sea, la mitad de su parte de renta, y la otra mitad se divida con igualdad entre sus hermanos germanos; pero dexando descendientes

legítimos, la han de llevar íntegra estos á prorrata hasta que se mueran los hermanos de su padre, que entonces ha de pasar todo, y conforme se vayan muriendo, su parte al hijo ó hija que debe suceder en este Mayorazgo por la prioridad de su nacimiento: y para que jamás se verifique estar divididas sus fincas, aunque en dicho caso, y no en otro lo ha de estar temporalmente su renta, quiero que las administre el de mejor conducta, y siendo todos iguales, el que le toque por suerte, y no conviniendose en esto, pueda la Justicia de esta Villa nombrar administrador lego, llano y abonado, y apremiarles á que se conformen con él en pena de su discordia, mientras esta subsista, y no mas.

13 Que los sucesores de este Mayorazgo aunque sean extraños, han de firmar mi apellido despues del de su padre, y traer mis armas en lugar mas preeminente, y si pasaren tres meses despues de haber entrado á su goce sin cumplirlo así, ya sea porque posean otro con esta incompatibilidad ó condicion, ó por otro motivo, por el mismo hecho pase la sucesion al siguiente en grado, y en ello no se pueda dispensar, ni concederles mas término, ni tampoco sea necesaria otra diligencia, monicion, ni interpelacion judicial, ni extrajudicial; pero si quisieren elegirlo, y dexar el otro, no se lo prohibo.

16 Que antes de tomar posesion de este Mayorazgo, han de hacer juramento, y pleyto omenage en manos de la Justicia que se le diere de observar inviolablemente sus condiciones, y á este fin tenerse presente esta fundacion, y no practicándolo así, pierdan por el mismo hecho, su goce, y pase al siguiente en grado sin mas sentencia, ni declaracion, y no puedan pretenderlo, ni en ello dispensarse, aunque aleguen, y justifiquen ignorancia de esta condicion, pues los excluyo de obtenerlo, á excepcion de que tengan alguno de los impedimentos declarados en la condicion 11. y no otro.

17 Que ninguno de los sucesores de este mayorazgo ha de exercer oficio mecánico, ni casarse con hijos, ni nietos del que lo haya exercido; aunque este haya sido noble por su nacimiento; y si lo hiciere, pierda su goce, y no poseyéndolo entonces, no entre en él, y pase al siguiente en grado, pues quiero que todos sus poseedores, y las personas con quienes se casaren,

sean limpios, y sus padres, y abuelos por ámbas líneas no solo de la mala raza de Judios, Moros, Hereges y nuevamente convertidos, sino de oficios mecánicos, y de penitenciados por el Santo Oficio de la Inquisicion.

18 Que si alguno cometiere (lo que Dios no permita) crimen de heregía, sodomía ó bestialidad, lesa Magestad divina, ó humana, ú otro qualquiera porque deba perder este Mayorazgo, é incurra en infamia no lo goce, y pase al siguiente en grado, con tal que este no sea procreado, ni nacido despues de la comision del tal delito, ó incursion en infamia, pues si lo fuere, lo excluyo para siempre, y á toda su posteridad de su posesion, y disfrute, y de alimentos de sus rentas, y mando que á nada tenga derecho porque mi voluntad es que todos sus poseedores sean Católicos Christianos, obedientes á los divinos, y eclesiásticos preceptos, y fieles vasallos de los Señores Reyes de estos dominios: que 8 dias antes de cometer el delito, ó incurrir en infamia, se tengan por exclusos, y muertos, y este Mayorazgo por vacante: y que el siguiente en grado perciba su renta desde este tiempo; lo qual se ha de observar inviolablemente, aunque S. M. por su Real clemencia le restituya su honor, dispensando en la raiz dichos defectos, y derogando esta exclusion; pero no excluyo ni privo de su sucesion á los nacidos ántes de la comision, ó incursion, ni á su posteridad legítima, y natural mediante no estar infecta entónces la raiz, ni tronco, ni ser infamados segun la ley de Partida.

19 Que los bienes de este Mayorazgo no se puedan dividir, vender, ceder, renunciar, donar, legar, acensuar, dar á emphiteusis, empeñar ni gravar total, ni parcialmente, ni los capitales de los censos invertirse en reparos, ó aumentos de ellos con pretexto de utilidad de él, ó de reparar sus fincas arruinadas por terremoto, ú otro accidente raro contingente, ó de dote, arras, alimentos, redencion de cautivos ú obra pia, ó pública, ni por otra causa necesaria, ó voluntaria de qualquiera calidad, aunque sea inopinada, y aquí no se exprese. Y mediante que sin embargo de esta absoluta prohibicion se obtendra facultad real para ello, y no puedo impedir su concesion, suplico á S. M. y Señores de su Real Cámara que si la conceden, sea con citacion, y audiencia formal del inmediato, vista de esta cláusula, por causas muy graves que justifique el poseedor,

y precedidas las diligencias necesarias: que si el que la pidiere para desempeñarse, no hubiere contrahido el empeño con motivo justificado plenamente de haber estado empleado en el Real servicio, (y no otro aunque sea de enfermedad, manutencion de mucha familia, dotacion y colocacion de sus hijos, ó hermanos, ó reparos de las fincas de este Mayorazgo por ruina fortuita) no se la concedan, y en caso de concedérsela, sea con la precision de que asigne fincas determinadas, que se administren por persona abonada nombrada de Oficio, y se vaya depositando su anual producto de su real órden, y á su disposicion en parte segura, de modo que en 10. años perentorios esté completo el empeño, y el Mayorazgo reintegrado en el valor principal de todas, y cada una de sus fincas, y con la condicion de que si en este intermedio falleciere, deba suplir, y exigirse de sus bienes libres lo que falte á completarlo, aunque **nada** quede que heredar á sus hijos, pues se ha de estimar como deuda contra su caudal el tal censo ó gravamen, y preferir la libertad de las fincas de este Mayorazgo al beneficio de los hijos, y herederos del poseedor que lo grave; y no siendo suficientes las fincas consignadas para el reintegro en los 10 años, hayan de subsistir, y las rentas de ellas destinadas al própio fin, y no poder percibir cosa alguna de estas el inmediato sucesor, ya sea descendiente suyo, ó extraño, hasta que efectivamente se hallen depositados todo el importe del empeño, ó censo, y sus réditos, ó intereses, aun quando uno, y otro aleguen, y justifiquen que no tienen lo preciso para su manutencion con el sobrante pues los excluyo, y privo de dicho producto, y quiero se entienda para este caso que no hay tales fincas, y que dichos poseedores ciñan, y sujeten para su manutencion al residuo de las rentas; y encargo al Señor Juez ordinario que evacúare la cédula de diligencias, haga poner por testimonio á la letra esta condicion, relacionándola tambien en su informe, y sobre ello la conciencia; pues mi voluntad es que todos los bienes de este Mayorazgo, y los que se aumentáren, y agregaren á él, estén perpetuamente íntegros, unidos é incorporados, libres de todo gravamen, y bien reparados á costa de sus rentas: que sean inenagenables, indivisibles é imprescriptibles: que no se puedan arrendar por mas tiempo que el de 8 años: ni darse á censo emphiteutico, ni de por vida; ni sacarse de ellos cosa algu-

na por razon de dote, deuda, restitucion, ni otra causa por urgente que sea, aunque aquí no se mencione, y que este precepto se entienda y execute literalmente sin la mas leve interpretacion, ni tergiversacion, sin embargo de que la facultad real lo derogue especificamente en todas sus partes, y en ella se inserte á la letra la cláusula para que no se dude de su derogacion. Pero no prohibo se truequen, ó permuten alguna, ó algunas de sus fincas por otras, con tal que precisamente preceda facultad real, y resulte incremento de renta segura, y utilidad conocida á este Mayorazgo, y á sus poseedores, que se acredite en forma con la debida intervencion, y consentimiento del inmediato.

20 Que los sucesores de este mayorazgo han de inventariar precisamente á costa de sus rentas ante Escribano dentro de dos meses primeros siguientes al dia en que tomen posesion de él, todos los papeles y bienes que le corresponden, y hacer apeo de estos dentro del año, y luego cada 10, y todo con autoridad judicial, y no lo haciendo, pase al siguiente en grado, sin que sea necesaria otra monicion, interpelacion, ni diligencia judicial, ni extrajudicial, pues por el mismo hecho y omision los excluyo de su goce y obtencion, á ménos que sean menores, que en este caso no ha de correr el término, hasta que cumplan los 25 de su edad; pero deberán hacerlo sus tutores, y para apremiar á unos y otros, quiero que se tenga por inmediato, y parte legítima qualquiera de los Regidores de esta Villa, y que en premio de su zelo y cuidado se le dé de las rentas de este Mayorazgo tanta cantidad por una vez, y lo que declare haber gastado en diligencias judiciales, sin pedirle otro documento, tasacion, ni moderacion de su importe que su simple relacion.

21 Que de las rentas de este Mayorazgo han de tener obligacion sus poseedores de reparar todos los bienes de él, y de levantar y poner en el estado y valor actual las fincas que se arruinaren ó quemaren, aunque sea por caso fortuito, y raro contingente, sin que con este pretexto puedan gravarlas en manera alguna, sino executarlo todo á costa de su producto, y no de los censos referidos, ni de parte de sus capitales, y si lo contrario hicieren, pierdan su posesion, y pase al siguiente en grado, no obstante que en ello no haya omision, dolo, ni la-

ta culpa, sin que para quitarselo, y despojarles necesite el inmediato mas declaracion, ni sentencia que la verificacion del decremento, ruina ó gravamen, aunque justifiquen mejora, ó aumento en ellas por otra razon, pues no ha de haber, ni admitirseles compensacion en esta parte; pero para que pierdan la posesion y goce de él, se les ha de requerir primero judicialmente, y pasar 6 meses despues del requerimiento sin haberlo cumplido, y no concedérseles mas término, pues este es perentorio; y á efecto de poder precisarles á executarlo, se tengan por inmediatos dichos Regidores, y cada uno de ellos por todo, aunque haya otro llamado que sea conocido, y al que fuere diligente en hacer el requerimiento, consigno la cantidad prefinida en la anterior condicion sin diferencia, ni limitacion, y si fuesen dos, se dividirá por mitad dicha cantidad entre ellos.

22 Que si se redimiere algun censo de los afectos á este Mayorazgo, se ha de depositar su capital íntegro con intervencion judicial en la Depositaría general de esta Villa, y no en otra parte, y con la misma precedida informacion de utilidad, y demas requisitos precisos, volverse á imponer sin dividirse en todo, ni parte, sobre fincas raíces, libres, seguras y enteramente saneadas, de suerte que no pueda perecer, ni perderse total ni parcialmente, sin que con ningun pretexto, ni motivo entre en poder del poseedor, ni del inmediato sucesor; y los gastos que ocurran en las diligencias, y toque pagar al poseedor, han de hacerse á costa de los réditos, y no de su capital, pues este se ha de conservar intacto, é ileso sin el menor desfalco.

23 Que si dicho Don Francisco mi hijo llegáre á poseer este Mayorazgo, y sus hermanos no estuvieren colocados, de modo que Don F. tenga tanto de renta vitalicia para su manutencion, y Doña F. esté Religiosa ó casada, ha de ser obligado á dar á cada uno tantos reales diarios para sus alimentos hasta que su hermano goce la expresada renta, y su hermano tome uno de los dos estados, pues en este caso ha de cesar esta obligacion; y para poder tomar qualquiera de ellos la Doña F. la ha de dar en dote tantos mil ducados por una vez de las rentas de este Mayorazgo, y si quedáre, y se mantuviere viuda una ó mas veces sin tener renta fixa para su decente manutencion, la consigno durante su viudedad la misma diaria que la dexo

señalada en caso que esté soltera, á mas de la expresada dote, y no satisfaciéndo-ela puntualmente su hermano por mesadas, tercios ó medios años á lo mas, la concedo ámplia facultad para seqüestrar las de este Mayorazgo, y de ellas reintegrarse de su importe: pero aunque se vuelva á casar, no se la dé mas dote, ni tenga accion á pedirla.

24 Que miéntras viva he de disfrutar enteramente la renta de los bienes de este Mayorazgo, á cuyo fin reservo en mí el usufructo de ellos, y asimismo el poderlo revocar, gravar, mudar y alterar en todo, ó parte á mi arbítrio sin limitacion, siempre que me parezca conveniente, sin que nadie me lo pueda impedir, ni decir de nulidad de la revocacion, mutacion ni gravámenes que imponga y haga.

Con cuyos llamamientos, condiciones y reserva, fundo, erijo é instituyo este Mayorazgo, y para despues de mi fallecimiento hago gracia y donacion pura, perfecta é irrevocable de todos sus bienes y rentas á favor del nominado Don Francisco mi hijo mayor, sus legítimos descendientes, y demas llamados á su obtencion y goce por el órden prescrito, con todas la firmezas necesarias, á fin de que cada uno en su tiempo los administre y disfrute segun queda prevenido, como legítimo verdadero poseedor y sucesor sin óbice, ni impedimento: me desisto, quito y aparto íntegramente del derecho que á ellos me pertenece, y lo cedo, renuncio y traspaso para siempre con las acciones reales, personales, útiles, mixtas, directas, executivas y demas que me competen, en sus respectivos poseedores, á quienes confiero el mas ámplio, firme é irrevocable poder con libre, franca y general administracion y facultad de substituirlo, para que por el órden con que quedan llamados, tomen y aprehendan judicial ó extrajudicialmente la posesion real, actual, corporal, ó quasi de él en todas, ó cada una de las fincas á él afectas en voz y nombre de las restantes, ó en su fundacion, ó qualquiera Escritura de su pertenencia, la qual he por tan legítimamente tomada en qualquiera de las maneras mencionadas como si concurrieran todas las solemnidades, y requisitos apetecidos por derecho: me constituyo por su inquilino, tenedor y precario poseedor en legal forma: quiero que por fallecimiento de uno se transfiera en el siguiente llamado la civil y natural con arreglo á la ley 45. de Toro: y mando

que ninguno contravenga á lo que queda expresado: los aparto de todo remedio legal que en su favor esté introducido, y pueda concedérseles: y anulo, y doy por cancelados los Autos y diligencias que á fin de obtenerlo practiquen, para que ningun efecto obren, y si contraviniere alguno, que por el mismo hecho, á mas de quedar como queda excluido, y nuevamente le excluyo de su sucesion, sea visto haber aprobado y ratificado esta fundacion, y particulares que incluye, y suplido todos los defectos substanciales que contenga. E yo el citado Don Francisco primer llamado habiendo oído y entendido todo lo contenido en esta Escritura, y sus condiciones, digo que estimo la merced, y beneficio que mi padre me ha hecho, y sin perjuicio de la enunciada reserva, por mí, y en nombre de los poseedores que fueren de este Mayorazgo, la acepto, y me obligo á observar en forma literal, y específica todo su contexto, pena de incurrir en las impuestas que he por repetidas, y en todas me doy, y los doy por condenados sin mas sentencia, declaracion, ni conocimiento de causa: y al cumplimiento de todo lo expuesto obligamos nuestros bienes, &c. *Aquí se pondrá la toma de razon en la Oficina de hipotecas por el gravamen de vinculacion de las fincas raices con arreglo á la Pragmática que de esto trata.*

Nota. El fundador de Mayorazgo puede poner á su arbítrio estas, y otras condiciones, pues siendo posibles, y honestas, deben observarlas sus poseedores. Si quiere hacerlo irrevocable en su vida, entregará la posesion de él por la cláusula de Constituto, y la Escritura de su ereccion al primer llamado: se omitirá la expresion de revocacion que contiene la condicion última: se obligará á no revocarlo, alterarlo ni mudarlo en cosa alguna: renunciará la licencia que para ello tuviere: y declarará que no quiere usar de ella; con cuyas cláusulas siendo instituido por contrato entre vivos, queda irrevocable; pero no si lo fuere por testamento, ú otra última voluntad, porque como esta es variable hasta la muerte del fundador, sigue la naturaleza de aquel, y adquiere fuerza mientras no se verifica esta; previniendo que aunque sea irrevocable, no obsta para que el instuyente reserve en sí todo el usufructo, ó parte de él durante su vida, pues finge ó presume el derecho que solo pasa la propiedad nuda al primer llamado, y que el usu-

fruto se queda en el fundador hasta que con su muerte se consolida con la propiedad. Lo própio puede hacerse en las mejoras de tercio y quinto, Patronatos y Capellanías.

Otra: Si quisiere que se revoque por ingratitud que contra él cometa el primer poseedor, por la que pueden ser revocadas las donaciones perfectas, é irrevocables, de cuyas causas traté en el cap. V. lo expresará; y lo mismo podrá prevenir entre los descendientes de los sucesivos, si quisiere que se revoque por alguna de las porque sus ascendientes puedan exheredarlos; en cuyo caso les conferirá facultad para hacerlo con la formalidad que prescribe el derecho, y dexo explicada en el cap. I. §. V. pues como tiene potestad de estender su voluntad á su arbítrio, valdrán los gravamenes, y condiciones legales, y justas que les imponga, y pasará el Mayorazgo al siguiente en grado.

Otra: Si quisiere excluir á todos los defectuosos, dirá que no suceda en él el que sea loco, mentecato, mudo, sordo, ciego, manco de ámbas manos ó tullido de ámbos pies, el gafo ó leproso por naturaleza, el hermafrodita, y los demás qne le dictáre su voluntad, como tambien sus hijos naturales, y sus descendientes, pero á los naturales señalará alimentos, pues por todos derechos se les deben.

Otra: Y si quisiere que su Mayorazgo sea absolutamente incompatible y no se junte con otro, mandará que el poseedor que fuere de él, use solo de sus armas en los actos que exerza como tal, sin interpolacion, ni mezcla de otras, ni de otro apellido, excepto el de su padre, y que no pueda obtener otro: y en el caso que concurra en el hijo mayor la sucecion de dos á mas Mayorazgos, deba elegir en el preciso término que le prefina, despues de haber entrado á su goce, el que mejor le parezca, y que el otro pase á su hermano, ó hermana; que si ninguno tuviere, pueda poseerlos ámbos, y despues se dividan entre su hijo primogenito, y segundo; y que siempre que suceda esta inescusable union, se execute lo mismo. Y para que no se dude si la incompatibilidad es real, y lineal, ó personal, procure explicarlo con claridad y á este efecto haga presente al fundador lo expuesto en el núm. 13.

Otra: En la extension de la Escritura de agregacion perpe-

tua en sanidad voluntaria, ó necesaria de bienes á Mayorazgo siendo pura y simple, lo que debe practicar el Escribano es: *relacionar la de fundacion: especificar los bienes que se agregan con sus sitios, y demás señales: decir el agregante que los une, agrega é incorpora en el Mayorazgo, para que estén, y anden siempre unidos, é incorporados con los de él, sean inseparables, inenagenables, indivisibles é imprescriptibles: y que en su sucesion se observen totalmente el modo, reglas, condiciones y llamamientos que en los del Mayorazgo, sin la mas leve diferencia, ni alteracion*; y poniendo luego las cláusulas que contiene el pie de la Escritura de fundacion estendida, quedará firme: y solo siendo necesaria, ó coactiva, hay que añadir, *que la hace el agregante en cumplimiento del precepto del fundador.* Y si es temporal ó limitada á ciertas líneas, tampoco hay que hacer mas hasta ellas; y para despues que se extingan, puede el agregante constituir fundacion nueva, excluyendo expresamente á los demas parientes llamados en la fundacion, y mandar sucedan los que elija ó alguna Memoria, ó Comunidad: ó que el último de los llamados haga suyos los bienes y pueda disponer de ellos libremente como si jamás se hubieran ligado con la vinculacion: ó segun le parezca como dueño; y por ser de fácil ordenacion, y con lo explicado tener bastante luz el Escribano para gobernarse, omitiré estenderla. Y lo própio se observará con otras agregaciones á Patronatos, y Memorias.

Fundacion de Vínculo de mejora de tercio, y quinto por contrato entre vivos.

79 Don Antonio Fernandez vecino de esta Villa, digo que habiéndome acreditado, y hecho ver la experiencia, que de los crecidos caudales que los hombres mas opulentos han adquirido á expensas de muchas fatigas y faenas, solo se conserva la porcion que vincularon, y que el poseedor de ella, y sus sucesores se han mantenido, y mantienen con el esplendor, y decencia própia de su esfera, y distinguido nacimiento: que se perpetúan sus casas y linages, y sirven mejor á Dios, y al Rey, sin exponerse á mendigar, y tal vez por falta de subsistencia á cometer excesos agenos de personas ilustres, que atraen las mas

infaustas conseqüencias he resuelto para evitarlas, vincular el tercio, y remanente del quinto de mis bienes; deseando manifestar á mi hijo Don F. el paternal amor que le profeso, y solicitando por el medio mas lícito, y oportuno su alivio, y cómoda suficiente sustentacion, nombrarlo por primer sucesor de este Vínculo, y poniéndolo en execucion, usando de la potestad que las leyes 18. 19. y 27. de Toro me conceden, de mi libre, y espontanea voluntad en la via y forma que mejor lugar haya en derecho, cerciorado del que me compete: = Otorgo que mejoro en el tercio, y remanente del quinto de todos mis bienes muebles, raices, efectos, derecho y acciones presentes, y futuros al citado D. F. (*si se los consignare, dirá*: cuya mejora le consigno en los siguientes:: *y se expresarán como en la fundacion de Mayorazgo, y no consignándolos, proseguirá de esta suerte*) cuya consignacion reservo en mí para hacerla quando, y como tuviere por conveniente, y aunque por natural olvido ú otro motivo no la haga, no por eso ha de dexar de ser válida, y subsistente esta mejora, y fundacion, ni de usar el referido mi hijo de sus bienes despues de mi fallecimiento del mismo modo que si la consignára: y en su conseqüencia de lo que importe erijo, fundo é instituyo vínculo á título de Mayorazgo perpetuo, é irrevocable con las siguientes condiciones, y llamamientos. *Aquí se ponen las que quiera el otorgante, y por exemplo se expresa la siguiente.*

Que todos los bienes que se aplicaren á esta mejora, y fundacion sean raices, y de los mejores, mas saneados, y efectivos que dexáre, y si estos no bastaren, ó fueren muebles, ó semovientes, se vendan, y su producto se invierta con intervencion judicial en fincas raices de la calidad, y bondad expresadas, sin que por causa, ni razon alguna entre en poder del mencionado mi hijo, ni sucesores de este vínculo, y mientras no se emplee, subsista depositado en la depositaría, ó persona mas abonada que hubiere, á disposicion, y por cuenta, y riesgo del Señor Juez que de esto conozca: é invertido que sea, se forme á este vínculo la correspondiente adjudicacion, y haber de todos los bienes que con él se comprarán, la qual se protocolice en los Registros del Escribano Numerario ante quien se execute; y todos los gastos que se ocasionen, y toque pagar á dicho mi hijo por los mo-

tivos expuestos, se han de satisfacer de la renta que produxeren los bienes comprados, y no del importe de los vendidos, y hasta que estén satisfechos, nada de ella ha de percibir, ni otro sucesor, pues prohibo que se desfalque total, ni parcialmente.

Nota La condicion anterior se puso en inteligencia de no consignar el mejorante los bienes, pues si los consigna, no viene al caso, y entónces se gobernará el Escribano por la Escritura de fundacion de Mayorazgo, poniendo tambien en esta las condiciones 17. 18. 19. 20. y 21. y de las demás las que el mejorante quisiere, con la prevencion de que en los llamamientos debe observar precisamente el órden que dexo explicado en el num. 22. de este cap. sobre ello, haciendo la mejora entre descendientes, y no gravarles el tercio en otra forma; pero siendo entre extraños, dispondrá á su arbítrio: y despues de estendidas las condiciones, ordenará el pie de la Escritura como el de la de Mayorazgo mudando lo que convenga, así para que sea revocable, como irrevocable, arreglándose á lo explicado en las dos notas primeras; y prevendrá el Escribano la toma de razon en la Oficina de hipotecas.

Fundacion de Patronato real de legos.

80 Don Francisco de Andrade vecino de la Villa de Madrid, digo que por hallarme sin ascendientes, ni descendientes legítimos, y colmado por el Omnipotente de bienes temporales, deliberé erigir de todos un Patronato real de legos á título de Mayorazgo, á cuyo fin construí en la Iglesia de San Juan la Capilla de San Pedro que es la segunda á mano derecha entrando por la puerta principal, la qual quiero dotar con 4@. reales de renta, á fin de que esté adornada con la decencia correspondiente, y de que despues de mis dias se celebren perpetuamente en ella 300. Misas rezadas al año: y para que tenga efecto, en la mejor via, y forma que haya lugar en derecho, cerciorado del que me compete, instituyo, erijo y fundo Patronato real de legos á título de Mayorazgo perpetuo de los bienes siguientes.

Aqui se pondrán los bienes por menor como en la fundacion de Mayorazgo.

Cuyos bienes declaro son mios própios, y que están libres de todo gravámen y responsabilidad (real, perpetua, temporal, especial, general, tácita y expresa de las que lo estubieren, y si lo estan de todas no debe expresarse ninguna) los aseguro, aplico y señalo por dotacion de este Patronato con las siguientes condiciones y llamamientos. *En seguida se pondrán las condiciones y llamamientos que quiera el fundador, tales como las que siguen por exemplo á otros.*

1 Elijo, y nombro por Patrono de la citada Capilla á D. F. mi sobrino, hijo legítimo de legítimo matrimonio de D. F. mi hermano, y á sus hijos, y descendientes legítimos, prefiriendo el mayor al menor, y el varon á la hembra, y la hembra de mejor linea, y grado al varon que lo tenga mas remoto, &c.

2. Que el citado mi sobrino, y demas llamados cada uno en su tiempo han de gozar, y poseer este Patronato, y usufructo de sus bienes por los dias de su vida, á excepcion de 40 reales anuales que han de dar de limosna por 300 Misas rezadas que se han de celebrar cada año por mi intencion en tales dias por el Sacerdote que elijan, con cuya cantidad, y con la que importe la cera, y oblata dexo gravados los mencionados bienes: prohibo que se pueda redimir con pretexto alguno: y mando que siempre estén ligados, y sugetos á este gravamen, y responsabilidad como intrínseca, é inseparable de ellos.

3. Que si quieren, puedan nombrar Capellan que celebre las enunciadas Misas en dicha Capilla, y removerle con causa, ó sin ella; con cuyo nombramiento ha de ser reconocido por tal, y admitido á su cumplimiento, y celebracion, sin necesidad de posesion, ni otra diligencia; y si no quisieren nombrarlo, cumplan con entregar dicha limosna al Colector de la citada, Iglesia, y el recibo que de ella les dé, les sirva de documento justificativo para que se los bonifique; y si el Patrono fuere Sacerdote, pueda celebrarlas por sí própio en ella, y no en otra parte, recogiendo certificacion del Colector de haberlas celebrado, la qual ha de ser bastante para su abono.

Que los Patronos han de estar obligados á reparar de las

rentas de este Patronato la referida Capilla de todo lo necesario, levantarla, y ponerla en el estado actual, si se arruinare; comprar los Ornamentos, vestiduras sacerdotales, y demas cosas correspondientes á su decencia; y pagar por la cera, y oblata lo que la Synodal de este Obispado tiene asignado, y asignare, y 600 reales anualmente al Sacristan porque la cuide, tenga limpia y aseada, y mande labar toda la ropa blanca que se necesite así para el Altar como para la celebracion de las Misas, y á todo poder ser apremiados en forma de derecho.

4. Que esta memoria de Misas se ha de entablar entre las de la citada Iglesia, para que en las visitas se tome cuenta de su cumplimiento, y no para otro efecto, y por ella no se ha de pagar subsidio, situado, ni otro derecho, ni intrometerse el Prelado eclesiástico, ni su Vicario, ni Visitador en su provision, bienes, ni otra cosa que en inquirir si están, ó no cumplidas sus cargas, y la Capilla con la decencia que corresponde; y no estándolo, pueda apremiar al poseedor de este Patronato á que lo execute.

5. Que los bienes de este Patronato, &c. (*Aquí se pondrán las condiciones* 17. 18. 19. 20. 21. *y* 22. *del Mayorazgo, y las demas que el fundador quisiere con reservacion del usufructo*) *y luego el pie en la forma siguiente.*

Con cuyas condiciones, cargas y llamamientos erijo, fundo, é instituyo este Patronato real de legos á título de Mayorazgo: y para despues de mi fallecimiento me desapodero, desisto, quito y aparto del derecho, y accion que á sus bienes me corresponde, y todo lo cedo, renuncio y traspaso en el prenotado mi sobrino, y demás sucesores á él nombrados, para que cada uno en su tiempo lo posea, goce y disfrute con dicho gravámen: les confiero poder irrevocable con libre, franca y general administracion para tomar la posesion de él, la que desde ahora doy por tomada, y me reservo su usufructo durante mi vida, como igualmente la facultad de revocarlo enteramente, ó añadir, quitar, y enmendar lo que me parezca, por lo que no ha de tener efecto hasta que fallezca, &c. *proseguirá como en el Mayorazgo, y las generales, y toma de razon en la Oficina de hipotecas.*

Nota. Si el Fundador quisiere que el Patronato sea irrevocable, se obligará á no revocarlo, ni alterarlo en tiempo, ni con pretexto alguno, y á que si lo hiciere, sea nulo; se cons-

tituirá por inquilino, y precario poseedor durante su vida, del primer llamado, y demás sucesores: y entregará á este la Escritura de fundacion, omitiendo la reserva de revocar, mudar y alterar á su arbitrio, y en la aceptacion, las palabras: *sin perjuicio de la enunciada reserva* que contiene la Escritura de fundacion de Mayorazgo, pero no las de usufructo por los dias de su vida, porque si lo hace, será nulo, por estár prohibida la donacion inmensa, como dexo sentado en el cap. V. Y si el patronato, ó vínculo se hiciere del tercio, y remanente del quinto entre descendientes, tenga cuidado el Escribano de advertir al fundador que no puede imponer en el tercio carga, ni gravamen que impida al mejorado percibir sus frutos íntegros, y que se debe ceñir en quanto á la carga, y desembolso que tenga que hacer, al producto del quinto, porque el tercio es legítima de los descendientes, y no puede ser gravado sino en los términos propuestos en el cap. 1.

Fundacion de Capellanía mercenaria, é incompatible, á título de Patronato real de legos, con la que ninguno puede ordenarse.

81 Don Francisco de Texada vecino de esta Villa, digo: que me hallo por la divina misericordia con copiosos bienes y sin hijos, ni otros herederos legítimos á quienes dexarlos, y por tanto, deseando corresponder grato á los favores del Altísimo, que el producto de aquellos se convierta en rendirle holocaustos, y que las benditas Animas del Purgatorio experimenten algun alivio, he determinado erigir una Capellanía mercenaria á título de Patronato real de Legos; y para que tenga efecto, en la mejor via, y forma que haya lugar en derecho, instruido del que me compete: = Fundo, é instituyo para despues de mi fallecimiento en la Iglesia Parroquial de Santa Maria, y Altar de San José, que es el tercero á mano izquierda entrando en ella, la expresada Capellanía, memoria de Misas á título de Patronato real de legos, la qual doto con los bienes siguientes:

Aqui se pondrán por menor los bienes, como en la fundacion de Mayorazgo.

Cuyos bienes declaro me pertenecen en posesion, y propiedad por las razones expuestas, y títulos relacionados: producen de renta anual 600 ducados, y están libres de todo gravamen (ó tienen el real, perpetuo, temporal, especial, general, tácito y expreso que sea), y de ellos constituyo la referida Capellanía laical con los siguientes llamamientos y condiciones.

Llamo á la obtencion de esta Capellanía, y goce del producto de sus bienes á Don F. Presbitero mi sobrino, hijo de &c, y les confiero ámplio poder, y facultad para que con solo el título de los Patronos sean tenidos por Capellanes cumplidores sin mas posesion, ni otro acto, ni documento, y como tales administren dichos bienes, perciban, hayan y gocen sus frutos, á excepcion de 600 reales anuales que han de dar por mitad á los Patronos que eligiré, por el cuidado que deben tener de que sus fincas se conserven, y pagar á la fábrica y Sacristan de dicha Iglesia lo que el Sínodo de este Obispado tiene consignado por la oblata, cera y ornamentos, y señaláre en adelante.

Que ninguno se ha de ordenar á título de esta Capellanía, aunque sea por via de patrimonio, y lo consientan los Patronos, pues quiero que el Capellan á quien se confiera, sea precisamente Presbitero y pobre, y tenga obligacion de cuidar de sus fincas á costa de sus rentas, y no lo haciendo, que el Patrono ó Patronos que haya puedan removerle, y elegir otro sin mas juicio, sentencia, declaracion ni monicion, y hacer que reintegre á su costa el desfalco, y deterioro que en su tiempo hayan padecido por su culpa, omision ó negligencia.

Que ha de celebrar por su persona en dicho Altar *tantas* Misas rezadas cada semana en tales dias, que hacen *tantas* al año, y no poder cometer á otro su celebracion, á menos que esté enfermo, y no con otro impedimento, y si la cometiere, mando que no se le abonen, y que el Patrono ó Patronos, que haya á la sazon, le remuevan, y elijan otro que por sí las diga, pues desde ahora le doy por removido, y excluso de su obtencion: lo qual se ha de observar sin embargo de que sea conmen-

sal del Señor Obispo, ó impétre Bulas apostólicas que dispensen la localidad, personalidad y residencia, las quales no han de tener efecto alguno, mediante que con sus rentas puede mantenerse decentemente.

Que ningun Juez eclesiástico ha de poder presentar esta Capellanía, conocer de sus bienes, tomar cuentas al Capellan de lo que produxéren, ni removerle, sino solo compelerle á que cumpla sus cargas, y no lo haciendo, mandar al Patrono, ó Patronos que le remuevan, y elijan otro, lo qual deberán cumplir inmediatamente.

Que esta Capellanía no ha de erigirse en colativa, aunque los Patronos y el Capellan lo quieran, y consientan por sola la vida de este, porque lo prohibo expresamente, ni pagarse por ella subsidio, ni otro derecho, ni gozarla el que tenga 400 ducados líquidos de renta eclesiástica ó patrimonial, á menos que no haya otro pariente mio que pueda obtenerla, pues luego que esto se verifique, le han de poder remover los Patronos, y hacer que restituya el sobrante que hubiere percibido desde el dia que tuviere la renta, deducido el importe de la limosna de dichas Misas al respecto de *tanto* cada una: cuyo sobrante se ha de emplear con intervencion de los Patronos, Capellan que sucediere en ella, y de la Justicia ordinaria de esta Villa, en aumento, conservacion de las fincas de esta Capellanía, sin que el Capellan removido pueda tener derecho á él, ni tampoco el sucesor, pues mi ánimo, y voluntad es que la obtengan Sacerdotes virtuosos, y pobres que carezcan de medios para mantenerse con decencia; pero faltando otro pariente mio hábil para su obtencion, pueda gozarla el nombrado sin estar obligado á restitucion.

Que esta Capellanía se ha de entablar entre las memorias de Misas de la Parroquial de esta Villa, para que el Ordinario eclesiástico la visite, y sepa si el Capellan cumple ó no sus cargas, y no para otro efecto, y ser de la obligacion del Capellan, y no de los Patronos, satisfacer los derechos que en la visita se causen.

Que los Patronos han de zelar si los Capellanes tienen, ó no bien reparadas las fincas de esta Capellanía, compeliéndoles á ello por medio de su Juez, precedida amonestacion verbal; y si los Capellanes fueren omisos, y no hicieren caso de la amo-

nestacion, y por lo mismo necesitáren los Patronos usar de apremio judicial, les han de pagar los Capellanes todos los gastos procesales, y personales que se les causen en acudir al Juez para que les apremie; y si los Patronos fueren negligentes en esta parte, pierdan el derecho de este Patronato, y pase al siguiente llamado sin mas declaracion.

Que para hacer la eleccion de Capellan se han de juntar los Patronos en casa del mas condecorado ó mayor en edad, y si al tiempo de la vacante no hubiere mas que un Patrono en el lugar por haber muerto el otro, pueda por sí solo elegirle: pero estando ausente, tenga precision de avisarle en continente, tomando testimonio de la Carta que á este fin le escriba, y eche en el correo: y si dentro de dos meses siguientes al dia de su fecha no le respondiere, conformándose con el que este elija, ó diciéndole que no puede asistir á la eleccion, ó enviando poder á alguno para que concurra, pasados que sean, pueda por sí hacerla, y valga del mismo modo que si ámbos hubieran concurrido; y si ninguno estuviere en el Lugar tenga obligacion la Justicia mayor de él de avisarlos en igual conformidad, y no nombrando en el citado término, haga esta por sí la eleccion, y perciba las propinas de ámbos Patronos; y si estos discordaren en ella, echen suertes con asistencia de la Justicia, y Escribano de Ayuntamiento de esta Villa, y despachen al Capellan á quien tocáre el título correspondiente, en cuyo caso las propinas de los dos Patronos se dividan entre ellos, el Juez y Escribano de Ayuntamiento por iguales partes en pena de no haberse conformado. Y habiendo litigio sobre el derecho de este Patronato, si no se declaráre dentro de tres meses, faltáre por esta razon Patrono de sangre, vacáre en el intermedio esta Capellanía y pasados los tres meses despues de la vacante hiciere la Justicia el nombramiento, pueda percibir igualmente las propinas de ámbos Patronos hasta el dia en que alguno de ellos tome posesion de este Patronato; pero no haciendo el nombramiento, ningun derecho tenga á ellas, antes bien las ha de retener el Capellan para entregarlas al Patrono, ó Patronos que lo obtengan: y si no hubiere vacante, no ha de poder remover al nombrado por los Patronos anteriores.

Que mientras vivan los Capellanes que dexo nombrados,

no han de poder los Patronos elegir otros: y despues que fallezcan, han de nombrar precisamente para la obtencion de esta Capellanía parientes mios por ámbas lineas, habiéndolos en este lugar, y en el de *tal*, en donde está mi familia paterna, sin observar mas prerogativa, predileccion de lineas, grado, ni otra cosa, que la mayor pobreza y virtud, sobre lo que les encargo la conciencia, á cuyo fin harán que se fijen edictos en todos á costa del Capellan que sucediere, y los pretendientes tengan obligacion de justificar extrajudicialmente su parentesco, vida y conveniencias, ó indigencia ante los mismos Patronos, ó el que lo sea, y con solo su título, y nombramiento hecho ante qualquier Escribano real, los admita el Cura Párroco á la celebracion de Misas, sin necesidad de posesion, mandato judicial ni otro requisito. Y por evitar pleytos, enconos y los pecados que con este motivo se cometen, prohibo, y excluyo de la obtencion de esta Capellanía á qualquiera que se opusiere judicialmente al nombramiento hecho en otro, aunque sea mas pobre que el nombrado, pues preponderan mas las ofensas que se hacen á Dios, que todos los bienes terrestres, y lo dexo á la conciencia del Patrono, ó Patronos que lo hagan. Y si practicadas las referidas diligencias ninguno compareciere dentro de 4 meses siguientes al dia de la fixacion elijan al Sacerdote mas pobre, y virtuoso que hubiere en esta Villa, ó en el expresado lugar sin prelacion. Si algun pariente compareciere, y por no estar ordenado de Presbítero no pudiere obtener esta Capellanía, luego que lo esté se le confiera, y precise al extraño á dexarla, pues mis parientes han de ser preferidos á los extraños en todos tiempos, aunque estos la esten poseyendo y aquellos no sean de esta Villa, ni del Lugar mencionado; de modo que justificando pobreza, y ser parientes mios por qualquiera linea, se les ha de conferir esta Capellanía, y desposeer al extraño, aun en el caso que se verifique tener mayor pobreza que el pariente, y ser pobre, y este no.

Que si este Patronato recayere en el Capellan, pueda por sí mismo celebrar las Misas, y siendo ántes Patrono, habiendo vacante, y concurriendo en él las qualidades expresadas, nombrarle con preferencia á otro pariente el Compatrono, y no habiéndolo, la Justicia; pues desde ahora lo nombro, y quiero

que goce de ámbos emolumentos, para que de esta suerte no se verifique que se presenta á sí própio, y cese la prohibicion real y canónica, que de esto trata; pero porque recaigan en él ámbas cosas, no le dispenso la localidad, ni personalidad, ni el que pague anualmente al Compatrono su propina, pues todo queda á su cargo, como sino fuera Patrono; y á ello se le pueda apremiar por todo rigor.

Que si hubiere competencia sobre el derecho de este Patronato entre los que pretendan tenerlo, conozca de ella la Justicia de esta Villa, en cuya jurisdiccion estan sus bienes, y aunque los pretendientes sean de otra, esten obligados á seguir su pretension en primera instancia por el Oficio del presente Escribano, y si lo contrario hicieren, no los admita por tales, ni dé la posesion, y ántes bien pase á nombrar Capellan, si no lo hubiere, y á usar de este Patronato, como si estuvieran extinguidas las líneas de los Patronos, hasta que cumplan esta condicion, y no mas.

Nombro por Patronos á Pedro y Juan, mis sobrinos, hijos de Antonio y Diego mis hermanos, y á sus hijos y descendientes legítimos, prefiriendo el mayor al menor, el varon á la hembra, y la hembra de mejor grado y línea al varon que lo tenga mas remoto. A falta de ellos á María y Juana mis hermanas, y á los suyos: despues de estos á Eugenio y Alfonso mis primos hermanos, hijos de Josef y Ana mis tios, y á los suyos por el mismo órden y prelacion: y extinguidos todos al Juez Mayor que hubiere en esta Villa, y no habiéndolo, á los Alcaldes Ordinarios por ámbos estados, y si no hubiere mas que uno, sea Patrono: previniendo que miéntras no se extingan las líneas de los llamados ha de haber dos Patronos uno por cada una; pero si llegáre el caso de que la una se finalice, y la otra no, sea Patrono único el que de esta viviere; de modo que para entrar al goce de este Patronato las líneas de los llamados en segundo lugar, se ha de concluir enteramente la del primero, y así las demas: todo lo qual mando se observe literalmente sin tergiversacion.

Y por el trabajo que los Patronos han de tener en zelar que los Capellanes conserven las fincas de este Patronato y Memoria de Misas ó Capellanía, y cumplan sus cargas, y en hacerles el

nombramiento, señalo á cada uno de los dos que fueren mis parientes, 300. reales, y no habiendo mas que uno por estar extincta la línea del llamado, en igual grado y lugar, el importe de ámbos, como si vivieran, respecto de que ha de hacer las veces, de los dos: pero si todos se extinguieren, no pueda percibir el Juez mayor mas que los 300. reales, y habiendo dos Alcaldes ordinarios por su defecto, se dividan entre ellos por mitad, y si no hubiere mas que uno, los lleve este, pues mediante no ser parientes mios, y nombrarlos por Patronos con sola la atencion y mira de que nunca falten, no quiero que gocen en esta parte iguales emolumentos que los llamados, en cuyo caso el Capellan esté obligado á depositar anualmente los otros 300. con intervencion de los Patronos por cuenta y riesgo de estos en persona lega, llana y abonada para invertirlos con la misma intervencion en aumento de fincas, y conservacion de esta Capellanía, á todo lo qual puede ser compelido por todo rigor.

Que los Patronos, &c. *Aquí se pondrán las condiciones 17. y 18. de la Escritura de Mayorazgo hablando con los Patronos, y las 19. 22. y 24. acomodándolas al caso actual, y las demas que el fundador quisiere, y el pie como en la anterior de Patronato, á excepcion de que en esta ha de hablar con los Patronos y Capellanes juntamente por lo que á cada uno toca, al modo que en aquella habla solamente con el Patrono; y tambien se prevendrá la toma de razon en el Oficio de hipotecas.*

Fundacion de Capellanía laical para ordenarse á título de ella, como de patrimonio.

Don Manuel Ximenez, vecino de esta Villa, digo que Don Alexandro Ximenez mi hermano, por el Testamento que otorgó en ella á *tantos* de tal mes y año ante el presente Escribano, baxo del que falleció, me instituyó por su heredero de los bienes muebles, créditos y efectos que tenia, mandó que de los raíces erigiese una Capellanía laical ó colativa, ú otra obra pia perpetua á mi arbítrio y voluntad, para cuya fundacion, y para todo lo demas que ocurriese, y fuese preciso, me dió comision y facultad libre y ámplia, constituyéndome en su própio lugar,

accion y derecho, y queriendo tuviese validacion del mismo modo que si por sí la formalizára; segun se acredita de su Testamento, del qual para documentar esta Escritura, se pone con ella copia autorizada, que á la letra dice así:

Aquí el Testamento.

Y usando de la comision y facultades inclusas en el Testamento inserto, en la via y forma que mas haya lugar en derecho: = Otorgo, en nombre del citado mi hermano, que erijo, fundo é instituyo para siempre jamas en la Iglesia de tal, en donde está sepultado su cadáver, una Capellanía puramente laical, ó memoria de Misas á título de Patronato real de Legos; la qual doto con los bienes raíces que dexó, cuyo valor, sitios y linderos actuales se especifican en la forma siguiente:

Aquí se ponen por menor los bienes.

Asciende el valor de los referidos bienes, que son los únicos raíces que dexó, á *tantos* mil reales de capital y valor en venta segun sus valuaciones, y de renta producen anualmente *tantos* mil, los quales aplico por dotacion de esta Capellanía laical memoria de Misas, y de ellos la fundo con las siguientes condiciones.

Que los expresados bienes jamas se han de poder vender, trocar, donar, enagenar, ni tampoco separar, dividir, acensuar, hipotecar, ni gravar total, ni parcialmente, aunque lo intenten los Capellanes, y los Patronos lo consientan á pretexto de mayor aumento de renta de la Capellanía, ó por otra causa por grave y urgente que sea, pues lo prohibo expresamente, y quiero, y mando que esten siempre unidos, incorporados y libres de todo gravamen y responsabilidad, como actualmente lo están, y que sean inenagenables, indivisibles é imprescriptibles, y no se puedan arrendar por mas tiempo que el de nueve años cada arrendamiento.

Que los Capellanes de la enunciada Capellanía han de tener bien librados, cuidados y reparados de todo lo necesario á costa de sus rentas los bienes con que queda dotada, de suer-

te que siempre vayan en aumento, y no se deterioren, para que los sucesores no tengan que lastar cosa alguna de lo que en su tiempo no se deterioró, consumió, ni perdió; y si no lo practicaren, han de ser compelidos á ello por el Patrono y Capellan sucesor, los quales han de poder acudir á este efecto á la Justicia real ordinaria para el embargo de rentas y bienes del poseedor, y de sus herederos, sin que para eximirse de su reintegro y satisfaccion, les sufrague el necesitar para los reparos de ellos la renta de un año, dos ó mas, pues con esta consideracion, y con la de su decencia les impongo carga muy leve y moderada, atendido su anual producto liquido, que por un quinquenio es el de 600. ducados, por lo que prohibo que la carga se minore con pretexto alguno por ningun Señor Juez eclesiástico, aunque muchas veces se le pida su reduccion y minoracion: y sobre ello le encargo la conciencia.

Que cada uno de los Capellanes han de celebrar por sus personas anualmente cien Misas rezadas, dos cada semana en la referida Iglesia de tal, por el alma é intencion de dicho Don Alexandro mi hermano, y demas de su obligacion, y no en otra Iglesia; y en caso de hallarse enfermos, ó ausentes, ó sin ordenar de Presbíteros, cumplan con mandarlas decir á otro Sacerdote, dándole la limosna que con él estipulen, ó la que por la Synodal está establecida, ó se establezca, satisfaciendo ademas en uno y otro caso los derechos de cera, oblata y colecturía á la Iglesia ó persona que deba percibirlos, y recogiendo certificacion de todo del que la gobierne ó sea Colector, para hacer constar su cumplimiento en el Tribunal de la visita eclesiástica.

Que ningun Juez eclesiástico ha de poder conferir esta Capellanía, conocer de sus fincas, tomar cuentas á los Capellanes de lo que estas produzcan, removerlos, intervenir, ni mezclarse en otra cosa que en compelerlos á que cumplan sus cargas, aunque pasen los quatro meses que para la presentacion de las colativas, y Beneficios eclesiásticos prescribe el derecho canónico, y muchos mas, mediante ser puramente laical, y solo necesario para su obtencion el nombramiento del Patrono, y como tal no militar para con ella las disposiciones canónicas; pero no haciendo el nombramiento dentro del año que le concedo,

pasado que sea pueda hacerlo el Juez real en pena de su omision y descuido, para lo que le confiero ámplia facultad.

Que jamas se ha de erigir en colativa esta Capellanía, sin embargo de que los Patronos y Capellanes lo quieran y consientan, pues lo prohibo expresamente: ni por ella pagarse subsidio, ni otro derecho; pero (sin perjuicio de poder como tal Patrono, y los que me sucedan en este Patronato, nombrar para su goce á personas de qualquier calidad y edad, sin limitacion, siendo honradas, y de buenas costumbres, á nuestra libre y despótica voluntad; á cuyo fin hago expresa reserva de esta facultad para todos) permito que se elijan y puedan nombrar estudiantes pobres, hijos de padres honrados, para que con su producto sigan sus estudios, y la carrera eclesiástica, y que se ordenen á título de los bienes de ella, como á título de patrimonio y hacienda suya própia, mandando en el interin que se ordenan cumplir sus cargas; y por su muerte han de quedar secularizados sus bienes como de patronato de Legos, sin que por el hecho de ordenarse con su renta muchísimos ó todos, se entienda colativa, ni eclesiástica, ni destruida la qualidad de laical, y cumplidera como própiamente memoria de Misas ó bienes profanos con carga de estas.

Que todos los Capellanes, que no siendo Sacerdotes fueren nombrados á la obtencion de esta Capellanía, han de estar precisamente ordenados *in Sacris* á los 24 años de su edad, y si entónces no lo estuvieren, queden privados como desde ahora los privo y excluyo por el mismo hecho de su goce; prohibo que se les pueda prorrogar mas término; y concedo ámplia facultad á los Patronos para que la tengan y declaren por vacante, y á los Capellanes los estimen como muertos; y que en este concepto procedan sin necesidad de monicion, ni interpelacion á proveerla en estudiante pobre hijo de padres honrados, y no habiéndolo, en Sacerdote igualmente pobre, y no en el que no lo sea, ni en Religioso profeso, aunque por los estatutos de su Religion, ó por dispensacion se le permita obtener rentas eclesiásticas graciosas ó patrimoniales, pues los excluyo de su obtencion; y tambien les concedo igual facultad para que acudan al Juez eclesiástico á efecto de que apremie á los Capellanes ordenados *in Sacris* á ordenarse de Presbíteros, de

modo que á los 25 años de su edad lo esten indispensablemente.

Que esta Capellanía memoria de Misas se ha de entablar precisamente entre las de la mencionada Iglesia, para que el Ordinario eclesiástico la visite y sepa si los Capellanes cumplen ó no sus cargas, y no para otro efecto, y ser de la obligacion de estos el satisfacer los derechos que en la visita se causen.

Para el nombramiento de esta Capellanía, y para todo lo demas expuesto me nombro por primer Patrono único; y despues de mis dias á mis hijos y descendientes legítimos que sucedan en el Mayorazgo que poseo y fundó mi tercer abuelo Pedro Ximenez. Extinguidos estos á mi primo Francisco de tal, y á los suyos, á quienes debe pasar dicho Mayorazgo; y á falta de todos á los que estan llamados para su goce y obtencion, al que agrego, uno é incorpóro la regalía de nombrar, y derecho activo de este Patronato con los vínculos, cláusulas y llamamientos con que está erigido sin alteracion; y á todos, y á cada uno confiero ámplio poder y facultad para que en su respectivo tiempo nombren sugetos dignos de obtener la expresada Capellanía dentro de un año siguiente al de la vacante á lo mas; cuiden y zelen de que los Capellanes cumplan con su obligacion así en celebrar las Misas, como en conservar las fincas de su dotacion; y practiquen todo lo demas referido, y lo que practicaria mi difunto hermano, si viviera, á fin de que se verifique de esta suerte el cumplimiento de la pía y sana intencion con que dexó sus bienes, y el alivio de su alma, y las de sus mayores.

Con cuyos llamamientos, cláusulas, condiciones, bienes y reserva, erijo, fundo é instituyo la enunciada Capellanía laical, y memoria de Misas, á título de Patronato real de Legos, y para su obtencion y goce nombro por primer Capellan á Diego de *tal*, hijo de Andres, sin perjuicio de hacerle nombramiento separado, á fin de que con él pidan á mayor abundamiento, y se le dé su posesion; y le confiero ámplio poder y facultad para que la pida y tome ante la Justicia real en qualquiera copia autorizada de esta fundacion, ó en una de sus fincas, ó en todas á su arbitrio, y desde hoy perciba sus rentas, cuide de sus bienes, y cumpla sus cargas, y todo lo dispuesto y ordenado en esta fundacion sin faltar en cosa alguna; y la misma facultad concedo á los Capellanes sucesores. Y en nombre del ci-

tado mi hermano, y en observancia de su voluntad, aplico á dicha Capellanía los bienes mencionados, y de ellos la hago donacion pura, perfecta é irrevocable en sanidad con todas las firmezas que legalmente se requieren: desisto, quito y aparto á todos los que á ellos puedan pretender derecho, de las acciones reales, personales, útiles, mixtas, directas y executivas, y las cedo, renuncio y traspaso íntegramente en la nominada Capellanía para siempre. Y concedo igual poder y facultad á los Patronos que por tiempo fueren de ella, para que elijan y nombren Capellanes en la conformidad prevenida (cuyo solo nombramiento sea bastante para que en su virtud se les dé la posesion de esta Capellanía, y para gozarla, aunque no la pidan ni tomen) y practiquen todo lo demas sin alterar esta fundacion, ni faltar en cosa alguna, á cuyo efecto los pongo en mi própio lugar, y en el de mi hermano, y asimismo para que de este Patronato tomen posesion al tiempo que del Mayorazgo, ó con separacion, segun estimen oportuno; para todo lo qual, y para lo demas que ocurra, y lo anexo y dependiente formalizo esta fundacion con todas las estabilidades que sean necesarias, de la qual ha de existir siempre una copia en el Archivo del poseedor del Mayorazgo, y otra en poder del que sea Capellan; y á haberla por firme, y no revocarla, me obligo con todos mis bienes, &c. (*aquí las generales*) previniendo que si alguna de las fincas saliere fallida, no quedo, ni la herencia de mi hermano obligado á eviccion; y que verificado este caso, se minorará la carga á proporcion, pidiéndolo el Capellan al Juez competente. Así lo otorgo y firmo ante el presente Escribano de S. M. en esta Villa, &c. *Se prevendrá la toma de razon en la Oficina de hipotecas.*

Fundacion de Capellanía colativa.

83 En el nombre de Dios todo poderoso, Amen. Yo D. N. vecino de esta Villa, digo: que por quanto la divina clemencia me ha colmado de bienes temporales, y carezco de herederos legítimos que los hereden; por tanto, correspondiendo en algun modo á tan grandes favores, y deseando que las Animas del Purgatorio, y en especial las de mis parientes, amigos y bienhechores gocen de algun alivio, y logren quanto ántes la vision

beatífica, único fin para que todos fuimos criados, y que al mismo tiempo los vecinos de esta Villa tengan una Misa mas los dias de precepto para encomendarse á Dios, y ocuparse en rendirle holocaustos, y sus hijos que se inclinen al estado sacerdotal, puedan conseguirlo, y vivir con la decencia á él correspondiente, he deliberado fundar Capellanía colativa á título de la qual se ordenen; y para que tenga efecto, en la mejor via y forma que haya lugar en derecho, cerciorado del que me compete: = Otorgo que instituyo, erijo y fundo la referida Capellanía colativa en la Iglesia Parroquial de esta Villa y Altar de San Antonio de Padua, para cuya dotacion aplico y consigno los bienes siguientes:

Aquí se expresarán los bienes en la forma prevenida en las Escrituras precedentes.

Importa el valor de los bienes expresados *tantos* mil ducados de vellon, y su renta anual *tantos*, los quales declaro me pertenecen en posesion, y propiedad, y que están libres de todo gravamen; y de ellos sin quedar obligado á eviccion, ni mis herederos, ni sucesores en tiempo alguno, instituyo la citada Capellanía con las siguientes condiciones.

Que los mencionados bienes jamás se puedan vender, trocar, donar ni enagenar, ni tampoco separar, dividir ni gravar total, ni parcialmente, aunque para ello intervenga autoridad pontificia, ocurra la causa mas grave y urgente, y sea para mayor incremento de esta Capellanía; porque lo prohibo expresamente, y quiero, y mando que estén siempre unidos, incorporados y libres de todo gravamen, y sean inenagenables, indivisibles é imprescriptibles, y asimismo que no se arrienden por mas tiempo que el de tres años fructíferos segun lo dispuesto por derecho canónico.

Que los Capellanes han de conservar, y tener bien labrados, cuidados y reparados de todo lo necesario los bienes de esta Capellanía á costa de su renta, de suerte que vayan siempre en aumento, y no en disminucion; y no lo haciendo, pueda apremiarles á ello el Visitador eclesiástico de esta Diocesi, y si amonestándoles no lo cumplieren, nombrar persona que á sus expensas lo execute, y embargales la renta, previniendo que aun-

que se consuma la de un año, ó mas en su beneficio, y reparo, no por eso han de minorar ni reducir sus cargas en él, ni en otra alguna, porque con la que producen tienen para vivir con decencia, y cuidar de su conservacion, y aumento, y por lo mismo prohibo su reduccion; y encargo la conciencia al Juez eclesiástico á quien se pidiere.

Que han de celebrar por sí própios en dicho Altar todos los dias de fiesta del año (incluso el del Tutelar de esta Villa) Misa rezada con su Responso á las doce en punto de cada uno, y aplicarla por mi alma, las de mis parientes; amigos, bienhechores y demás del Purgatorio: y para què acudan, y puedan llegar á ella los que no la hubieren oído, se han de tocar tres veces las campanas, y la última un quarto de hora antes de las doce. Si estuvieren enfermos, les concedo facultad para que elijan otro que las celébre por ellos, dandoles precisamente *tanto* de limosna por cada una, y no menos; pero con nigun pretexto, ni motivo lo han de poder nombrar, aunque estén ocupados en servicio del Señor Obispo de esta Diócesi, ó de su Iglesia, ú ocurra otro grave, y para ello obtengan licencia de su Santidad, porque lo prohibo expresamente, y quiero, y mando que residan en esta Villa, y celebren por sí todas las Misas, no estando enfermos; y sino obstante la obtuvieren, pierdan enteramente la renta desde el dia en que estuvieren ausentes de esta Villa hasta el en que volvieren á celebrar por sí mismos exclusive, y la lleve el que por ellas cumpliere, á quien doy ámplio poder para su percibo; previniendo que esta prohibicion de ausencia no se estiende á las semanas en que no haya dia de fiesta, pues les permito que puedan estár ausentes toda la semana, con tal que no falten el dia de fiesta para celebrar la Misa.

Que por las tardes de todos los referidos dias han de enseñar la Doctrina Christiana en la Iglesia parroquial de esta Villa á los muchachos, y adultos de ámbos sexôs que quisieren ir á aprenderla, y ocuparse en esta christiana diligencia dos horas completas, y despues rezar el Rosario á coros con todos, y la Letanía, y salve cantadas, teniendo á su costa dos velas encendidas en el Altar de la Virgen, sin que á ello puedan excusarse; y no haciéndolo pierdan la mitad de la renta de aquel dia, la que deberán entregar al Cura

Párroco, y este distribuirla entre los mas necesitados de su Parroquia: y lo mismo ha de practicar el que celebrare la Misa durante su ausencia, y ocupacion baxo de la própia pena, al qual en este caso ha de nombrar el Cura Parroco, y le encargo que sea de los mas pobres, y virtuosos: pero si los Capellanes estuvieren enfermos, los relevó de esta obligacion, y al que elijan, para que por ellos celebre las Misas.

Que los que se ordenaren á título de esta Capellanía, han de celebrar Misa á los 26 años cumplidos de su edad á lo menos, y si entonces no estuvieren capaces ó tuvieren otros impedimentos que no sea enfermedad, la pierdan, y no se les pueda prorrogar este término; y por el mismo hecho sin practicar mas diligencia, ni monicion pasen los Patronos á nombrar otro, y este sea el Capellan legítimo; y el anterior no sea oído en juicio si pretendiere su conservacion, pues lo excluyo para siempre de su obtencion: y para que si están ordenados *in Sacris*, no pretexten que no se les puede quitar, ni remover, prohibo que se ordenen antes de los 25 años, y quiero que en el restante reciban precisamente las Ordenes de Diacono, Subdiacano, y Presbítero.

Que los Capellanes que obtuvieren esta Capellanía han de ser precisamente Confesores, y no estando capaces para ello á los 24 años de su edad no se ordenen á titulo de ella, pues los excluyo de su obtencion, y quiero que pase inmediatamente al que elijan los Patronos, á cuyo fin, para que su eleccion sea hecha con madurez, y justificacion, harán se les requiera judicialmente exhiban la aprobacion del Ordinario, y no exhibiéndola, hagan el nombramiento en otro: ordenados que sean á título de ella de Presbíteros, tengan obligacion de asistir al Confesonario todos los dias de fiesta y especialmente los de la Virgen, San Josef y demás en que los vecinos de esta Villa acostumbran confesar, y comulgar, y no lo haciendo, puedan ser corregidos por su prelado á instancia del Cura Párroco; pero antes de delatarlos deba amonestarles tres veces que cumplan esta condicion.

Para la obtencion de esta Capellanía nombro por primer Capellan á F. mi sobrino, hijo de F. y por su fallecimiento á F. tambien mi sobrino: y si ámbos fallecieren, ó no quisie-

ren seguir el estado sacerdotal, me reservo el nombar á los que me parezca durante mi vida; y despues de todos llamo á mis parientes pobres, y virtuosos sin predileccion alguna de lineas, grados ni sexo, de modo que justificando serlo, queda al arbitrio de los Patronos nombrar al que mas pobre, y virtuoso les parezca, para evitar de esta suerte pleytos, y discordias, sobre lo que les encargo la conciencia; y no hubiendolos en esta Villa, ó fuera de ella, ó no inclinándose al Sacerdocio, puedan gozarla los hijos de vecinos de esta Villa, cuyos padres, y abuelos paternos, y maternos no hayan cometido crimen de lesa Magestad divina, ó humana, ni otro de los exceptuados, ni incurrido en infamia, ni tampoco desciendan de Judíos, Moros, Hereges, nuevamente convertidos, ni penitenciados; y siendo limpios de lo referido, puedan los Patronos elegirlos por Capellanes, mirando igualmente su pobreza, y virtud: y para que no se dude qual debe llamarse pobre en este caso, mando que se estime, y tenga por tal el que no tuviere de renta patrimonial, ó eclesiástica segura cien ducados libres, sin incluir en ellos la limosna de la Misa, y demas cargas anuales, pues estas deben excluirse para el cómputo. Y porque puede suceder que en algunas vacantes pretendan esta Capellanía dos, ó mas parientes mios, para que los Patronos no tengan escrupulo en su provision, mando que si son iguales en pobreza, y virtud, la confieran al mayor en edad, pero si no es tan pobre, y virtuoso como el menor, sea este preferido, y lo mismo observarán con los llamados á falta de parientes. Y si sucediere que al tiempo de la vacante no comparezcan mis parientes, y por esta razon se proveyere en estraño, quiero que en este caso, si el extraño no estuviere ordenado *in Sacris* á título de ella, la lleve el pariente, pero estandolo, no se la pueda quitar, aunque alegue que no llegó á su noticia la vacante, pues le excluyo por aquella vez de su obtencion; y para que mis parientes sepan la vacante de esta Capellanía, y disfruten el beneficio de su goce con preferencia á los extraños, mando que luego que fallezcan los poseedores, hagan los Patronos fixar edictos en esta Villa, y en *tal*, y *tal*, en donde tengo mi familia, y que hasta que pasen los tres meses siguientes á los dias de su fixacion no la provean, pues les prorrogo el término legal.

Que habiendo en esta Villa Estudiantes hijos de padres pobres honrados, no pueda conferirse esta Capellanía á Presbítero, excepto que sea mi pariente, y no haya Estudiantes que lo sean, pues mi ánimo es preferir mis parientes Estudiantes á los Presbíteros, aunque tambien lo sean, y estos á los extraños; que con la esperanza de obtenerla se dediquen á la virtud, y apliquen al estudio; y que con el residuo de su renta lo prosigan y se habiliten hasta que cumplan los veinte y quatro años: y si aunque al tiempo de la vacante no haya Estudiantes parientes mios, los hubiere despues que el Presbítero, ya sea ó no mi pariente, la poseyere, mando que este la dexe y la confieran los Patronos al Estudiante mi pariente mas pobre y virtuoso que hubiere entre los pretendientes; pero los extraños nunca sean preferidos á mis parientes aun en el caso de que estos sean Presbíteros, y aquellos no. Y si no hubiere Estudiantes parientes, ni extraños, elegirán los Patronos por Capellan cumplidor interino hasta que los haya capaces de ordenarse de Prima Tonsura á título de ella, al Sacerdote mas pobre y virtuoso, el qual ha de ser precisamente Confesor, y percibir íntegramente su renta; y despues que haya Estudiante ordenado, continuar cumpliendo sus cargas, mientras este no sea Presbítero, y percibir únicamente en este caso la renta á ellas correspondiente, y no mas, ni menos, y el sobrante sirva al Capellan para que prosiga sus estudios: y para que se tenga por Estudiante, baste que esté estudiando con qualquier Maestro de Latinidad, aunque no vaya á Universidad, ni en ella se matricúle.

Que esta Capellanía se ha de entablar entre las de dicha Iglesia parroquial, para que el Ordinario eclesiástico la visite, y compela al Capellan al cumplimiento de sus cargas, y conservacion de sus bienes, el qual ha de pagar los derechos de visita y subsidio, y los que por la Synodal de este Obispado estan señalados y señaláren á la Fábrica y Sacristan por subministrar los Ornamentos, cera, oblata, asistencia de este á su celebracion y demas que sean de su cargo, y no estando señalados, mando que los consigne el Señor Visitador que primero la visite, y que despues no se aumenten, ni minoren: y asimismo que los títulos de sus fincas, y una copia de esta fundacion se archiven en el Ayuntamiento de esta Villa, y no se saquen de él sin intervencion de los Patronos, sino para cosa indispensable, volvién-

dose luego á él, ni paren en poder de estos, ni del Capellan con ninguna pretexto.

Para hacer los nombramientos de Capellanes elijo por Patronos á los dos Alcaldes Ordinarios y Regidores por ámbos estados que por tiempo fueren de esta Villa, y si al de la vacante no hubiere mas que un Alcalde, y un Regidor puedan estos hacerlo; y les confiero ámplio poder y facultad para que en todas las vacantes que sucedan, los executen sin otro respeto, ni atencion mas que al cumplimiento de mi voluntad, ni cometan simonía, pues si esta se verificáre, los privo y excluyo de volver á nombrar por aquella vez, y al Capellan de obtener la Capellanía, aunque esté hecha la colacion, y quiero que pase al que nombre el Ordinario con arreglo á esta fundacion, y que los Patronos en pena de la simonía restituyan las propinas que hubieren percibido, y las entreguen al Párroco de la referida Iglesia, para que las distribuya entre los mas pobres de su Parroquia; y no habiéndolas percibido, no puedan pretenderlas, ni el Capellan que elija el Ordinario esté obligado á dárselas. Y para que con mas acierto, y conocimientos los hagan, se han de juntar los Patronos en casa del Alcalde mayor en edad, y enterarse por menor de esta fundacion, la que les leerá el Escribano de Ayuntamiento, ante quien han de pasar, y los edictos con todo lo demás que ocurra: y por el trabajo de esta eleccion ha de dar el Capellan *tantos* reales por una vez á cada Patrono, y *tantos* al Escribano, y no mas; y si estuvieren discordes, sea tercero el Párroco, á quien deberán entregar tanta parte de propina como cada uno lleve, de modo que las que habian de percibir los quatro, se repartan igualmente entre los cinco, sin que el Capellan sea por esto mas gravado, ni el Escribano perjudicado en la suya, observándose lo mismo en caso que no haya mas que un Alcalde y un Regidor; y tambien confiero ámplio poder y facultad á los Capellanes para que con el nombramiento de los Patronos, y á mis dos sobrinos y demás que elija, con este, obtengan y gocen esta Capellanía, se ordenen á título de ella, y cumplan sus cargas, á cuyo fin desde ahora les hago gracia y donacion pura, perfecta é irrevocable en sanidad con las firmezas y requisitos legales de los bienes con que queda dotada: me desapodero, desisto, quito y aparto del derecho que á ellos me toca, y lo cedo, renuncio y traspaso en

ellos con las acciones reales, personales, utiles, mixtas, directas y executivas. Asimismo se lo confiero para que tomen la real tenencia y posesion que por virtud de esta fundacion y respectivos nombramientos les correspondan, y por posesion real otorgo á su favor esta Escritura, y pido al presente Escribano que de ella saque dos copias autorizadas, una para los Capellanes que entregará al primer llamado, y todos deberán conservar, y otra para archivarla con los titulos de propiedad de los mencionados bienes que estoy pronto á entregar, con la qual sin otro acto de aprehension, ni aceptacion ha de ser visto haberla tomado y transferidoselas, y en el ínterin me constituyó su inquilino y precario poseedor; y quiero y consiento que desde hoy se erijan y conviertan, como los doy por convertidos en eclesiásticos, y suplico al Ilustrísimo Señor Obispo de esta Diócesi, su Provisor y Vicario General; y á sus sucesores hayan y tengan por erigida y fundada con las estabilidades y solemnidades necesarias esta Capellanía, supliendo, como doy por suplido qualquier substancial defecto que contenga, y á los prenotados Capellanes por legítimos; y en su conseqüencia que les hagan la colacion, y canónica institucion que se requiere, aprobando ó confirmando esta fundacion, é interponiendo á ella su autoridad y judicial decreto en forma; y me obligo á no revocarla con pretexto alguno, y si lo hiciere, sea nulo y visto haberla aprobado y ratificado. Y declaro, y siendo necesario juro en solemne forma que no necesito los bienes de su dotacion, y que me quedan los suficientes para mantenerme con decencia segun mi calidad y esfera, pero no quedo obligado á eviccion. Y al cumplimiento de todo lo expuesto obligo mis bienes, &c. *Aquí se pondrán las cláusulas generales, y si se quisiere, la aceptacion del primer Capellan como en la fundacion de Mayorazgo, y la toma de razon en la Oficina de hipotecas.*

Nombramiento de Capellan.

84 En tal parte á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos, Don N. vecino de ella poseedor del Mayorazgo que erigió N. y como tal Patrono único de la Capellanía colativa que instituyó en la Parroquial de Santa María de tal Lugar, dixo que la referida Capellanía está vacante por falleci-

miento de Don N. su último poseedor, que acaeció en tantos de este mes: y para que haya persona que cumpla sus cargas, usando de las facultades que el Fundador le confirió, en la via y forma que mejor lugar haya en derecho = elige y nombra por Capellan de la mencionada Capellanía á Don N. natural del mismo Lugar, Presbítero benémerito, en quien concurren todas las circunstancias apetecidas por el Fundador; y le confiere poder irrevocable con libre, franca y general administracion para que la obtenga y goce, cumpla sus cargas desde el dia siguiente al de la vacante, y comparezca ante el Ilustrísimo Señor Obispo de esta Diócesi ó su Vicario General, pretendiendo le haga la colacion y canónica institucion, y mande dar la posesion real, actual, corporal vel quasi en forma de ella con recudimiento de frutos y obligacion á cumplir las cargas, á que estan afectos sus bienes, desde el citado dia: pues el otorgante se lo pide y suplica: la da por tomada en nombre del Fundador con la solemnidad legal: jura por Dios nuestro Señor, y una señal de Cruz en forma de derecho que para hacer este nombramiento y presentacion no ha intervenido, interviene, ni intervendrá directa ni indirectamente dolo, dádiva, ni otra especie de simonía ni pacto ilícito reprobado por los cánones y disposiciones pontificias: y se obliga á no revocarlo ni variarlo á menos que el Señor Provisor no quiera hacer la colacion al nombrado por justas y legítimas causas que tenga, y el otorgante ignora, pues en este caso se reserva la facultad de nombrar luego que se las haga saber, al que sea digno, y en el interin protesta no le corra término, ni ser perjudicado en el derecho de presentar, mediante no constarle que en el nombrado haya defectos para no ser admitido á la obtencion de esta Capellanía. Y á haber por firme este nombramiento en los términos propuestos obliga sus bienes muebles, raices, derechos y acciones presentes y futuros, &c.

Nota. Si el nombramiento se hiciere á favor de algun lego para que se ordene á título de la Capellanía, se expresará en él, y el Patrono suplicará al Ordinario Diocesano que le ordene; y si la fundacion le prefiniere término, se mencionará en el nombramiento, previniendo que si en él no estuviere ordenado *in Sacris*, procederá el Patrono á elegir otro con arreglo á la fundacion. Si fuere Capellanía mercenaria á título de Patro-

nato real de legos, ó eclesiástica, que llaman *Memoria de Misas*, ya sea perpetua, ó de las amovibles á voluntad del Patrono, se dará al Capellan en el nombramiento el título de *Cumplidor*, y facultad para que durante la voluntad del Patrono, (ó por toda su vida, segun lo prescriba la fundacion) cumpla las cargas de ella, y se omitirá la cláusula de colacion, porque no viene al intento; previniendo que con solo el nombramiento sea admitido á la celebracion de Misas por el Prelado, en cuya Iglesia se han de decir, si es que la señala la fundacion, pues si no, no es del caso hablar de ella; pero el juramento de no haber intervenido simonía, es necesario así en los nombramientos de Capellanías colativas, como en los de mercenarias ó memorias de Misas, porque aunque los bienes de estas no son eclesiásticos, son anexos á cosas eclesiásticas respecto se han de convertir todas sus rentas en las Misas, y la simonía del mismo modo se comete en lo eclesiástico, que en lo anexo á él, como dexo sentado en el cap. X. aunque algunos afirman con error lo contrario. En las presentaciones de Beneficios, Prebendas y otras dignidades eclesiásticas se requiere la misma forma que en las de Capellanías colativas, alterando lo que sea del caso. Se previene que si el Fundador dexa á la Capellanía algun capital de censo redimible, se ha de poner en la Escritura de su institucion: *que quando se redima no entre en poder del Capellan, ni Patrono, sino que se deposite por la Justicia, á quien competa su conocimiento, y con su intervencion, y la de aquellos se vuelva á imponer ó emplear en fincas seguras*; al modo que queda expuesto en la condicion 22. de la fundacion de Mayorazgo.

Donacion de Capilla.

85 En el nombre de Dios todo poderoso Amen. Estando en la Sala tal (*como se llame*) del Convento del Carmen de esta Villa de tal á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos el R. P. Fr. Francisco de tal Prior, Fr. Pedro Subprior, y Fr. F. F. y F. (*aquí se pondrán todos los que concurran*) todos Religiosos profesos, que confiesan y declaran ser la mayor parte de los que tienen voto de Comunidad en él, juntos y convocados á son de campana segun acostumbran siempre que tienen que tratar alguna cosa útil á este Convento, por sí, y en nombre de

los ausentes é imposibilitados de concurrir á este acto, y de sus sucesores, por quienes prestan caucion, estarán á derecho y pagarán juzgado y sentenciado, de que pasarán por el contexto de esta Escritura, dixeron que en las dos naves de su Iglesia construyéron diferentes Capillas, y de la segunda á mano derecha entrando por la puerta principal les pidió D. Cárlos de tal, vecino de esta Villa, le hagan donacion perpetua, para que él, su posteridad y las personas que cada uno de sus sucesores quisiere, puedan enterrarse en ella, pues está pronto á dar en continente de limosna por una vez no solo lo que costó á este Convento su fábrica, sino tanta cantidad mas, y adornarla á sus expensas con todo lo correspondiente á la decencia y culto divino; y para deliberar dicho P. Prior sobre esta pretension, convocó á los Religiosos expresados en tres dias, y se la propuso; y habiéndola reflexîonado y conferido entre sí, resolviéron unánimes que se efectuase, y que el P. Prior impetrase licencia del R. P. Mro. Fr. Juan de tal, Provincial de esta Provincia, á quien la pidió y se sirvió concedérsela en tal parte, tal dia, mes y año, firmada de su mano, sellada con el sello mayor de esta Provincia, y refrendada del P. Mro. Fr. F. Secretario de ella, que original con los tratados Canónicos que precedieron, se une á este instrumento para documentarlo, é insertar en sus traslados, y su literal tenor es el siguiente:

Aquí se pondrán la licencia y tratados por su órden.

Y usando los Padres otorgantes de la licencia inserta, de su libre y espontánea voluntad en la mejor forma que haya lugar en derecho, cerciorados del que les compete: Hacen gracia y donacian pura, perfecta é irrevocable en sanidad con todos los requisitos precisos para su subsistencia al prenotado Don Cárlos de tal, sus hijos, herederos y sucesores de la mencionada Capilla con su entrada segun hoy la tiene: se desisten, quitan y apartan, y este Convento del derecho de Patronato, y otro qualquiera que á ella les pertenece y puede pertenecer; lo ceden, renuncian y traspasan para siempre en ellos; y les confieren poder irrevocable con libre, franca y general administracion y amplia facultad para que sin licencia, ni intervencion de los otorgantes y Religiosos que fueren de este Convento, la puedan

dar, ceder y disponer de ella á su eleccion y voluntad como de Capilla suya própia adquirida con legítimo y justo título, usarla, hacer en ella sus exêquias y cabos de año y otros sufragios y fiestas, y oir Misas y Sermones, asistir á los Divinos Oficios, tener asiento en lugar preeminente, poner sus armas, fundar Capellanías, enterrarse, y las personas que quisieren: adornarla de retablo, rexa, losa y practicar todo quanto este Convento podia haber hecho hasta ahora, y hacer en adelante sin limitacion; y asimismo tomar y aprehender como y quando quisieren la posesion real, corporal, ó quasi de ella, y de su Patronato: y para que no necesiten tomarla judicialmente, formalizan á su favor esta Escritura, y me piden que de ella dé al citado Don Cárlos copia autorizada, con la qual sin otro acto de aprehension ni aceptacion ha de ser visto haberla tomado, aprehendido y transféridosele, y en el ínterin se constituyen los otorgantes, y á los que en lo sucesivo sean Religiosos de este Convento, por sus inquilinos, tenedores y precarios poseedores en legal forma: y reciben en este acto del enunciado Don Cárlos á mi presencia de que doy fé, tantos reales por via de limosna que ofreció, en tales monedas, que sumadas, los importaron y pasaron á su poder real y efectivamente, y como entregados y satisfechos de ellos á su voluntad, formalizan á su favor el mas eficáz resguardo que á su seguridad conduzca. Y declaran que la referida Capilla está libre de todo gravamen y responsabilidad, y que no la tienen donada ni enagenada, y se obligan á no donarla, gravarla ni disponer de ella con ningun motivo ni pretexto, ni revocar, ni oponerse á esta donacion total, ni parcialmente, y si lo hicieren, sea visto por el mismo hecho haberla aprobado y ratificado, y quieren se les condene en las costas y daños que por su contravencion se ocasionen á sus dueños, y repela de juicio como á quien pretende derecho que por ningun título le toca, pues para su mayor estabilidad y validacion piden á qualquier Señor Juez ante quien se presente, haya por suplidos todos los defectos substanciales que incluya, é interponga á ella su judicial autoridad quanto há lugar en derecho. Y el expresado Don Cárlos que esta presente, habiendo oido á la letra, y enterádose de esta Escritura y donacion, dixo: que la acepta, y en su conseqüencia se obliga y á sus herederos; y poseedores que fueren de la prenotada Capilla, á tenerla bien

cuidada, reparada y adornada de retablo, rexa y de todo lo demás que para su aséo, limpieza, y decencia sea necesario, y á executarlo dentro de tanto tiempo contado desde hoy, si en él no lo cumpliere pueda este Convento apremiarle á ello por todo rigor legal, é igualmente á la solucion de las costas, y perjuicios que se le irroguen, deferida la liquidacion de todo en su relacion jurada sin otra prueba, de que le releva. Y al cumplimiento de todo lo expuesto obligan dichos Religiosos los bienes y rentas de este Convento, y el mencionado Don Carlos los suyos, y los de sus herederos y sucesores, unos y otros muebles, raíces, derechos y acciones presentes y futuros: dán amplio poder á sus respectivos Jueces para que á ello les compelan como por sentencia difinitiva pasada en autoridad de cosa juzgada, y consentida que por tal lo reciben; renuncian todas las leyes, fueros y derechos de su favor. Y los expresados Religiosos juran por el Santo Hábito que visten conforme á su estado, observar inviolable y puntualmente todo lo pactado; que no se opondrán á ello en todo, ni parte, ni pedirán la restitucion por entero que como á Comunidad les compete; ni relajacion de este juramento, ni la han pedido; y que aunque espontaneamente se la conceda su Santidad, ú otro Prelado eclesiástico, no usarán de ella pena de perjuros, porque este contrato se convierte en utilidad de este Convento; y hacen un juramento mas que relajaciones puedan serles concedidas para su mayor estabilidad. En cuyo testimonio asi lo otorgan, y firman á quienes doy fé conozco, siendo testigos F. F. y F. residentes en esta Villa.

Nota. Téngase presente, que se han mandado construir Cementerios-extramuros de los Pueblos para que se hagan en ellos todos los enterramientos por Real Cédula de 3 de Abril de 1787, y por Reales órdenes de 26 Abril, y 28 de Junio de 1804, y 17 de Mayo, y 17 de Octubre de 1805.

Fundacion de Escuela de primeras Letras.

86 Don Juan de tal natural de tal parte, y vecino de esta Villa de tal, digo: que por quanto en el expresado lugar de mi naturaleza, y en otros contiguos á su término como Aldeas pobres, no hay Escuela de primeras letras; por cuya razon los hijos de sus vecinos se crian, y viven sumergidos en la ignoran-

cia, y no pueden ser útiles á Dios, á la República, á sus parientes, ni aun á sí própios: Por tanto, para evitar quanto está de mi parte los daños que padecen, y manifestar de algun modo mi gratitud á este pueblo he determinado fundar una Escuela, á cuyo efecto construí una casa de cal y canto, firme y muy capáz en el citado Lugar con una huerta que la agregué y cerqué, que ha de disfrutar, y habitar el Maestro que fuere de ella, y para que tenga efecto, en la vía, y forma que mas haya lugar en derecho = Erijo, fundo y constituyo para despues de mi fallecimiento una Escuela perpetua de primeras Letras en el mencionado Lugar de tal con las condiciones y dotacion siguiente.

Que el que hubiere de regentar la mencionada Escuela, ha de tener precisamente título de Maestro sea de la Junta de exâmenes, sea del Consejo ó sea del Colegio de tal Ciudad y Obispado, cuyo título, sin otro documento alguno baste para ser admitido al uso, y exercicio de su ministerio por los Patronos que eligiré, respecto deber hacer constar su idoneidad, y suficiencia á estos para su admision.

Que ha de admitir en su Escuela á todos los niños, y adultos asi del referido Lugar, como de los de sus inmediaciones, y de otras partes que vayan á ella, sin escusa alguna, y enseñarles con amor, y perfeccion la Doctrina Christiana, y á leer, escribir y contar, y el ayudar á Misa; y en su enseñanza ocuparse indispensablemente seis horas cada dia de trabajo de los meses desde primero de Octubre hasta fin de Abril, las 4 por la mañana de 8 á 12, por la tarde de 2 á 4; y 8 horas desde primero de Mayo hasta fin de Setiembre de cada año, las 5 por la mañana de 7 á 12, y las 3 por la tarde de 3 á 6; á fin de que de esta suerte los Discípulos de los Lugares vecinos puedan tener una hora de dia á lo menos para volverse á sus casas, y se eviten las funestas resultas que de lo contrario pueda haber.

Que pueda tener Pupilos en su casa, y tambien labranza, y todo lo demás que qualquiera vecino del Pueblo, con tal que por cuidar de esta, no falte al cumplimiento de su ministerio, pues si se le impidiere, le han de privar de tenerla los Patronos, sin que de la providencia que en este particular den, tenga recurso, ni apelacion á Juez alguno, por ser puramente eco-

nómica y gubernativa, y mi deliberada voluntad que lo que acerca de esto ordenen, ó el que haya de ellos en el Pueblo, si los demás estuvieren ausentes, se execute inviolablemente, y no otra cosa, á cuyo fin prohibo á todo Juez que tome conocimiento, y se mezcle en ello: y los Discípulos han de poder ir á la Escuela todo el tiempo que quieran sus padres, tios, tutores, ó personas baxo de cuyo dominio exîstan, sin que el Maestro pueda oponerse, ni dexe de admitirlos á pretexto de que tardan en aprender, respecto no dár Dios á todos iguales talentos.

Que á mas de lo referido ha de rezar con sus Discípulos de rodillas todos los dias por las tardes en la Escuela el tercio del Rosario, la Letanía de la Virgen, un Credo al Espíritu Santo, una Salve, y un Padre nuestro al Señor, y aplicarlo por mi Alma, las de mi obligacion y Purgatorio; pero en los meses desde primero de Noviembre hasta fin de Febrero anticipará el rezo media hora, para que los niños de las otras Parroquias puedan regresar á sus casas con tiempo suficiente, y no se priven de esta devocion Christiana tan útil que conviene se les infunda, y radique diariamente en el Alma, á fin de que adquiriendo el hábito desde su infancia, no lo pierdan jamás.

Que todos los Sábados, y vísperas de las principales fiestas de nuestra Señora, no siendo lluviosos ó frios, ha de ir á rezar con sus Discipulos las referidas devociones á la Iglesia Parroquial, tocando un quarto de hora antes la campana, por si algun devoto quiere concurrir á rezarlo en su compañía. Y en dichos Sábados en lugar de leccion por la tarde les ha de enseñar solamente la Doctrina Christiana antes del rezo, y admitir indistintamente á qualquiera persona que quiera ir á oirla y aprenderla, y disolverles con amor, y agrado todas las dudas qué les ocurran, y le pregunten, sin que á ello se pueda escusar, ni pretender le dén estipendio ni gratificacion por esta razon.

Que ha de enseñar graciosamente á todos los hijos de vecinos del referido Lugar de tal, sin que aunque sean ricos puedan pedirles ni demandarles, judicial ni extrajudicialmente por su enseñanza cosa, ni cantidad alguna, pues debe contentarse con la asignacion anual que por esta razon le hago, y no ocu-

parlos, servirse de ellos, ni dexar de poner para que aprendan, la misma aplicacion, cuidado y vigilancia que con los que mensualmente le paguen. Pero á todos los de las otras Parroquias pueda pedir, y llevar el estipendio correspondiente á su trabajo con arreglo al estilo del país, ó segun con sus padres ó tutures se convenga, y si no se lo satisfacen puntualmente, no esté obligado, ni pueda ser compelido con título alguno á admitirlos en su Escuela, ni á enseñarlos; ni tampoco lo esté á dar graciosamente á unos, ni á otros papel, tinta, ni plumas, pues deberán traerlo todo de sus casas ó comprarlo, como igualmente los libros, y procesos en que han de leer y aprender. Y le ruego, y encargo encarecidamente que siendo verdaderos pobres y especialmente hijos de viudas miserables los de las otras Parroquias, use francamente con ellos de caridad, y no les prive del beneficio de la enseñanza por no pagarle, pues bastante trabajo tienen en serlo, y Dios se lo premiará como de veras se lo pido.

Por quanto es justo dar á los Maestros algun alivio, y desahogo de la fatiga que causa la enseñanza, especialmente á niños: quiero que no haya Escuela en las vacaciones de Navidad y Pascua de Resurreccion, á saber: desde la víspera de la Navidad, exclusive, hasta el dia de la Adoracion de los Santos Reyes, inclusive, que son trece dias, y desde el Miércoles Santo hasta el dia siguiente al Domingo de Quasimodo que son once dias: ni los tres de Carnaval y Ceniza. Y concedo facultad al Cura Parroco, y demás Patronos para que en el discurso de cada año le dispensen por vía de recreo quince dias mas juntos, ó separados segun quiera elegir y le acomode, y no mas; y mando que si los pidiere, no se le denieguen, por ser mi ánimo que en ellos se recree, y que nada se le descuente de su asignacion para que en el resto del año trabaje con mayor esmero y aplicacion; pero le prohibo tomarlos, y usar de ellos de autoridad própia sin pedirlos, y si lo hiciere, se le descuente lo que en la cláusula siguiente se dirá; previniendo que por no pedirlos, ni disfrutarlos en un año no ha de tener accion á que se le concedan duplicados en el siguiente, ni aunque los pretenda, se los han de poder conceder; y todos los demas dias de trabajo del año los ha de emplear indispensablemente en la Escuela las horas prefinidas, sin que en ninguno, aunque sea en

el del Santo de su nombre, haya dispensacion con pretexto, ni motivo por urgente que sea, á fin de que los Discípulos no se atrasen, pierdan el tiempo, ni malgasten sus padres el caudal con ellos, ni los Patronos tengan facultad de concedérsela, pues se lo prohibo.

Que si el Maestro necesitáre hacer ausencia del Pueblo por mas tiempo que el de ocho dias continuados, á mas de los quince de recreo, ya sea para negocio própio, recobrar su salud, ó para otro efecto, tenga obligacion de dexar á sus expensas substituto idoneo, hábil y de buenas propiedades que evacue su encargo á satisfaccion de los Patronos, y no de otro modo; y no dexándolo, se le descuenten de su asignacion todo el tiempo que estuviere ausente del Pueblo por cada dia de los que haya de trabajo en su intermedio, 6 reales de vellon, y no por los de fiesta, respecto á que en ellos no ha de haber Escuela: cuyo descuento ceda á beneficio privativo de la fábrica de la Iglesia Parroquial del citado Lugar; pero no excediendo de ocho dias una vez al año, ningun descuento se le haga, dexe ó no substituto. Previniendo que no ha de poder salir del Pueblo, ni estár ausente este tiempo, ni otro menor útil, sin pedir, y obtener licencia por escrito de los Patronos, ó del que esté en él, y manifestarles la urgencia; y si sin este prévio requisito se ausentáre, se le haga el descuento de todos los dias que falte, aunque sean colendos, y dexe substituto, pues quiero que esté sujeto á ellos, y que de su própia autoridad no se tome licencia que no le dén, excepto en los dias de vacaciones y carnaval, que no necesita pedirsela.

Que si cayere enfermo de enfermedad aguda, no se le haga descuento aunque no haya Escuela en un mes, pues mediante ser bastante grave este trabajo, no quiero se le aumente, ántes sí que goce íntegramente la asignacion, y le sirva de algun alivio para ayuda á su curacion: y le relevo, y dispenso hasta el tiempo del mes en que la enfermedad pueda quitarle la vida, ó ceder enteramente, y estar libre, pasado el qual, si no estuviere perfectamente convalecido, tenga obligacion de poner substituto como queda prevenido; pero en el año en que sucediere lo expresado, no pueda pretender los quince dias de recreo, pues quiero que se entiendan inclusos en el mes: bien que si los pretendiere, ó mas para convalecer, no se los denieguen los

Patronos, con tal que dexe el substituto, y no en otros términos, pues desde ahora le concedo los que necesite sin limitacion para el recobro de su salud con dicha condicion.

Que si por ceguera, accidente ó enfermedad crónica perpetua se imposibilitare algun Maestro de continuar para siempre en la enseñanza, pueda substituirle un pasante propuesto por los Patronos, aprobado como el Maestro precisamente, y de iguales circunstancias, y suficiencia en su ministerio, vida y costumbres, pagándole el Maestro la cantidad en que se convengan; y no conviniéndose los dos, puedan los Patronos señalar al Pasante lo que estimen correspondiente á su trabajo, mirando siempre á que quede al Maestro con que alimentarse, con cuyo señalamiento si el substituto no se conformáre, prohibo que sea propuesto jamás para Maestro en vacante alguna; pero si se aquietare y conviniere, mediante ser justo sea atendido y remunerado: quiero y mando que cumpliendo con su obligacion en todo, sea admitido por Maestro en propiedad, y no otro alguno por fallecimiento del propietario, y se le expida el competente título, pues desde ahora le nombro y prohibo que haya oposicion, y á los Patronos el que hagan propuesta de otro, y excluyo á qualquiera pretendiente sin excepcion, mientras viva y cumpla; sin que esto se pueda alterar, interpretar, ni con pretexto alguno hacer lo contrario, por ser el substituto acreedor de justicia atento su mérito y mi voluntad deliberada el que así se execute.

Que ningun Maestro pueda ser despojado, ni removido de la Escuela, excepto por abandonar, y no cuidar de sus Discípulos, ó por no practicar lo que queda expresado: ó aunque lo practique y cumpla en esta parte con su obligacion, por embriagarse, ser blasfemo ó incontinente ó tener otro vicio capital que cause nota y escándalo público, y de mal exemplo á los niños y personas timoratas, por cuyas causas, ó qualquiera de ellas le han de poder remover, quitar y despojar de la Escuela los Patronos, ó el que de estos exîsta en el Pueblo; pero para ello han de preceder quatro amonestaciones que deberán hacerle, la primera sigilosamente, y las restantes á presencia de tres personas vecinas del Pueblo cada una; y si con la quarta amonestacion y conminacion persistiere obstinado en sus excesos y abandonos, ó en qualquiera de ellos, les concedo ámplia po-

testad para que le echen de la casa y despojen de la Escuela por medio de la Justicia, y mando que no se le permita volver á ella, ni á enseñar, y que no se le oyga, ni admita recurso, pues constituyo á los Patronos Jueces privativos y únicos, sin apelacion, ni superior que les mande en este caso como puramente económico, gubernativo y que tiene su tendencia al bien comun, para lo qual aunque sea Sacerdote le remuevo, y he por removido y despojado desde ahora, y le privo y excluyo entera y absolutamente de volver á regentar jamás la Escuela, en atencion á las perjudicialísimas resultas que de su tolerancia y conservacion se pueden irrogar, y á que por su pertinacia y obstinacion él mismo se quita el crédito y empleo. Sobre todo lo qual encargo la conciencia á los Patronos, y especialmente á los Curas Párrocos que fueren del expresado Lugar, como verdaderos Pastores de aquella grey, por lo interesante que es al bien público, y al honor del Maestro el que todo se practique con arreglo á lo que en esta cláusula queda prevenido, y no en otros términos.

Para regentar la Escuela puedan los Patronos proponer Clérigos *in Sacris*, ó Secular casado ó soltero, sin que aunque concurran de las tres clases á pretenderla, haya predileccion por razon del estado ó carácter, pues solo se ha de atender á que sea Christiano, de prudencia, vida y costumbres arregladas, y de esto informarse ántes de proponerlo, y que sepa la Doctrina Christiana, leer letra antigua y moderna manuscrita, y de molde, y escribir y contar perfectamente, y no una cosa sin la otra. Pero si alguno de los pretendientes fuere pariente mio en qualquiera grado por remoto que sea, obtenga la preferencia á todos, concurriendo en él copulativamente las circunstancias y aptitud especificadas, y no en otros términos, y los Patronos tengan obligacion de admitirlo y proponerlo, expresando serlo en la propuesta que hagan al Señor Alcalde mayor, sin embargo de que no conste sino por fama pública á los vecinos del enunciado lugar, para que estando adornado de las nominadas qualidades, le expida el título; y si no lo propusiere, pueda hacer el competente recurso al Señor Alcalde mayor á fin de que le admita con prelacion á todos los extraños en idénticas circunstancias, y no por solo ser pariente mio.

Elijo y nombro por Patrono de esta memoria y obra pía,

Patronato real de Legos, al Señor Cura Párroco que es y fuere del expresado Lugar de tal, al pariente mio, ó extraño que poseyere el Mayorazgo que tengo fundado: y al Regidor mayor en edad que hubiere al tiempo de las vacantes en el citado Lugar, y fuere pariente mio, y poseyere el expresado Mayorazgo, tenga dos votos por los dos respetos de Regidor y poseedor; y los confiero ámplio poder y facultad para que juntándose en casa del Señor Cura, por ser persona mas digna por su ministerio y carácter, acuerden hacer las proposiciones de Maestro y substituto en dos ó mas sugetos de las calidades expuestas, á fin de que el Alcalde mayor referido los remita á exâmen, si no tuviesen título de Maestros, y siendo todos idóneos, elija al que le parezca sin prelacion, excepto que sea pariente mio, pues este debe preceder á todos los extraños en iguales méritos ó circunstancias, no habiendo el substituto que haya regentado la Escuela por enfermedad ó imposibilidad del Maestro, como queda expuesto en la cláusula undécima, porque si lo hay, ha de entrar inmediatamente á exercer el ministerio de Maestro, y no haber proposicion, exâmen, ni eleccion. Y si todos salieren reprobados, ó despues de propuestos se descubriere en ellos algun vicio ó defecto capital, vuelvan los Patronos á proponer todas las veces necesarias hasta que alguno de los propuestos sea aprobado, (pues ninguno ha de poder ser admitido sino á proposicion suya, ni el Alcalde mayor elegir de autoridad própia jamas) y al que lo sea de los propuestos, expida el título competente el referido Alcalde mayor, ó quien su lugar ocupe en caso de no haberlo, ó estar ausente ó enfermo, y desde el dia que tome posesion inclusive, perciba su asignacion y emolumentos, y los en que estuviere vacante la Escuela por no haber substituto, queden á beneficio de la fábrica de la Iglesia Parroquial del mencionado Lugar; pero habiendo el substituto referido, en este caso como que es y debe ser conceptuado por Maestro, los ha de percibir desde el siguiente al de la vacante sin desfalco; y con el título del Alcalde mayor han de poner en posesion los Patronos al Maestro de la Escuela, y casa en que ha de vivir sin otro requisito.

Que si al tiempo de la vacante no hubiere Patrono de sangre en el Pueblo, ni apoderado suyo, ni se esperáre su pronta venida, puedan el Cura Párroco, y por su defecto el Ecónomo,

ó interino, y el Regidor hacer la proposicion, sin que por ausencia, ni otro motivo se suspenda mas de un mes; pero si viviere en parage en donde puedan noticiarle la vacante, y enviar su poder, ó venir ántes del mes, esten obligados á participársela inmediatamente, para que acuda, ó lo remita, y al apoderado se estime por persona legítima como al Patrono mismo.

En remuneracion y paga del trabajo que el Maestro ha de tener en enseñar graciosamente, y sin el menor interés á los niños del expresado Lugar, le señalo y mando se le den todos los años 200 ducados de vellon en dinero que se le han de satisfacer íntegros por tercios ó medios años segun los pida, por el que cuide de los caudales de la fábrica de la Iglesia, y á ello poder ser apremiado executivamente no pagándoselos con puntualidad; cuya satisfaccion ha de hacer con órden por escrito de los Patronos, ó del que allí hubiere, y no de otra suerte. Y á mas de dicha asignacion anual quiero que viva en la casa que tengo construida; y prohibo que otro alguno pueda habitarla, ni disfrutar la huerta sino él, y en vacante el interino ó substituto: y asimismo que se pueda destinar para taberna, meson, posada, ni para otro ministerio, uso, ni persona la expresada casa.

La fábrica de la citada Iglesia, y no los Maestros ha de tener obligacion de hacer los reparos necesarios en la casa y cerca de la huerta del sobrante de la renta que señalaré para todo; y los Patronos cuidar de que á tiempo oportuno se hagan, sin dar lugar á que por su retardacion venga tal vez alguna ruina, y se frustren mis justas ideas: y asimismo de que el Maestro la tenga limpia, y de que por su culpa ú omision no padezca decremento, ni deterioro, amonestándole sobre ello, y apercibiéndole será de su cuenta qualquiera quebranto que por dichas razones suceda en ella.

Si en la expresada casa ó cerca, ó en ámbas sucediere ruina ó incendio por caso fortuito, mando que la fábrica de la Iglesia las reedifique y levante en continente con intervencion de los Patronos; y para que no falte la Escuela y enseñanza, se acomodará el Maestro mientras dure la obra, y se seca, en la casa mas cómoda que haya en la Parroquia, sin que se le suspenda el pago anual de los 200. ducados por este acaso; y la

fábrica pagará tambien el alquiler que en el interin devengue, y todo con acuerdo é intervencion de los Patronos, pues el sobrante de la renta es para este efecto, y no otro.

Mediante á que anualmente sobran de la renta que actualmente producen los bienes de esta fundacion 800. reales, y que la casa y cerca de la huerta por estar construidas á toda costa, no necesitarán reparos de consideracion en muchos años, por lo que habrá caudal que poder imponer: mando que el sobrante anual se deposite en un arca de tres llaves que tengo hecha, de las quales tenga una el párroco, otra el Regidor, y la otra el Patrono de sangre, ó su apoderado: que todos los años dé su cuenta á los Patronos el que los administre, con apronto efectivo del alcance, sin que en esto haya disimulo, pues los hago responsables, y á cada uno solamente de qualquiera desfalco que por su tolerancia, culpa ó negligencia padezcan las rentas y bienes de esta fundacion: y que el arca se coloque en la Iglesia en la pieza en que estan las que tienen los caudales de esta. Y asimismo mando que en la própia arca se pongan los títulos y papeles que la correspondan; y que cada diez años, ó ántes se emplee el líquido sobrante en bienes raíces, ó se imponga á censo á beneficio y aumento de esta obra pía. Y prohibo que el referido caudal se preste, ni de él se haga otro uso alguno mas que el referido, y que en esto se pueda dispensar, sobre todo lo qual encargo la conciencia á los Patronos.

Atendiendo á que los Patronos que dexo nombrados, y el que administre los bienes de esta fundacion, que será el Administrador de los de la fábrica, son dignos de recompensa por su trabajo, señalo á este el 5 por 100 de lo que anualmente cobre, y á cada Patrono 60 reales anuos, que deberán percibir al tiempo que tomen la cuenta al Administrador, y este datárselos en ella para que el sobrante se deposite en el própio acto con la cuenta en el arca, pues de ningun modo permito se quede en poder del Administrador, al qual han de poder apremiar á darla, y á aprontarlo para dicho efecto por todo rigor de derecho, y via executiva, y de su omision en esto los constituyo responsables.

Y por quanto pueden ocurrir algunas cosas que yo no haya tenido presentes, ni por consiguiente prevenido: concedo ámplio poder y facultad á los Patronos, para que sobre ellas

resuelvan como fieles intérpretes de mi voluntad lo que yo resolveria, y sea mas adaptable y conforme al honor de Dios, incremento y permanencia de esta obra pía, y sus bienes, y utilidad de los parroquianos del mencionado Lugar de tal, y sus confinantes, tomando consejo de hombres doctos y timoratos en lo que el suyo no baste, y procediendo con su acuerdo; pero acerca de lo aquí expuesto y prevenido especificamente, les prohibo toda alteracion, interpretacion, y tergiversacion.

Con cuyas calidades, condiciones y dotacion anual erijo y fundo la enunciada Escuela de primeras letras en dicho Lugar de tal, y para su dotacion aplico tales bienes (*se especificarán por menor con sus títulos y linderos*) de cuyo producto, que actualmente es *tanto* cada año, se han de satisfacer los 700. ducados de vellon al Maestro, los 180. reales á los Patronos y al Administrador su trabajo, y asimismo executar los reparos en la casa y cerca. Y desde hoy en adelante para siempre jamas me desapodero, desisto y aparto, y á mis herederos y sucesores del dominio, posesion, titulo, voz, recurso y demas derechos que á los referidos bienes me competen, y todo con las acciones reales, personales, útiles, mixtas, directas y executivas lo cedo, renuncio y traspaso en la enunciada Memoria y fundacion, para que sean suyos própios, á cuyo fin la hago de ellos donacion pura, perfecta é irrevocable en sanidad con insinuacion y demas firmezas legales. Declaro que los relacionados bienes son libres, y estan esentos de toda carga perpetua y redimible, y prohibo que se puedan dividir, gravar, trocar, hipotecar, ni enagenar por ninguna via, ni especie de enagenacion, y si lo contrario se hiciere aunque sea con título de mejora, y aumentar esta fundacion, sea nulo como hecho contra esta prohibicion, y por personas que carecen de facultades para ello; y asimismo prohibo que sus rentas se empleen en otros usos que los referidos. Concedo ámplio poder á los Patronos para que tomen posesion de este Patronato, y empiecen desde hoy á exercer las funciones de su ministerio sin mi intervencion, á fin de que en mi vida logre el gozo de ver sus progresos, y puestas en execucion mis piadosas ideas é intenciones: reservándome como me reservo declararles y disolverles las dudas que les ocurran, y me propongan sobre su contexto, y añadir, corregir, mudar, quitar y alterar las condiciones con que queda

erigida, y poner otra á mi arbitrio en contrato, ó en última voluntad; y me obligo á no revocarla, y si lo hiciere no valga, y sea visto por lo mismo haberla aprobado y ratificado nuevamente, mediante no ser inmensa, ni por consiguiente reprobada por derecho, y quedarme bienes superabundantes para alimentarme. Pido y suplico á qualquier Señor Juez real la apruebe, supla como doy por suplido qualquier substancial defecto que contenga, y á ella interponga su judicial autoridad para su mayor validacion y estabilidad. Y quiero, y mando que de esta Escritura se ponga una copia en el arca de tres llaves, otra en el Archivo de papeles del Ayuntamiento del citado Pueblo, y que tengan los Patronos otra para observar lo en ella ordenado segun ocurra el caso. Y á la observancia de lo expuesto obligo mis bienes, &c. *Aquí las generales, y la toma de razon en la Oficina de hipotecas.*

Fundacion de Memoria para casar huérfanas.

87 Don Alexandro de tal, natural y vecino de esta Villa, digo: que mi hermano Don Pedro me instituyó por su único y universal heredero en el testamento que otorgó en esta Villa, á tantos de tal mes y año, ante tal Escribano, baxo del qual falleció. Y por quanto para mi cóngrua, y decente sustentacion no necesito su herencia, pues la infinita misericordia y liberalidad del Omnipotente me ha colmado de bienes temporales, y de otros beneficios: y en esta Villa y Lugares de su jurisdiccion hay muchas doncellas huérfanas, hijas de padres honrados, y pobres, que por falta de dote no toman estado, y se hallan expuestas á las contingencias que trae la indigencia y miseria: por tanto, considerando que estableciendo una Memeria para ayuda á su dotacion, se evitarán muchas ofensas á Dios, se disminuirá su infelicidad, y se fomentará la poblacion en que tanto interesa el Estado: y que esta obra pía será mas grata y acepta á los divinos ojos que otra alguna, por las mayores utilidades espirituales y temporales que de ella resultarán; he deliberado con maduro acuerdo, y sano consejo (mediante carecer de herederos forzosos) desprenderme enteramente de todos los bienes raíces que dexó mi hermano, emplearlos en la fúndacion de dicha Memoria; y poniéndolo en execucion, en

la via y forma que mas haya lugar en derecho, cerciorado del que me compete. = Otorgo que desde hoy para siempre jamas erijo, fundo é instituyo á título de Patronato real de legos una Memoria y Obra pía puramente laical para dotar doncellas huérfanas pobres, hijas de padres honrados, vecinos de esta Villa, y Lugares de su jurisdiccion: y para su dotacion consigno y aplico los bienes raíces que dexó mi hermano, y son los siguientes.

Aquí se especificarán los bienes como en la fundacion de Mayorazgo.

Cuyos bienes son los que dexó el referido mi hermano: y como su único heredero me pertenecen en posesion y propiedad; y declaro estan libres de toda carga, responsabilidad y gravamen, y producen tantos mil reales al año; y de ellos hago la expresada fundacion: prohibo que se puedan acensuar, gravar, hipotecar, trocar, dividir, donar, vender, ni enagenar por ninguna via, ni especie de enagenacion, ni con motivo, ni pretexto alguno por grave y urgente que sea; y mando que esten unidos é incorporados perpetuamente, y que su renta se distribuya en los términos que contendrán las siguientes condiciones. *Siguen las condiciones, que pueden ser por exemplo:*

Que las huerfanas que pretendan ser nombradas á la obtencion de estas Prebendas ó dotaciones, han de acreditar á los Patronos que elegiré, ser hijas de vecinos de esta Villa, ó de alguno de los Lugares de su jurisdiccion, ya hayan nacido, ó no en ellos: que su padre ha fallecido: que tienen quince años á lo menos de edad: que están solteras; y careciendo de alguna de estas qualidades, prohibo que se las nombre. Y para hacer constar su edad, libertad y horfandad, han de presentar con el memorial en que soliciten el nombramiento, las certificaciones, ó documentos respectivos, sin cuya presentacion mando que no sean admitidas; pero á las que sean mis parientas en qualquiera grado de consanguinidad, dispenso la qualidad de hijas de vecino, mas no las de edad, horfandad ni libertad.

Que en la eleccion de todas jamás se gobiernen ni dexen llevar los Patronos de empeños, distinciones aereas, ni respetos mundanos; por lo que si concurrieren á un tiempo huerfa-

nas nobles, plebeyas, y la renta de aquel año no alcanzáre para dotar á todas, mando que echen suertes, y nombren á aquellas á quienes toque la suerte, sean de la clase que fueren sin predileccion, pues la prohibo expresamente, les encargo la conciencia, y los hago responsables en el fuero interno. Y si de las dos clases concurrieren de varias edades, insaculen, ó entresaquen de ámbas las mayores en edad, y entre estas sorteen las Prebendas que por aquella vez haya, segun la renta líquida que exîsta, y no esté aplicada.

Que en concurso de muchas pretendientas sean preferidas las mayores en edad como mas cercanas á tomar estado, y las que pretendan ser Religiosas á las que quieran casarse. Pero siendo parientas mias, han de preferir á todas las extrañas indistintamente, ya quieran entrar en Religion, ó casarse, y entre ellas se observará tambien la prelacion de edad, y estado que respectivamente queda prevenida entre las extrañas sin diferencia.

Si varias hermanas hijas de vecino, ó vecinos de esta Villa, ó de alguno de los Lugares de su jurisdiccion huerfanas, y pobres pretendieren ser nombradas al goce de estas Prebendas, mando que se admita á todas ya ocurran á un tiempo, ó en diversos; y lo mismo se practíque con mis parientas; pero si alguna falleciere sin tomar estado, prohibo que se aplique su dotacion á sus hermanas, ni á alguna de ellas; pues mi ánimo es que ninguna parienta, ni extraña obtenga mas Prebenda que una.

Aunque algunas pretendan la dotacion para ayuda á tomar estado determinado, y luego por haberlo meditado, y reflexîonado mejor, ó por otro motivo elixan, y tomen otro, no por eso ha de dexar de pagarseles una vez nombradas, como si para ámbos la hubieran pretendido indistintamente.

Quando por la cuncurrencia de muchas pretendientas en un año quedaren algunas de esta Villa, ya sean, ó no parientas mias, sin ser nombradas á causa de faltar caudal para todas, guardará el Secretario de esta obra pía sus memoriales, y papeles para el siguiente, expresandose así, y sus nombres en el acuerdo: y en la primera Junta que celébre en él, se las nombrará con preferencia á otros; y si en el intermedio tomaren

estado, se las paguen sus Prebendas, y estimen como efectivamente nombradas, respecto haber acudido en tiempo hábil á pretenderlas; de cuyo privilegio no han de gozar las hijas de los Pueblos confinantes á quienes no tocáre la suerte en el caso que se expresará en la cláusula, y condicion que de ellas tratará; pero á las casadas, viudas y profesas al tiempo de pretender no se admita, aunque sean parientas mias.

Porque dudarán los Patronos quales huerfanas se han de reputar pobres para tener derecho á las Prebendas de esta Memoria, deseando evitarles todo escrupulo, quiero, y mando se gradúen, y estimen por tales todas las que en bienes raices, ó en censos, efectos, alhajas ó dinero no tengan tanto quanto importe la Prebenda que soliciten, aunque el valor de la ropa de su casa, y uso le importe, pues no obstante que las mas pobres deben ser preferidas siempre á las menos, no limito tan estrechamente á los Patronos las facultades; y aunque en esta parte no procedan con rigoroso exâmen, siempre que las mas pobres sean atendidas primero, les relevo en quanto á las demas fuera de este caso de toda responsabilidad, por preponderar mas el acomodo de las huerfanas, que el que se dén las Prevendas á las que no son tan necesitadas, sin perjuicio de las mas pobres.

Si en algun año, ó años no acudieren hijas de vecinos de esta Villa, y Pueblos de su jurisdiccion huerfanas, y pobres, ni parientas mias á solicitar nombramientos, y los Patronos dudaren lo que han de hacer del caudal que en él hayan producido los bienes de esta Memoria; quiero que siempre que este caso se verifique se invierta en su reparo, ó aumento, y no habiendo reparos que hacer, puedan nombrar huerfanas pobres hijas de los otros Pueblos confinantes á los de esta jurisdiccion, y no á otras, excepto que en ellos no las haya; para lo qual el Secretario de esta Memoria, precedido acuerdo de los Patronos, é informe del administrador en quanto á si hay, ó no reparos que hacer y no de autoridad própia, deberá pasar papeles de aviso á los Curas Párrocos de ellos, encargándoles lo hagan saber á las huerfanas de sus Feligreses, prefiniéndolas el término de un mes perentorio, y que por su mano con certificaciones de pobreza, y partidas de bautismo, horfandad, y libertad acudan á

pretender las Prebendas. Siendo tantas las pretendientas que no haya caudal para todas, harán los nombramientos en las mayores en edad; y si ni aun para estas hubiere, las sortearán, y aquellas á quienes toque la suerte, serán nombradas, y las restantes queden exclusas, y se las devuelvan sus papeles, pues no las concedo el privilegio de que sean atendidas para el año siguiente como las hijas de vecino, y parientas mias; y para proceder a este nombramiento elegirán el dia que les acomode despues de pasado el mes siguiente á la Junta que por Pentecostés, ó en su Octava han de celebrar indispensablemente para el de las hijas de vecino, y parientas mias, como se dirá.

Que en ningun año han de poder nombrar los Patronos mas huerfanas que las que correspondan á la renta líquida que en él hayan producido los bienes de esta Memoria, y esté existente, pues lo prohibo expresamente, y si las nombráren, queden nulos, y sin efecto los nombramientos excesivos, sin embargo de que en el arca exîsta caudal tocante a otras nombradas anteriormente que todavia no hayan tomado estado, ni despues de su nombramiento pasados diez años; pero si algunas de las pretendientas á quienes no quepa, estuvieren proxîmas á tomarlo, permito se las nombre, y á su tiempo haga pago del referido caudal depositado, reemplazándolo ó reintegrándolo en el año siguiente, y dexando de nombrar otras hasta que se verifique el reintegro total del extraído de la arca, ó depósito, pues las que esten proxîmas á casarse, ó á profesar, han de ser preferidas no solo en el nombramiento, sino en el pago de sus dotaciones á las otras. Y si hubieren pasados los diez años, podrán nombrar tantas quantas sean las que en ellos no tomaren estado, y á quienes á haberlo tomado, tocaba el caudal depositado, sin calidad de reintegro, mediante estár exclusas por no haberlo tomado dentro de ellos, como se dirá adelante.

La renta líquida que en cada año produzcan los bienes de esta Memoria, deducidas las propinas de los Patronos y Secretario, el salario del Administrador, y demas gastos y derechos que se expresarán, se ha de convertir indispensablemente en prebendas ó dotaciones de á 200. ducados vellon por una vez, y no menos, para cada huérfana soltera, hija de vecino de es-

ta Villa, ó de alguno de los Pueblos de su jurisdiccion; y si fueren parientas mias, se dé á cada una 300. ducados tambien de vellon por una vez, y nada menos á unas ni á otras; pero á cada hija de los Pueblos confinantes en ningun tiempo se dé mas que á 100. ducados; cuya respectiva cantidad se les deberá entregar en dinero efectivo, y no en otra especie, sin demora alguna, otorgando quien su accion tenga, ante el Secretario de esta Memoria carta de pago á favor de ella, y de su Administrador, y entregando el nombramiento y certificacion del estado que eligieron sin otro documento, mediante á que al tiempo que fueron nombradas presentaron los demas. Y para que se les mande pagar han de presentar memorial á los Patronos con la certificacion del estado que tomaron, solicitando el pago, al que deferirán en continente, sin cuyo previo requisito no deberá hacerlo el Administrador aunque tenga caudal en su poder.

Si en algun año ó años despues de baxados los derechos, propinas, prebendas y demas gastos que ocurran, quedáre algun resíduo que no llegue á 10. ducados, se distribuya la mitad en Misas por mi alma, las de mi hermano, obligacion y purgatorio, las que en continente mandarán celebrar los Patronos á Sacerdotes pobres seculares de esta Villa, dándoles por la limosna de cada una dóble estipendio que el asignado por la Sinodal, ó costumbre: y la otra mitad se dará al Hospital de ella, recogiendo el Administrador los correspondientes recibos de todo, y expresándose su distribucion en el libro de Acuerdos; pero si el sobrante llegáre á 100. ducados, se guardará para la mitad de una dotacion en el año siguiente, y no se dará á hija de vecino de algun Pueblo confinante, pues estas solo han de tener accion á ser dotadas de las rentas de esta Obra pía en el único caso de que ninguna de esta Villa, ni de los de su Jurisdiccion, ni parienta mia ocurra á pretender la dotacion.

Por quanto los bienes de esta fundacion producen actualmente *tantos* mil reales ánuos, y con arreglo á este producto quedan hechas las dotaciones respectivas de 100. ducados, 200, y 300.: quiero que si se menoscabare su renta, se baxen á proporcion en el solo caso de que por acudir varias pretendientas á un tiempo no haya para todas, pues si hubiere para las que

ocurran, nada se les ha de descontar, no obstante la minoracion de renta; á cuyo efecto ántes de hacer los nombramientos se verá por la cuenta del Administrador que debe precederlos, que caudal hay exîstente y vencido sin cobrar, y sin este previo requisito no procedan á hacerlos.

Para que el caudal distribuido no esté detenido infructuosamente sin servir de utilidad á las huérfanas, ni la tardanza de las nombradas en tomar estado perjudique á las que tal vez por no haberlo quando pretendieron su dotacion no lo fueron: mando que si dentro de diez años siguientes al dia de su nombramiento no se hubieren casado, ó entrado en Religion, se tengan por exclusas, como las excluyo, ya sean ó no parientas mias, y que aunque soliciten reeleccion no se las reelija, excepto que entónces acrediten estar tratadas de casarse, y con quien, ó novicias en algun Convento, en cuyo caso ya hayan transcurrido pocos ó muchos años, no solo se las ha de reelegir, sino pagar sus dotaciones con preferencia á otras posteriores indistintamente, y retrotraerse la reeleccion al dia del nombramiento como si no hubieran pasado los diez años, ni los posteriores á ellos. Y para que no sean perjudicadas, ni aleguen ignorancia, deberá el Secretario expresarlo así en los nombramientos ó acuerdos, y tambien en las certificaciones que las dé; y si lo omitiere, le constituyo responsable á reintegrarlas con su própio caudal del importe de las Prebendas á que fueron nombradas, á lo que se le pueda apremiar por todo rigor; y sin hacer dicha prevencion en los acuerdos, no los firmen los Patronos. Y á efecto de evitar confusion y dudas, y de que se sepa quales han tomado ó no estado, ó muerto sin tomarlo, pondrá el Secretario en el libro de Acuerdos al margen del nombramiento de cada una la competente nota de las que lo tomaron, ó se sepa que fallecieron solteras.

Para hacer el nombramiento de huérfanas se han de juntar los Patronos una vez á lo menos al año en la celda del R. P. Prior que fuere de *tal* Convento, Orden de *tal* Santo de esta Villa en uno de los dias de Pascua de Pentecostés, ó dentro de su Octava precisamente, á menos que por enfermedad, ausencia ú otro motivo grave no pueda ser, pues entonces deberán practicarlo al instante que cese; y la eleccion ó nombramiento ha de ser hecha indispensablemente por todos en junta,

y no por uno, ó dos solos, ni fuera de ella, y exâminarse entonces los papeles de las pretendientas, que deberá llevar inspeccionados el Secretario de esta Memoria, y dar cuenta á los Patronos de lo que de ellos resulte, sin añadir, quitar, omitir, ni disimular cosa alguna: pues quiero que en todo se proceda con pureza, y justificacion, y que á nada mas se atienda que al cumplimiento literal de mi voluntad, de lo que hago responsables á los Patronos, y al Secretario en la parte que respectivamente les toca. Y en caso de ocurrir duda á cerca del derecho de las pretendientas, y sus papeles, mando que de los Patronos, que elegiré, se execute lo que dos voten, atendiendo siempre á la piedad, y socorro de su miseria mas que al rigor en esta parte.

Ademas de la Junta referida deberan los patronos celebrar las que se ofrezcan para tomar cuentas al Administrador, y otras cosas que ocurran, segun lo exîjan la necesidad, utilidad, conservacion y aumento de esta Obra pía; y si á algunas no pudiere concurrir uno de los Patronos por sí, ni por su Apoderado, valga lo que los otros dos resuelvan, y no el uno solo; cuyas Juntas podrán hacer quando estimen oportuno, con tal que en cada año se tome cuenta al Administrador, el qual la presente dos meses antes que se celebre la de dotar huerfanas, al Secretario, á fin de que este como Fiscal que le constituyo suyo, tenga tiempo de exâminarla, instruya á los Patronos de lo que de ella resulte, oponiéndola los reparos que advierta, y se sepa que caudal exîste, y se puede distribuir á las huerfanas.

Los nombramientos de huerfanas que se hagan se sentarán en un libro de á folio empergaminado, y foliado que ha de haber á este único objeto, con expresion de sus nombres, y apellidos, los de sus padres, su edad y vecindario que resulten por los documentos que al tiempo de pretender deberán presentar para su admision, como queda prevenido; cuyos nombramientos, Juntas y Acuerdos que se celebren para ellos, y para lo demas que se ofrezca, deberán firmar los Patronos, y autorizar el Secretario; y para la aprobacion de cuentas del Administrador, y otras resoluciones que á cerca de lo que ocurra convenga tomar, habrá otro igual en que se estenderán del mismo modo, á fin de evitar confusiones; cu-

yos libros han de exîstir en poder del Secretario, el qual siempre que los Patronos, ó qualquiera de ellos quieran verlos, se los entregará, recogiéndolos luego que se cercioren de lo que intentan saber; y lo mismo practicará con las cuentas del Administrador, y con otros papeles que al própio efecto le pidan, y á su manifestacion no deberá escusarse con pretexto alguno.

Porque es indispensable que haya persona que administre, arriende, y cuide de los bienes de esta fundacion, cobre sus productos, y siga los pleytos que ocurran, concedo ámplia facultad á los Patronos para que elijan Administrador que sea precisamente vecino de esta Villa, lego, llano y abonado, y no Clérigo, muger, ni otro que goce fuero, ni pariente por afinidad, ni consanguinidad de ellos, ni del Secretario de esta memoria, pues á todos excluyo, y se lo prohibo, y para todo lo referido le conferirán poder bastante ante el expresado Secretario; pero antes de conferirselo ha de asegurar la Administracion con bienes raíces libres de toda carga, y gravamen, que se hipotequen especialmente á su responsabilidad, y quantiosos hasta en *tantos* mil ducados; y acreditar este valor en venta ante la Justicia Real de ella que con su anuencia apruebe la fianza; precedida cuya aprobacion que les ha de hacèr constar, y no antes, ni de otra suerte, procederán á conferirselo, y por su trabajo le señalarán el 10 por 100 de lo que en cada año cobre de sus rentas, pues desde ahora lo señalo, y no mas, y prohibo se le dé salario fijo.

En el nombramiento de Administrador mando se uniformen los Patronos, y si discordaren, concedo facultad al de sangre, ó á su apoderado para que proponga tres de las calidades expuestas, de los quales estén obligados los Compatronos á elegir uno, y la Justicia á admitirlo, dando la referida fianza á su satisfaccion, y si por carecer de dichas qualidades se los excluyeren, proponga otros, lo qual practique siempre que haya vacante, y discordia. Y una vez electo, y probada su fianza, no podrán removerlo sino por mala versacion de caudales, negligencia ó malicia en la cobranza, ó en el cuidado de la conservacion de los bienes de esta fundacion, ó por resistirse á dar su cuenta al tiempo prefinido, ó no aprontar el alcance para depositarlo en el arca al tiempo de su aprobacion.

El Administrador no pueda hacer pagos algunos sin expresa órden de los Patronos acordada en junta que celebren, ni tampoco reparos mayores que excedan de 100. reales, y si los hiciere, no se le abonen; y aunque preceda, tampoco se le abonarán, á menos que presente los documentos justificativos. Si por estar corriente su cuenta se la aprobáren, mandarán al Secretario le dé la correspondiente certificacion de solvencia en cada año; y siempre que los Patronos le llamen á Junta para instruirse de alguna cosa, deberá asistir sin excusa, y dar razon de lo que se le pregunte, é informar por escrito si se lo mandaren: y si no lo hiciere no estando enfermo, ó impedido, puedan removerlo tambien por esta causa.

Si los Patronos no quieren tomar la cuenta al Administrador, ó aprobarla estando arreglada, pueda presentarla para su aprobacion á la Justicia real de esta Villa, la qual, y no la eclesiástica ha de conocer de todos los negocios de esta Memoria como puramente laical.

El caudal líquido que cada año produzcan las rentas de esta Memoria, no ha de exîstir en poder del Administrador, antes bien este lo ha de aprontar, y depositarse en el arca que dexaré hecha con quatro llaves para que lo tengan pronto las dotadas, y no se las detenga su entrega, ni cause perjuicio en la dilacion; de cuyas llaves tendrán tres los Patronos, y otra el Secretario, y siempre se juntarán para introducirlo, ó sacarlo, todo lo qual se notará, y pondrá por acuerdo, y solo permito dexen en su poder lo que sea preciso para emplear inmediatamente en algunos reparos, ó en pagos de Prebendas que se deban, y estén mandadas pagar, dando salida justificada de ello en la cuenta primera del año siguiente, en la que se deberá cargar, y de lo que sea dar resguardo separado en el mismo acto, para que se le haga cargo de su importe.

Si se redimiere algun censo de los pertenecientes á esta Memoria, se deposite su capital con intervencion de la Justicia, y de los Patronos en el arca referida, hasta que con la misma se vuelva á imponer, ó emplear en la compra de fincas raíces útiles que se subrroguen en su lugar, y los Patronos, y no el Administrador otorguen la redencion

de él, y de ningun modo entre en poder de ellos, ni del Secretario, ni se pueda prestar á intereses, ni sin ellos, pues lo prohibo expresamente: cuya arca esté siempre en el Archivo del citado Convento de *tal* á quien se dará anualmente por tenerla custodiada *tantos* reales de vellon. Y para la seguridad de la nueva imposicion del censo se han de baxar todas las cargas perpétuas, y al quitar á que esten afectos los bienes que se han de hipotecar, y 10. años de sus réditos, y el capital del censo referido, y como 10. años de los de este, y si hechas estas deducciones hubiere de sobrante la mitad, ó á lo ménos la tercera parte del valor junto de los bienes, se dará el censo, y si no, de ningun modo; y si los Patronos lo dieren, y pereciere, los hago responsables á la Memoria, y á cada uno por todo del importe de su capital, réditos y daños que se la sigan por este hecho y condescendencia indebida.

Por quanto mi intencion es que esta Memoria sea perpetua, y que sus bienes no solo no se deterioren, sino que ántes bien se conserven y aumenten: quiero y mando que si necesitaren reparos, se executen de sus productos, y no de su capital; que si por los gastos que en ellos se hagan no hubiere caudal para dotar las huérfanas, no se nombren hasta que lo haya, ya sean ó no parientas mias, aunque esten próximas á tomar estado; y que en este caso sea visto, y se entienda no haber tal Memoria. Y mando asimismo que en el de no comparecer huérfanas algunas, ni haber reparos que hacer, se emplee el producto que rindan en los años en que no ocurran, en fincas raíces para su incremento con las própias qualidades, como agregadas á las de su ereccion y dotacion.

Para nombrar huérfanas, elegir Administrador, tomarle cuentas, y para todo lo demas que se ofrezca, me nombro por Patrono único durante mi vida, ó por el tiempo de mi voluntad, y me reservo administrar los bienes de esta fundacion; y para despues de mis dias nombro por Patrono perpétuo al pariente mio que sucediere en *tal* Mayorazgo, ya sea varon, ó hembra, y si por extincion de los llamados á su goce quedaren libres sus bienes, entre al de este Patrono con las mismas prerrogativas el Párroco que por el tiempo fuere de esta Villa; y por Compatronos por sus empleos elijo al Prior que fuere del citado Convento, y al Regidor por el Estado Noble, y no ha-

biéndolo, al del Estado general de ella; y habiendo dos de este, al mayor en edad; y si lo fuere el que posea dicho Mayorazgo, tenga por los dos respectos dos votos. Y por Secretario perpétuo nombro al presente Escribano del Número, y á los que le sucedan en su oficio, en el que mando subsista radicada para siempre esta Memoria: que los nombramientos, acuerdos, imposiciones, fianzas del Administrador, aprobacion de sus cuentas, y todo lo demas que ocurra perteneciente á esta Memoria, pase ante ellos, y no ante otros, y que sus libros y papeles esten juntos, archivados y custodiados con seguridad, para que no se pierdan, ni deterioren, y para que quando se ofrezca, se hallen las razones que se necesiten, y se evite toda confusion.

Por el trabajo, zelo y cuidado que los Patronos, y el Secretario han de tener en todo lo expresado, y en procurar la conservacion, y aumento de los bienes de esta Memoria, señalo de sus rentas á cada Patrono *tanta* cantidad anual, y al Secretario *tanta*, y además de èsto mando se paguen á este de dichas rentas *tantos* reales por cada certificacion que dé á las huerfanas nombradas, y que nada perciba, ni pueda pedir, ni tomar de estas por ellas; pero si las perdieren, y pidieren otras, deberán pagarle los derechos de las que les dé al própio respecto cada una, y no mas, y asimismo deberán satisfacerle con arreglo al Real Arancel los de las cartàs de pago que otorgen las que tomen estado, y no otra cosa; y sinembargo de que por la caducidad de los bienes terrenos, ó por algun otro motivo se minoren las rentas de esta fundacion, quiero que los Patronos, y el Secretario no dexen de percibir íntegra la respectiva asignacion anual que les dexo hecha, mediante á que su trabajo ha de ser el mismo: pero si se aumentaren no han de poder percibir mas tampoco, de modo que en la asignacion no ha de haber incremento, ni decremento jamás. Con cuyas calidades, y condiciones erijo, y fundo esta Memoria, y obra pía; y para que desde hoy empiece á tener efecto, y las huerfanas á experimentar beneficio, la hago gracia, y donacion, pura, perfecta é irrevocable en sanidad con insinuacion, y demas firmezas legales de todos los bienes que por menor quedan especificados; me desapodero, desisto, quito y aparto, y á mis herederos, y sucesores de todo el derecho que á ellos tengo, y lo cedo, renuncio y traspaso íntegramente á su favor con las acciones reales,

personales, útiles, mixtas, directas, executivas y demas que me competen; y la confiero, y á quien le represente, ámplio poder con libre, franca y general administracion para que despues de mis dias tome, y aprenda en ellos la real tenencia y posesion que en virtud de esta escritura la corresponde, y para que no necesite tomarla, la tomo yo en su nombre, y me constituyo su inquilino, tenedor y precario poseedor de los referidos bienes, á cuya eviccion y saneamiento de ningun modo quedo ligado, ni sujeto, ni los mios. Y reiterando la reserva que dexo hecha de usar de este Patronato por mí solo durante mi vida y haciéndola tambien de añadir, quitar, enmendar, alterar, variar y mudar á mi arbítrio en contrato, ó en última voluntad las condiciones con que queda formalizada esta fundacion, siempre que lo estime útil y oportuno (lo qual no han de poder practicar los Patronos pues se lo prohibo) me obligo á no revocarla, ni alegar contra ella excepcion favorable, y si lo hiciere, no valga, y ántes bien sea visto por lo mismo haberla aprobado y ratificado con mayores vínculos y estabilidades, respecto no ser donacion inmensa, ni por consiguiente reprobada por derecho, ni necesitar para mi cóngrua sustentacion, y testar los bienes de su dotacion. Pido y suplico á qualquier Señor Juez real, la apruebe y supla como doy por suplido qualquier substancial defecto que incluya, interponiendo su judicial autoridad para su mayor validacion y subsistencia. Y quiero y mando que en el arca de quatro llaves se ponga una copia de esta Escritura con los títulos de pertenencia de los expresados bienes, en donde subsistan perpetuamente, y que se saque otra; la qual se lleve y tenga presente siempre en las Juntas para proceder con arreglo á su tenor, y cumplirlo literal y exâctamente como corresponde. Y á la observancia de lo expuesto obligo mis bienes muebles, raíces, &c. *Aquí las generales, y la toma de razon de la Oficina de hipotecas.*

Nota. Las copias de las Escrituras de fundacion de Mayorazgos, Vínculos, Patronatos, Aniversarios, Capellanías y Memorias perpétuas, ya sean hechas por testamento, ú otra última disposicion, ó por contrato entre vivos, y la de donacion de Capilla se han de sacar en pliego del sello mayor, y en el intermedio comun: las de nombramiento de Capellan en el del

tercero, pero si es de alguna Prebenda, Canonicato ú otra dignidad, en el del primero ó mayor.

Adicion á este Capítulo.

Enterado radicalmente S. M. de los imponderables daños que experimenta el Estado por la facilidad, y abuso que ha habido en vincular bienes raices, y deseando evitarlos en lo futuro, fue servido expedir entre otros de la misma fecha el Decreto siguiente: *Por Decreto de este dia he tomado providencia para evitar los daños que causa al Estado el abandono de casas, y tierras vinculadas, y otras cuya enagenacion está prohibida, oyendo al Consejo mas radicalmente sobre estos, y otros puntos encargados por el Rey, mi augusto Padre, en algunos artículos de la Instruccion que formó para direccion, y gobierno de la suprema junta de Estado; y teniendo estos males su origen principal en la facilidad que ha habido de vincular toda clase de bienes perpetuamente abusando de la permision de las leyes, con otros perjuicios de mucha mayor consideracion, como son los de fomentar la ociosidad, y la soberbia de los vasallos poseedores de pequeños Vínculos ó Patronatos, y de sus hijos y parientes, y privar de muchos brazos al Exército, Marina, Agricultura, Comercio, Artes y Oficios: he resuelto que desde ahora en adelante no se puedan fundar Mayorazgos aunque sea por via de agregacion, ó de mejora de tercio y quinto, ó por los que no tengan herederos forzosos; ni prohibir perpetuamente la enagenacion de los bienes raices, ó estables por medios directos, ó indirectos sin preceder licencia mia ó de los Reyes mis sucesores, la qual se concederá á consulta de la Cámara, precediendo conocimiento de si el Mayorazgo, ó mejora llega, ó excede como deberá ser á tres mil ducados de renta: si la familia del fundador por su situacion puede aspirar á esta distincion para emplearse en las carreras militar, ó política con utilidad del Estado; y si el todo, ó la mayor parte de los bienes consiste en raices, lo que se deberá moderar, disponiendo que las dotaciones perpetuas se hagan, y sitúen principalmente sobre efectos de rédito fixo, como censos, juros, efectos de Villa, acciones de Banco ú otros semejantes: de modo que quede libre la circulacion de los bienes estables para evitar su pérdida, ó deterioracion, y solo se permita lo contrario en alguna parte muy necesaria, ó de mucha utilidad pública; declarando como declaro nulas, y de ningun valor ni*

efecto las vinculaciones, mejoras, prohibiciones de enagenar que en adelante se hicieren sin real facultad, y con derecho á los parientes inmediatos del fundador, ó testador para reclamarlas, y suceder libremente, sin que por esto sea mi ánimo prohibir dichas mejoras de tercio y quinto con tal que sea sin vinculacion perpetua mientras no concurra licencia mia; á cuyo fin derogo todas las leyes, y costumbres en contrario. Tendráse entendido en el Consejo para su cumplimiento en la parte que le toca. En Aranjuez á 28 de Abril de 1789. = Al Conde de Campománes. Cuyo Decreto tuve por conveniente adicionar aquí, para que el Escribano lo tenga presente quando le ocurra autorizar alguna fundacion de Mayorazgo, ó mejora con vinculacion, y no lo contravenga, y pueda desengañar á los fundadores, y mejorantes. Véase la Nota 12. que es una adicion.

NOTAS AL CAPÍTULO XI.

Nota 1. Mejor se diria que la primogenitura entendida por alguna distincion ó preferencia á favor del hijo primogénito sin perjuicio de los demás hijos, no es repugnante al derecho natural, que decir que trae origen de él.

Nota 2. Prescindiendo de si el lustre, y las riquezas de las familias y aun el apoyo de la monarquía en la nobleza, se conservaria mejor con las virtudes sociales y domésticas de los descendientes, y con la imitacion de las glorias personales de sus mayores, como sucedia en España y aun en toda Europa en los tiempos mas cercanos á la pureza de las instituciones góticas ántes de haber Mayorazgos, que con las riquezas de sus sucesores están reconocidos generalmente los vinculos como perjudiciales á la poblacion y al buen cultivo de la tierra.

Nota 3. El Mayorazgo en su orígen y por muchos tiempos fué en Castilla un verdadero feudo, y una institucion diferente del fideicomiso, y mucho mas antigua. Véase la nota del núm. 18.

Nota 4. Por Real Decreto de 28. de Abril de 1789. se prohibió fundar Mayorazgos, aunque sea por via de agregacion, ó de mejora de tercio y quinto, ó por los que no tengan herederos forzosos; hacer fundacion en que se prohiba perpetuamente la enagenacion de los bienes raices, ó estables por medios directos, ó indirectos sin licencia de S. M., la qual se concederá á consulta de la Cámara precediendo el conocimiento de causa á cerca de los extremos que previene el mismo Real Decreto, uno de ellos si el Mayorazgo, ó mejora llega, ó excede, como debe, á tres mil ducados de renta, declarando nulas las fundaciones que se hagan contra esta disposicion. El Autor pone literalmente este Real Decreto en la adicion á este capítulo. Posteriormente por otra de 3. de Julio de 1795. se declaró no estár comprehendidas en dicho Real Decreto las vinculaciones hechas con anterioridad á él. Por otra de 24. de Agosto de 1795. se impuso un quince por ciento á beneficio del fondo de amortizacion sobre todos los bienes raices, ó estables, derechos ú acciones reales que se vinculen en adelante ó que de qualquier modo se prohiba su enagenacion con licencia de S. M. declarando la nulidad de las vinculaciones sin este pago, y están comprehendidas para esta imposicion las vinculaciones, ó mejoras de tercio, y quinto con cláusula de no enagenar hechas por última voluntad ó testamento otorgado ántes del referido Decreto inserto en cédula de 14. de Mayo de 1789. exceptuándose solamente de esta contribucion con calidad de por ahora los fondos que se impongan, aunque sea con estos destinos, sobre la Real Hacienda, ó que se empleen en vales reales con otras prevenciones al primer llamado á la sucesion en las fundaciones anteriores á dicha Real cédula de 14. de Mayo de 1789. Para la puntual observancia de las referidas cédulas se expidió otra en 17. de Diciembre de 1798. mandando publicarlas en las capitales de Provincia, y que los Escribanos remitan á los Intendentes testimonios de dichas fundaciones. En circular de 8. de Octubre de 1802. se declararon exéntas de la contribucion del quince por ciento las imposiciones que se hagan en los Gremios, Compañía de Filipinas, y otras de igual naturaleza de caudales destinados á la fundacion de Mayorazgos. Asimismo

en otra de la referida fecha de 24 de Agosto de 1795. se impuso la misma contribucion sobre los bienes raices que adquiriesen las manos muertas. El verdadero Mayorazgo era como queda dicho una institucion real en bienes de la Corona, y como tal honorífico. A su imitacion, y para dar á los bienes el privilegio de su inalienabilidad, que no tenian ántes de la ley de Toro que sanciona los vínculos, se amayorazgaban con facultad real los bienes de particulares. De unos, y otros Mayorazgos habla la ley 45. de Toro. Pero la práctica, suponiendo semejanza ú identidad de razon, ha extendido á los vínculos la disposicion de esta ley.

Nota 5. La ley 45. de Toro solo habla de los Mayorazgos, no de los fideicomisos, cuyas fundaciones empezáron despues en virtud de las mismas leyes. ¿Como podia hablar dicha ley de una cosa, que no habia, y que nunca podia confundirse entonces con la voz Mayorazgo de que usó? Sinembargo la práctica extendió su disposicion á los bienes vinculados; así lo supone la ley 10. tit. 7. l. 5. R.

Nota 6. Por Real cédula de 24. de Septiembre de 1798. se concedió por punto general á todos los poseedores de Mayorazgos, vínculos, patronatos de legos, y de qualesquiera otras fundaciones con qualquier título, que se denominen, y en que se suceda por el órden que se observa en los Mayorazgos de España, Real facultad, para que sinembargo de qualesquiera cláusulas prohibitivas de enagenar los bienes de sus dotaciones, puedan enagenarlós para los fines, y en la forma que se previene, y puede verse en la misma cédula inserta al fin de este capítulo. En otra de 13. de Enero de 1799. se concedió á los poseedores la gracia de que se les devuelva por vía de premio la octava parte de la cantidad líquida que entreguen en la caxa de amortizacion. Por otra de Febrero de 1803. se concedió facultad á los poseedores de Mayorazgos, vínculos y patronatos de legos para que puedan enagenar las fincas vinculadas que exîsten en pueblos distantes de los de sus domicilios, y subrrogar su importe en otras de obras pias, asegurando en estas las cargas de las vinculaciones, con tal que miéntras se verifica la subrrogacion se deposite el producto de aquellas ventas en la Real Caxa de extincion de vales, donde devengará un tres por ciento á favor de sus dueños; entendiéndose que en estos casos no han de gozar los poseedores de Mayorazgos, y vínculos la gracia de la octava parte concedida anteriormente, y solo si la exêncion de alcabala de esta primera venta. En quanto á los censos afectos á fincas vinculadas, véanse las reales disposiciones citadas ó insertas en el capítulo 8. tomo 2. que trata de los *Censos*.

Nota 7. Al poseedor del Mayorazgo que hace mejoras durables, que no sean de las expresadas en la ley 46. de Toro, se le debe abonar su importe, por el valor que tengan, dicen algunos AA., no por el que hayan costado, si costáron mas de lo que valen; pero si costáron ménos, solo esto es lo que se ha de abonar, aunque valgan mas. Fundanse en el principio de justicia natural que dicta, que nadie debe enriquecerse con pérdida, y daño de otro. Ha sido un exceso en los intérpretes muy perjudicial al mejoramiento de los terrenos, y al establecimiento de los hijos no primogénitos, y muy transcendental á todo el estado, el de los AA., que han extendido á toda especie de mejoras la ley 46. de Toro que solo habla de cierta y determinada especie de ellas, á saber, de las hechas en edificios, muros, fortalezas y casas fuertes de Mayorazgo. Ceñirse la ley á solos estos edificios era excluir de su decision todos las demás. Esta po-

dia ser muy bien una ley verdaderamente antifeudal dirigida á dar por el pie la antigua constitucion militar, é introducir paulatinamente el que hoy se halla generalmente establecido en Europa. La ruina de fortalezas y casas fuertes de los Señores de Castilla, que tantas veces habian puesto en confusion esta monarquia y obscurecido la autoridad real, era muy consiguiente á esta ley, y conveniente á los intereses del Monarca, y su pueblo, siempre unidos para abatir la sobervia aristocracia de los Grandes. Fué quiza este un golpe fino de la politica de los Reyes Católicos, y de las Cortes. Estos sublimes, y justos designios de los Reyes y de las Cortes, baxo el exterior de una ley al parecer puramente civil, tuviéron cumplido efecto. Por otra parte los edificios á que se contrae la ley, y á que era aplicable en aquellas circunstancias, no eran por lo comun fructiferos, útiles ni verdaderamente mejoras. Las casas morada de los Señores, eran de Ordinario fortalezas. Una obra perpetua en las tierras de Mayorazgo dirigida v. gr. al regadio de ellas; el desmonte, y descuage costoso de las incultas; una casa edificada para que fructifique en alquileres, y otras obras semejantes no están comprehendidas en la decision de esta ley; son verdaderas mejoras. La constitucion de Censos á favor del mejorante por el importe de las mejoras de utilidad perpetua, es el medio de resarcirle própio de la naturaleza de estas instituciones, que resisten que el inmediato ni otro sucesor en particular, que solamente disfrutan el Mayorazgo miéntras viven, paguen una suma que se ha invertido en provecho de toda la série futura de poseedores. La preponderancia que tomó la opinion que extendió contra toda razon la ley 46. de Toro á los casos en que no habla, ha introducido la intervencion de reales facultades para un acto que habiéndose de resolver por la ley comun, podia el Juez ordinario autorizar y compeler á él.

La Real cédula de 20 de Octubre de 1788. y de 14 de Mayo de 89. citada en la nota 29. tomo 2. sobre reedificar los solares yermos pertenecientes á vinculos y mayorazgos, son un buen exemplo de esto, y una excepcion de la regla ú opinion general.

Un tercero que hizo mejoras en una finca vinculada urbana ó rústica, que poseyó de buena fé, y que debe restituir, y el que prestó para hacerlas con hipoteca, ó sin ella, deben ser indemnizados segun las reglas comunes del derecho en que no dispensó la ley 46. de Toro en favor de los vinculos ni de los Mayorazgos. Bien es verdad, que seria indiscreto quien prestase para estas mejoras, y aun el poseedor que se empeñase en ellas; en medio de tanta lucha de opiniones, de haber provalecido las mas contrarias al bien general, y al de las própias fundaciones condenando al abandono la mayor, y la mejor porcion de los terrenos del Reyno; pero como puede acontecer, que la inconsideracion, ó la fuerza de algunas circunstancias, constituyan á algunos en la necesidad de defenderlo, podrán hacer valer su justicia á lo menos para que con real facultad queden gravadas las fincas vinculadas, ó estas se enagenen, ó se les indemnice de la forma de que son capaces estas instituciones.

Nota 8. El poseedor del Mayorazgo y sus herederos estarán obligados á resarcir á su costa todo lo que se hallase al tiempo de su muerte derribado, perdido, y desmejorado por su descuido, y mala direccion, y manejo, aunque sean grandes las expensas. Lo mismo es si el poseedor no hizo los reparos módicos que eran de su cargo, aunque el daño, menoscabo ó deterioro, no hubiese sucedido por culpa suya. En todos estos

casos deben compensarse estas responsabilidades con el importe de las mejoras, que hizo en el Mayorazgo sin ser obligado á hacerlas, *ley* 13. *ff. de neg. gest.* No es conforme á equidad, ni debe sostenerse la opinion de *Molina lib.* 1. *cap.* 27. *num.* 7. *y otros*, á mas de ser antipolitica y opuesta al buen cultivo de terrenos vinculados, especialmente estando incultos, y siendo susceptibles de nuevos valores. Véase la Nota antecedente. Pero si el incremento en el valor, ó valores del Mayorazgo fuéron en virtud de aquella diligencia, ó manejo economico prudente y discreto á que es obligado todo poseedor de cosa vinculada, ó sugeta á restitucion, no ha lugar á la compensacion; pues lo que hizo estaba obligado á hacerlo.

No solo es obligado el poseedor de un Mayorazgo á pagar los censos, pensiones, tributos y cargas reales de él, que vencen y vencièron anualmente por el tiempo que lo posea, sino tambien los vencidos en el de sus predecesores; bien que tendrá recurso contra sus herederos. Es comun opinion estar obligado tambien á defender y proseguir á costa de las rentas del vinculo, o Mayorazgo los pleytos que se muevan sobre los bienes de él. Pero si son excesivas, calificacion que ha de hacer el prudente arbitrio del Juez, han de ser á costa de la propiedad del Mayorazgo. Molina dice, que algunas veces se han concedido reales facultades para obligar, hipotecar ó imponer censos sobre los bienes de Mayorazgo por estos gastos inmoderados en los pleytos. *Molin. loc. cit. num. ult.* Asimismo debe dar alimentos á los hermanos pobres, y dotar para que se casen las hermanas indotadas. Molin. lib. 2. cap. 15. 16.

Nota 9. Se ha de tener presente, que si algun poseedor de vinculo ó Mayorazgo, usó como tal del derecho de tanteo en alguna cosa enfiteutica, censual, ó comun, no queda lo tanteado, ú adquirido por el tanteo afecto, ó unido al Mayorazgo; pues aunque tantease en fuerza del mismo Mayorazgo, el exercicio del tanteo se juzga ser uno de los frutos de él. Si el poseedor de un Mayorazgo redime un censo impuesto sobre las fincas de él, quedan no obstante obligadas al mismo censo á beneficio del poseedor y de sus herederos. Se entiende que lo hizo con este fin, mas bien que por mejorar la condicion del Mayorazgo: presuncion que adquiere mas fuerza, si el poseedor tiene hijos, á quienes en su caso perjudicaria en las legitimas. Pero el incremento sucedido en los bienes de Mayorazgo, ó vinculo por aluvion, ú otra causa natural, es asimismo de Mayorazgo, como tambien el usufructo y dominio útil que por muerte del enfiteúta, ú del usufructuario se consolida con la propiedad vinculada.

Nota 10. Véanse las Reales Cédulas citadas en la Nota núm. 15., y otra de 14 de Mayo de 1789 sobre los solares pertenecientes á mayorazgos, capellanias y patronatos de legos, á obras pias; esta cédula es diferente de otra de la propia fecha inserta al fin de este capitulo.

La Real Cédula de 24 de Setiembre de 1798. citada en la Nota 4. de este capitulo, no solo fué extensiva á los poseedores de mayorazgos y vinculos, sino tambien á los de patronatos de legos, ó de otras qualesquiera fundaciones, con qualquiera titulo que se denominen en que se suceda por el orden que se observa en los mayorazgos de España.

Nota 11. Por Real Cedula de 25. de Setiembre de 1798. se publicó la Real Resolucion para que se enagenasen todos los bienes raices pertenecientes á hospitales, hospicios, casas de misericordia, de reclusion y de expositos, cofradias, memorias, obras pias y patronatos de legos, exceptuando aquellos establecimientos, memorias y demas expresado, en que hubiere patronato activo y pasivo por derecho de sangre; y se invitase á los muy Reverendos Ar-

zobispos, y Reverendos Obispos y demás prelados eclesiásticos seculares y regulares, á que promuevan la enagenacion de los bienes correspondientes á capellanias colativas, ú otras fundaciones eclesiasticas; segun, y para los fines declarados en la misma Cédula; previniéndose á los Escribanos en Circular de 24 de Diciembre del própio año den razon de las fincas y bienes raices pertenecientes á estos establecimientos. En Circular de 28 del mismo mes y año se prescribió la forma de hacer estas subhastas; y en Cédula de 29 de Enero de 1799. se dió una instruccion sobre el modo de proceder en este asunto, expidiéndose en 29 de Noviembre del mismo año varias Reales órdenes para activar dichas enagenaciones. En Pragmatica de 30 de Agosto de 1800, se creó la comision gubernativa de consolidacion de vales y cajas de extincion y descuento con el encargo de dichas enagenaciones; y en Real Cédula de 21 de Octubre de 1800. se insertó un reglamento formado por dicha comision para llevar á efecto la ventas y enagenaciones de los bienes pertenecientes á establecimientos piadosos, á los Colegios mayores, á la Corona, y á vinculos y mayorazgos. Ultimamente en otra Real Cédula de 16 de Agosto de 1801. se varia y adiciona lo prevenido en el artículo 13., y se suspende por ahora la execucion de lo mandado en el 23. del reglamento de 21 de Octubre de 1800; mandándose en Circular de 8 de Noviembre de dicho año de 1802, cesar lo dispuesto en el articulo 5. de la de 16. de Agosto de 1801., sobre la admision de la puja del quarto en la venta de fincas pertenecientes á obras pias y otros establecimientos piadosos. Véanse estas tres últimas Reales Cédulas, y las de 25 de Septiembre, y 24 de Diciembre de 1798., que son las que interesan. En quanto á los censos relativos á estos bienes, véanse las últimas reales disposiciones citadas en la Adicion del capítulo 8. tomo 2. de los censos.

Nota 12. Aunque se usan ya promiscuamente para significar una misma cosa las voces *tenuta* y *posesion* han sido en nuestro derecho cosas muy diferentes. Antiguamente, segun se echa de ver en las leyes recopiladas, conocian de la posesion las Chancillerias del territorio siendo únicamente própio y privativo del Consejo el conocimiento sobre la *tenuta* ó *tenencia* de los bienes de mayorazgo entre tanto que se litigaba y decidia quien de los contendedores tenia la posesion civil y natural que todos pretendian para sí, y la ley declaraba al sucesor. Este privativo conocimiento del Consejo del Rey, ó digamos del Rey en su Consejo Supremo sobre la tenuta de los bienes de mayorazgo fué una institucion necesaria y consiguiente al antiguo y militar sistema feudal en que estando la fuerza armada en poder de los grandes, solamente la autoridad soberana podia evitar que los poderosos echasen manos de sus armas con trastorno de la quietud pública para ocupar una sucesion que cada una pretendia haberse transmitido á él. Despues se mandó que el juicio que se seguia en el Consejo sobre la tenuta, se entendiese ser sobre la posesion, y que solo se conociese en las Chancillerías sobre la propiedad, no habiendo de haber mas que un solo juicio posesorio. Sinembargo, entiendo que la verdadera, legal y própia *tenuta* ó *tenencia* es lo que hoy se determina en el *artículo* de administracion, pues en rigor no es otra cosa esta tenencia provisional que se declara á favor de la parte por quien milite en el estado del proceso mayor probabilidad ínterin se determina la posesion, ó bien entre tanto se ponen los bienes en seqüestro. El interdicto posesorio difinitivo ó la posesion civil y natural se decide definitivamente en el auto, que comunmente se llama de tenuta, voz que en la práctica se extiende ya á la posesion. Asi en el juicio que se sigue en el Consejo se verifican por su

órden las instancias de tenuta, y de posesion que ántes los tenian diferentes en diversos tribunales.

En Auto de Julio de 1750 para evitar los perjuicios que se originaban principalmente de la forma con que se substanciaban los artículos de administracion se dieron las nuevas reglas siguientes. I. Que el referido artículo se substanciase en el termino perentorio de quarenta dias, que habian de correr desde el en que el que hubiere puesto la demanda presentase en la Escribanía de Cámara del Consejo los despachos ó provisiones de emplazamiento, con las notificaciones hechas á los interesados, sin que por ningun caso se suspendiese ni prorrogase. II. Que el citado artículo se habia de ver y determinar por sola la Sala de mil y quinientas; y en qualquier dia, y en el mismo Auto en que se proveyese la administracion ó seqüestro, se habia de recibir el pleyto á prueba en lo principal, sin que se pudiese suspender, ni prorrogar con ningun pretexto, ni motivo. III. Que este Auto se habia de notificar de oficio por la Escribanía de Cámara en el término de ocho dias, sin perjuicio de sus legítimos derechos pena de doscientos ducados al Escribano de Cámara, que así no lo hiciese. IV. Que del referido Auto de prueba administracion ó seqüestro no se habia de admitir súplica ni otro recurso en ninguna de sus partes. V. Y que en la referida Sala de mil y quinientas se habian de sustanciar todos los pleytos de tenuta hasta ponerse en estado de sentencia difinitiva, de modo que en ella sola se habian de ver y determinar todos los artículos que durante el juicio se introduxeren, á excepcion del que se formare sobre no ser caso de tenuta, ó no haber lugar á este juicio, porque semejante artículo se habia de ver y determinar por las tres Salas, segun y como se veia y determinaba la tenuta en lo principal; y qualquiera duda que ocurriese sobre los referidos puntos se declarase y decidiese por la misma Sala de mil y quinientas.

Al Señor Presidente ó Gobernador del Consejo, y no á la Sala de mil y quinientas, ni á otra alguna corresponde la facultad de nombrar administradores de los estados y mayorazgos sobre que hay litigio, y se mandan seqüestrar, y para los demás empleos que vacan durante la administracion pertenecientes á ellos, como alcaldes mayores, jueces de residencia, alguaciles mayores, escribanos numerarios; tambien la presentacion de piezas eclesiásticas con los demás actos anexos al mayorazgo, ó estado litigioso y seqüestrado, y que exerceria el poseedor de ellos. Tambien son privativos del Gobernador ó Presidente todos los nombramientos ó elecciones que dimanan de providencias de la Sala de Gobierno, y de la comision de hospitales como principal protector de ellos, Auto 93. tit. 4. lib. 2. Hechos estos nombramientos por el Gobernador ó Presidente se pasan por la Secretaría de la Presidencia, á la Escribanía de Cámara donde pende la tenuta, por la qual se hace presente á la Sala de mil y quinientas, donde se acuerda la expedicion de los títulos correspondientes en la forma ordinaria. Suele tambien ocurrir que las justicias ó administraciones del seqüestro remitan sus respectivas propuestas, ú avisos á la Escribanía de Cámara donde se halla el pleyto; en este caso, dándose cuenta al Consejo se acuerda que pasen al Señor Presidente ó Gobernador para que elija las personas que tuviese por conveniente; hecho se vuelven á recoger por la Escribanía de Cámara, y se expide el despacho ó certificacion correspondiente. *Escolano*, *Practica del Consejo cap.* 19.

Quando el mayorazgo ó estado sobre que se litiga la tenuta está concursado, el administrador nombrado en virtud de la providencia de seqüestro no puede embarazar el uso de la administracion general al que lo sea legítima-

mente del concurso, y solo tiene la facultad de percibir y cobrar del administrador general del concurso los caudales que pertenezcan, y esten consignados para alimentos del poseedor del estado ó bienes concursados, como tambien las demás cantidades que resulten despues de satisfechos los acreedores, y pagadas las cargas del concurso: que á este efecto pueda pedir los alimentos necesarios en el Tribunal donde penda el concurso: asimismo pedir judicialmente al administrador general siempre que convenga en el Consejo, ó en el Tribunal donde penda el concurso, la cuenta de su administracion: que todas las cantidades que perciba el administrador del sequestro, las tenga á ley de deposito, hasta que el Consejo mande otra cosa, ó hasta la determinacion del pleyto de tenuta, que en esta conformidad se extiendan las fianzas, y expidan los despachos para administrar. *Auto 6. tit. 7. lib. 5.*

En la misma *práctica del Consejo de Don Pedro Escolano* se trae la de introducir, y determinar el artículo de administracion con las demas diligencias que siguen para su cumplimiento.

Luego que se devuelve, y presenta en la Escribanía de cámara el despacho de emplazamiento de la demanda de tenuta, con las notificaciones hechas á los interesados, se debe poner una nota del dia, mes, y año de la presentacion, para que desde él corran, y se cuenten los quarenta dias prefinidos para la vista, y determinacion del artículo de administracion y prueba, y dentro de dicho término los puedan tomar unas, y otras partes para deducir lo conveniente á su derecho; pero concluidos dichos quarenta dias en el estado en que se hallan se pone por la Escribanía de cámara un decreto de este tenor: Madrid, &c. Mediante ser cumplidos los quarenta dias prefinidos por el Auto acordado para la decision del artículo de administracion pasen al Relator.

Puesto este decreto se lleva con la pieza corriente á la Secretaría de la presidencia para el señalamiento de Relator, y executado se pasan al que le corresponde baxo de recibo que firma en el libro de conocimientos.

Luego que el Relator se ha instruido, y hecho apuntamiento de los Autos, se presenta pedimento por qualquiera de las partes solicitando señalamiento de dia, en cuyo pedimento pone una nota el Relator, en que expresa estar corriente el pleyto, si es corto, ó largo, y los nombres de los procuradores de todas las partes, con la qual pasa á dar cuenta el Escribano de cámara en la sala de mil y quinientas, porque en ella sola, y en qualquiera dia se ven, y determinan tales artículos, y el decreto que se acuerda se extiende de esta forma. Madrid, &c. Señálase para la vista de este artículo el dia tantos: hágase saber á las partes, y pase al Relator.

El Auto que se provee lo extiende el Relator sin firmarlo él, como lo hace en las demas providencias por ser Auto real que rubrican todos los Señores que lo acuerdan, y su fórmula quando se encarga la administracion á alguno de los interesados en la tenuta sin fianza es del tenor siguiente.

En la Villa de Madrid, &c. Los Señores del Consejo de S. M. habiendo visto los Autos que se siguen entre partes, de la una D. N. &c. y en su nombre su procurador N. y de la otra &c. sobre la tenuta, y posesion del estado, mayorazgo ó vinculo fundado por N. en su testamento otorgado á tantos, vacante por fallecimiento de N. su último poseedor, y hoy sobre el artículo de administracion, introducido respectivamente por unas, y otras partes, dixeron que debian de encargar, y encargaron la administracion de los bienes, rentas, y efectos del referido estado, mayorazgo, ó vinculo, con sus unidos, y agregados, que se expresan en la cabeza de este Auto, á D. N. sin fianzas,

y recibieron este pleyto á prueba por el término de los ochenta dias de la ley, comun á las partes, y lo rubricaron.

Siempre que el Consejo estima poner en seqüestro el estado, vínculo, ó mayorazgo que se litiga, se extiende el Auto de esta forma.

En la Villa de Madrid á &c. Los Señores del Consejo de S. M. habiendo visto los Autos que se siguen entre partes de la una D. N. &c. y en su nombre su Procurador N. y de la otra N. &c. sobre la tenuta, y posesion del estado, mayorazgo, ó vínculo fundado por N. en su testamento otorgado á tantos, vacante por fallecimiento de N. su último poseedor, y hoy sobre el artículo de administracion, introducido respectivamente por unas y otras, dixeron: que debian mandar y mandaron que el referido estado, vínculo, ó mayorazgo se ponga en seqüestro, administrándose por la persona que nombre el Señor Presidente ó Gobernador del Consejo, baxo la fianza de la renta de uno, dos, ó tres años, y recibieron este pleyto á prueba por el término de los ochenta dias de la ley, comun á las partes, y lo rubricaron.

Este Auto con los del pleyto en qualquiera de los dos casos debe entregarlo inmediatamente el Relator en la Escribanía de Cámara, á que corresponde, y si estan arreglados borra el conocimiento, teniendo la obligacion de notificarle á las partes dentro de los ocho dias siguientes á su fecha, para que corran los del término de prueba, y para ella presentan las partes sus respetivos interrogatorios: de lo qual, y de los demas trámites que tiene el pleyto se hace la debida especificacion en el artículo que trata de esta clase de negocios, y al capítulo correspondiente á la sala de tenutas.

Con el fin de que no se detenga el curso del pleyto en lo principal, por no haber de expedirse el despacho para la administracion quando se encarga libremente, ó de la presentacion de fianzas, quando se manda dar ó se pone en seqüestro el mayorazgo litigioso, se forma, por lo respectivo á este particular, pieza separada, con copia literal del Auto, y de sus notificaciones.

Formalizada esta diligencia, si se encargase la administracion libremente, y sin fianza á alguno de los interesados se extiende desde luego un despacho de este tenor.

Don Cárlos, &c. A vos D. N. Salud, y gracia: ya sabeis que ante los del nuestro Consejo está pendiente, y se litiga pleyto entre vos de una parte, y de la otra D. N. sobre la tenuta y posesion del estado, vínculo, ó mayorazgo de tal fundado por D. N. vacante por muerte sin sucesion de D. N. su último poseedor, el qual visto por los del nuestro Consejo por Auto que proveyeron en tantos tuvieron por bien de encargaros la administracion de dicho estado, vínculo ó mayorazgo libremente, y sin fianza alguna, y para ello se acordó expedir esta nuestra carta, por la qual os encargamos la administracion, percepcion y cobranza de los bienes, frutos y rentas de dicho estado, vínculo ó mayorazgo y los juros, censos, casas, tierras, montes, dehesas, viñas, olivares y demas hacienda que perteneciere á él en qualesquiera Ciudades, Villas y Lugares de estos nuestros Reynos y Señoríos sin reservacion de cosa alguna. Y os mandamos que luego que recibais esta nuestra carta administreis, gobierneis, y rijais uno y otro con el mayor cuidado, y beneficio que fuere posible arrendando los raices á los precios, plazos, y personas convenientes, por cuerpos, ó miembros, sacándolos al pregon por los términos del derecho, y rematándolos judicialmente en quien mas diere, y cobrareis de los Administradores, Mayordomos, Depositarios, Tesoreros, Receptores y otras qualesquiera personas, todas las cantidades de maravedis, trigo, centeno, cebada, avena, vino, vinagre, azeyte, ganados mayores, y

menores, aves y otras qualesquiera semillas, y frutos que en qualquiera manera y por qualquiera razon toquen, y pertenezcan al dicho estado, vínculo, ó mayorazgo, así lo que se estuviere debiendo de atrasos desde el dia de la muerte del último poseedor como de lo que en adelante cayere; y de lo que recibiereis, y cobrareis, podais dar, y deis cartas de pago, finiquitos, cesiones, y lastos á los que pagaren como fiadores. Y mandamos á los dichos Arrendadores, Administradores, Mayordomos, y demas personas, á cuyo cargo está la paga en qualquiera manera, es acudan con uno y otro, ú á la persona que tuviese vuestro poder, y de lo que hubiere procedido, y procediere de todo ello tendreis libro de cuenta, y razon con partidas claras y distintas, y con toda justificacion, para darlas siempre, y quando que por los del nuestro Consejo os fuere mandado; y las tomareis á las personas, á cuyo cargo hubieren estado, y estuvieren los dichos bienes, y rentas desde la muerte del último poseedor, cobrando los alcances que se hicieren, y los pondreis en la dicha cuenta para acudir con todo ello, á quien por los del nuestro Consejo se os ordenáre, y no otra persona; sin gastar cantidades algunas de maravedis, y granos, ni otros frutos, ni efectos del referido estado, vínculo, ó mayorazgo, sin expresa órden nuestra: haciendo sobre las dichas cobranzas todas las execuciones, embargos, y diligencias que convengan, tomando testimonios auténticos de los precios en que se arrendaron dichos bienes, rentas, y efectos, y de la cantidad en que vendiereis sus frutos; poniendo en todo el cuidado y vigilancia que como buen administrador debeis, y sois obligado, y los mayordomos, y personas que necesitareis para la mejor administracion y recobro por vuestra cuenta y riesgo de dichos bienes, frutos, y rentas, y pagareis los alcances que os fueren hechos y todo aquello que por descuido, negligencia, ó culpa vuestra se dejare de cobrar. Y para percibirlos y cobrarlos, y executar lo demas que dicho es, os damos poder, y comision en forma tan bastante como es necesario, y en tal caso de derecho se requiere. Y mandamos á las justicias ordinarias de las Ciudades, Villas y Lugares de nuestros Reynos, y Señoríos, y demas jueces, Ministros, y personas á quien lo aquí contenido tocare, no os impidan, ni embaracen con ningun pretexto, ni motivo la execucion, y cumplimiento de ella en manera alguna, antes bien os den, y á vuestros sabtitutos, y poderhabientes todo el favor, y ayuda que necesitaredes, pena de la nuestra merced y de cincuenta mil maravedis para la nuestra Cámara, baxo la qual mandamos á qualesquiera Escribano, que fuere requerido con esta nuestra carta os la notifique, y á quien convenga, y de ello dé testimonio: que así es nuestra voluntad, dada en Madrid á &c.

Si la administracion se encargase baxo de fianzas debe darlas, y presentarlas con pedimento el interesado, y de ellas se da cuenta por el Escribano de Cámara á quien corresponde en la Sala de mil y quinientas donde se acuerda comunicar traslado á los demas interesados, á cuyos procuradores se entrega por su órden baxo el recibo, para que expongan lo que tengan por conveniente, y hallándose concluso se pasa al Relator por quien se da cuenta de todo en la misma Sala, y no resultando reparo se extiende un auto de este tenor.

Aprueban se las fianzas presentadas por D. N. á quien se despache el título de Administracion en la forma ordinaria.

Este título es igual al que se despacha al administrador seqüestrario, por que tiene obligacion de presentar las cuentas anualmente en el Consejo, y depositar los productos.

Si el estado, vínculo, ó mayorazgo litigioso se pusiere en seqüestro se

pasa la pieza que se forma, con separacion de este particular, á la Secretaría de la Presidencia, para que el Señor Presidente ó Gobernador nombre para Administrador la persona que le pareciere, la qual tiene obligacion de presentar las fianzas correspondientes hasta la cantidad prevenida en el auto, y con ellas se practican las mismas diligencias que quedan referidas para las que se presentan por los interesados en la tenuta, quando á ellos se les encarga la administracion, siendo del tenor siguiente el título que se expide en este caso.

Don Carlos, &c. A vos N. salud, y gracia, sabed: que ante los del nuestro Consejo está pendiente, y se litiga pleyto entre D. N. y D. N. vecinos de tal parte, y N. su Procurador de la una parte, D. N. vecino de tal parte, y N. su Procurador de la otra sobre la tenuta, y posesion del estado, vínculo, ó mayorazgo, fundado por N. vecino de tal parte, en el testamento que otorgó en tantos de tal mes y año, ante N. Escribano en ella, y lo demas contenido en dicho pleyto, el qual habiendose visto por los del nuestro Consejo por auto que proveyeron en tantos de tal mes, mandaron que los bienes, y efectos, pertenecientes á dicho estado, vínculo, ó mayorazgo, se pusiesen en seqüestro, y los administrase durante el litigio la persona que nombrase el Presidente ó Gobernador del nuestro Consejo, baxo la fianza de tanta cantidad, en cuya conseqüencia os nombró el Presidente, ó Gobernador del nuestro Consejo por Administrador de dicho estado, vínculo, ó mayorazgo, y en su virtud presentasteis con pedimentos de tantos la fianza dada por N. en escritura &c. suplicándonos fuésemos servido aprobarla, y mandar librar el despacho correspondiente para el uso, y exercicio de tal Administrador, de lo qual se dió traslado á todos los interesados en la tenuta por quienes se expuso lo que tuvieron por conveniente, y visto por los del nuestro Consejo, por auto, que proveyeron en tantos, de consentimiento de los mismos interesados, aprobaron dicha fianza y se acordó expedir esta nuestra carta: por la qual os encargamos la administracion, percepcion, y cobranza de los bienes, frutos, y rentas pertenecientes al estado, vínculo, ó mayorazgo de que va hecha mencion, y de los juros, censos, casas, tierras, montes, dehesas, viñas, olivares, y demas hacienda que perteneciere á él, en qualesquier Ciudades, Villas y Lugares de estos nuestros Reynos, y Señoríos sin reservacion de cosa alguna; y os mandamos que luego que la recibais administreis, gobierneis, y rijais uno y otro, con el mayor cuidado, y beneficio que fuere posible, arrendando los rayces á los precios, plazos, y personas convenientes, por cuerpos, ó miembros sacándolos al pregon por los términos del derecho, y rematándolos judicialmente en quien mas diere, y cobrareis de los Administradores, Mayordomos, Depositarios, Tesoreros, Receptores y otras qualesquier personas, todas las cantidades de maravedis, trigo, centeno, cebada, avena, vino, vinagre, aceyte, ganados mayores y menores, aves, y otras qualesquier cosas, semillas, y frutos, que en qualquier manera, y por qualquier razon toquen, y pertenezcan al dicho estado, vínculo, ó mayorazgo, asi lo que se estuviese debiendo de atrasado desde el dia de la muerte de D. N. su último poseedor, como de lo que en adelante cayere; y de lo que recibiereis y cobrareis podais dar, y deis cartas de pago, finiquitos, cesiones y fastos á los que pagasen como fiadores: y mandamos á los dichos Arrendadores, Administradores, Mayordomos, y demas personas á cuyo cargo está la paga en qualquiera manera, os acudan con uno, y otro, ú á la persona que tuviese vuestro poder; y de lo que hubiese procedido, y procediere de todo ello tendreis libro, cuenta y razon, con partidas claras y distintas, y con toda justificacion,

para darla, y presentarla en el nuestro Consejo dentro de los dos meses primeros del año siguiente al en que entreis en esta administracion, executando lo mismo sucesivamente mientras tengais á vuestro cargo dicha administracion; y tomareis igualmente las cuentas á las personas, á cuyo cargo hubieren estado, y estuvieren los dichos bienes, y rentas desde la muerte del dicho último poseedor, cobrando los alcances que se hicieren, y los pondreis en la dicha cuenta para acudir con todo ello á quien por los del nuestro Consejo se os mandare, y no á otra persona; sin gastar cantidades algunas de maravedis y granos, ni otros frutos ni efectos de las rentas del referido estado, vinculo, ó mayorazgo, sin expresa órden nuestra; haciendo sobre las dichas cobranzas todas las execuciones, embargos y diligencias que convengan, tomando testimonios auténticos de los precios en que se arrendaron dichos bienes, rentas, y efectos, y de la cantidad en que vendiereis sus frutos; poniendo en todo el cuidado y vigilancia que como buen Administrador debeis, y sois obligado, y los Mayordomos y personas de que necesitareis para la mejor administracion, y recobro por vuestra cuenta y riesgo, y pagareis los alcances que os fueren hechos, y todo aquello que por descuido, negligencia, y culpa vuestra se dexare de cobrar de los dichos bienes y rentas, pues para percibirlos y cobrarlos, y executar lo demas que dicho es, os damos poder, y comision en forma tan bastante como es necesario, y de derecho en tal caso se requiere: y mandamos á las justicias ordinarias de las Ciudades, Villas, y Lugares de estos nuestros Reynos, y Señoríos, y demas Jueces, Ministros, y personas á quien lo contenido en esta nuestra carta tocare, no os impidan ni embaracen con ningun pretexto ni motivo la execucion, y cumplimiento de ella en manera alguna, antes bien os den, y á vuestros substitutos, y poderhabientes todo el favor, y ayuda de que necesitareis, pena de la nuestra merced, y de cincuenta mil maravedis para la nuestra Cámara, baxo la qual mandamos á qualquier Escribano, que fuere requerido con nuestra carta, os la notifique, y de ello dé testimonio. Dada en Madrid á &c.

Este titulo se entrega baxo de recibo el Procurador interesado.

APÉNDICE AL CAPÍTULO XI.

Cédula de 25 de Septiembre de 1798. Don Cárlos, &c. Sabed: Que de mi Real órden se remitió al mi Consejo en 19 de este mes, para que lo tuviese entendido, y dispusiera su cumplimiento en la parte que le toca, copia del Real Decreto, que dirigí con la propia fecha á Don Josef Antonio Caballero, mi Secretario de Estado y del Despacho Universal de Gracia y Justicia, cuyo tenor es como se sigue.

Real Decreto. "Continuando en procurar por todos los medios posibles el bien de mis amados vasallos en medio de las urgencias presentes de la Corona, he creido necesario disponer un fondo quantioso que sirva al doble objeto de subrogar en lugar de los Vales Reales otra deuda con menor interes, é inconvenientes, y de poder aliviar la industria y comercio con la extincion de ellos, aumentando los medios que para el mismo intento estan ya tomados; y siendo indisputable mi autoridad soberana para dirigir á estos y otros fines del Estado los establecimientos públicos, he resuelto despues de un maduro exámen se enagenen todos los bienes raices pertenecientes á Hospitales, Hospicios, Casas de Misericordia, de Reclusion y de Expósitos, Cofradías, Memorias, Obras pias y Patronatos de legos, poniéndose los productos de

estas ventas, así como los capitales de censos que se redimiesen, pertenecientes á estos establecimientos y fundaciones, en mi Real Caxa de Amortizacion baxo el interes anual del tres por ciento, y con especial hipoteca de los arbitrios ya destinados, y los que sucesivamente se destinaren al pago de las deudas de mi Corona, y con la general de todas las rentas de ella, con lo que se atenderá á la subsistencia de dichos establecimientos, y á cumplir todas las cargas impuestas sobre los bienes enagenados, sin que por esto se entiendan extinguidas las presentaciones y demás derechos que correspondan á los Patronos respectivos, ya sea en dichas presentaciones, ya en percepcion de algunos emolumentos, ó ya en la distribucion y manejo de las rentas que produzcan las enagenaciones, que deberán hacerse por los medios mas sencillos, subdividiéndose las heredades en quanto sea posible para facilitar la concurrencia de compradores, y la multiplicacion de los propietarios, executándose las ventas, que por esta vez serán libres de Alcabalas y Cientos, en pública subhasta con previa tasacion. Tambien quiero, que de estas reglas se exceptuen aquellos establecimientos, memorias y demás que va expresado en que hubiere Patronato activo ó pasivo por derecho de sangre, en los quales los que por la fundacion se hallaren encargados de la administracion de los bienes, tendrán plenas facultades para disponer la enagenacion de ellos, poniendo el producto en la Caxa de Amortizacion con el rédito anual de tres por ciento; sin que para esto sea necesaria informacion de utilidad, por ser bien evidente la que resulta. Es tambien mi voluntad, que si en algunas de las fundaciones dichas, cuyos bienes se enagenen, hubiesen cesado sus objetos, se lleve razon separada del adeudo de los mismos intereses, que se retendrán en calidad de depósito hasta que Yo tenga por conveniente su aplicacion á los destinos mas análogos á sus primeros fines, y que se invite á los muy Reverendos Arzobispos y Reverendos Obispos, y demás Prelados eclesiásticos, seculares y regulares, á que baxo igual libertad que en los Patronatos de sangre y Obras pías laicales, promuevan espontáneamente por un efecto de su zelo por el bien del Estado, la enagenacion de los bienes correspondientes á Capellanías colativas, ú otras fundaciones eclesiásticas, poniendo su producto en la Caxa de Amortizacion con el tres por ciento de renta anual, y sin perjuicio del derecho del Patronato activo y pasivo, y demás que fuese prevenido en las fundaciones y erecciones de dichos beneficios. Ultimamente quiero que este expediente se pase al Ministerio de Hacienda, para que por él se tomen las disposiciones mas sencillas, menos costosas, y mas conducentes á la execucion de lo que va mandado. Tendreislo entendido, y lo comunicareis á quien corresponda para su mas exâcto y puntual cumplimiento. En San Ildefonso á 19 de Septiembre de 1798. A Don Josef Antonio Caballero." Publicado en el mi Consejo el citado mi Real Decreto y órden, en su inteligencia, y de lo expuesto por mis Fiscales, acordó su cumplimiento, y para que le tenga, expedir esta mi Cédula. Por la qual os mando á todos y cada uno de vos en vuestros lugares, distritos y jurisdicciones, veais el Decreto que queda inserto, y le guardeis, cumplais y executeis, y hagais guardar, cumplir y executar segun y como en él se contiene en la parte que respectivamente os corresponda, á cuyo fin dareis las órdenes y providencias que se requieran y sean necesarias, por convenir así á mi Real servicio, causa pública y utilidad de mis vasallos.

Circular de 24 de Diciembre de 1798. Con fecha de 16 de este mes se ha comunicado al Consejo la Real órden del tenor siguiente.

»Excmo. Señor: Deseando el Rey que se lleve á debido efecto lo resuelto

»en los Reales Decretos de 19 de Septiembre último, se ha servido mandar »que el Consejo disponga desde luego el que se comunique la órden correspon»diente á las Justicias del Reyno, para que los Escribanos den razon puntual »y exâcta de todos los depositos y consignaciones hechas en sus Escriba»nías, asi como de las fincas y bienes raices pertenecientes á Memorias, »Obras pias, Patronatos, Hospicios, Hospitales, Casas de Expósitos, y de »Refugio que consten en sus Oficios, haciéndoles responsables de qualquiera »reserva ó omision, é imponiéndoles la pena que parezca mas proporcionada. »Lo participo á V. E. de órden de S. M. á fin de que el Consejo disponga su »execucion. Dios guarde á V. E. muchos años. Palacio 16 de Diciembre »de 1798. Miguel Cayetano Soler: Señor Gobernador del Consejo Real."

Publicada en el Consejo la antecedente Real orden, ha acordado se guarde y cumpla lo que S. M. manda, y que con su insercion se circúle la correspondiente á las Chancillerías y Audiencias, Intendentes y Corregidores del Reyno para su debida execucion en la parte que les toque, y que al mismo fin la comuniquen á las Justicias de sus territorios, haciéndola saber á los Escribanos de sus respectivos Tribunales, Juzgados y Partidos; en inteligencia de que el Juez ó Escribano que faltare en lo que le corresponda, será reprehendido y castigado á proporcion del defecto que se advierta en el desempeño de lo que va mandado.

Lo que participo á V. de órden del Consejo para su inteligencia y cumplimiento en la parte que le corresponde.

Cédula de 21 de Octubre de 1800. Don Cárlos, &c. Ya sabeis: Que entre los arbitrios antiguos y que de nuevo se aplican en el artículo 3. de la Real Pragmática de 30 de Agosto de este año para la consolidacion de los Vales Reales, su extincion y pago periódico de intereses, se incluye el producto que rindieren las ventas de los bienes de Obras pias, Patronatos, Cofradías, Hermandades, de los Colegios mayores, y demás que contienen los Reales Decretos de 19 de Septiembre de 1798; previniéndose que estas ventas se continuarán baxo la autoridad del mi Consejo, y con arreglo á las instrucciones que con presencia de las hasta aquí comunicadas prescribiere para que cedan en mayor utilidad del fondo y del Estado. Conociendo la Comision gubernativa de consolidacion de Vales la urgente necesidad de publicarse las referidas instrucciones, para que por falta de ellas no se detenga el impulso dado á las ventas en todas las Provincias del Reyno, convinándose al própio tiempo el interes de los establecimientos piadosos con la comun utilidad que ha de resultar de las extinciones de Vales, hizo presente al mi Consejo en 21 de Septiembre lo que le pareció conveniente en el asunto, acompañando un Reglamento, que en su dictámen aseguraba estos objetos, y removia las dudas y dificultades que habian ocurrido hasta aquí en la execucion de la Real Instruccion de 29 de Enero y su Adicional de 27 de Diciembre de 1799, y para cuya decision se habian expedido órdenes y providencias particulares segun la ocurrencia de los casos. Exâminado y reconocido por el mi Consejo el Reglamento que se expresa, y teniendo presente lo expuesto por mis Fiscales, le pasó á mis Reales manos en consulta de 28 del propio mes de Septiembre; y por Real resolucion á ella publicada en 16 de este mes, he venido en conformarme con su parecer, y mandar se observe y guarde el Reglamento siguiente.

Reglamento formado en cumplimiento de lo prevenido al capítulo nueve de la Pragmática Sancion de 30 de Agosto próximo sobre consolidacion del crédito de los Vales Reales, su extincion y pago de réditos, para la enagenacion uniforme de los bienes raíces pertenecientes á establecimientos piadosos, á las Temporalidades de los ex-Jesuitas, á los Colegios mayores, á la Corona, como no sean necesarios para la Real servidumbre; y á los Vínculos y Mayorazgos, cuyos poseedores quisieren venderlos.

1. Todo vasallo, cuerpo ó comunidad que no hubiere dado al respectivo Juez eclesiástico ó real de su domicilio razon puntual de los bienes raíces de su cuidado y administracion, pertenecientes á los establecimientos pios de que trata el Real Decreto de 19 de Septiembre de 1798, inserto en la Real Cédula de 25 del mismo, la presentará inmediatamente; en el concepto de que pasados treinta dias, que se contarán desde el de la publicacion por edictos de esta providencia, sin haberlo hecho, procederán los Jueces Reales á la enagenacion de dichos bienes.

2. Al Juez eclesiástico se dará la de los bienes espiritualizados, de que ha de conocer privativamente; y al Real la de todos los demás: y para asegurarse de la exâctitud de estas manifestaciones, ó por si se omitiere hacer alguna, procurarán adquirir las noticias convenientes por las Escribanías y Archivos de cada pueblo, por el Catastro, Equivalente, Real contribucion, y Talla en la Corona de Aragon é Isla de Mallorca; por los papeles de la única contribucion en las Provincias de Castilla y Leon, y en todas por las tablas y libros de Memorias; por los Curas Párrocos, Visitadores eclesiásticos, y Mayordomos de Fábrica, y por los Administradores y Arrendatarios de las mismas fincas pertenecientes á establecimientos piadosos.

3. Estas noticias no se extenderán á los bienes raices de Iglesias Catedrales, Parroquiales, ni Colegiales, ni á los de sus Cabildos y Comunidades religiosas, cuyo dominio ó propiedad corresponda á los mismos Cuerpos ó Iglesias, aunque sea con alguna carga piadosa, porque de estos no trata el citado Real Decreto; pero si comprehende todos aquellos que pertenezcan á qualquiera fundacion piadosa de que cuiden, sinembargo de que los tengan incorporados con los suyos propios, distribuyan sus rentas en sufragios, en el culto ú en otras obras de caridad, y perciban alguna porcion por ello ó por administracion, propina de Patronato, ó por otra razon semejante; como tambien los que hayan adquirido con capitales procedentes de los mismos establecimientos piadosos; y si alguna finca hubiere que se haya comprado con caudales de estos establecimientos, y de los de dichas Iglesias, Cuerpos ó Comunidades, que no admita cómoda division, se incluirá quando la mayor suma correspondiere á los establecimientos piadosos.

4. Tampoco se extenderán las investigaciones á los bienes de Patronatos por derecho de sangre, cuyos poseedores como los de Vínculos, tengan la administracion y hagan suyos los frutos, aunque sea con la obligacion de cumplir y pagar las cargas de la fundacion, dexando á los Patronos en la libertad de que procedan ó no á la enagenacion; entendidos de que si quieren hacerla han de solicitarla ante las Justicias del territorio donde se hallen sitos, para que se execute con las solemnidades de la subhasta. Los pertenecientes á Patronatos en cuyos poseedores no esten reunidas las dos circunstancias de administrar y hacer suyos los frutos, se comprehenderán y venderán aun quando gocen la octava, décima, ú otra quota por administracion,

salario, propina ú emolumento actual con lo honorífico.

5. Tambien se comprehenderán y venderán los bienes raíces de las Ordenes llamadas Terceras, los de Ermitas y Santuarios, y los de otros establecimientos semejantes, sea qual fuere su nombre, exceptuando solamente las fincas cuya propiedad corresponda á Hospitales, que se hallen anexos á los mismos establecimientos, ú á otros que los diversifiquen del concepto de Obra Pia, Memoria, Cofradia ó Patronato de Legos.

6. Para que los Jueces no se confundan y embaracen en las tasaciones, subhastas y remates, se asegure el método y claridad, y no se perjudique á ninguna fundacion ni interesado, se procederá en estas ventas con cierto órden progresivo, empezando por los bienes raíces pertenecientes á Cofradias, Memorias, Patronatos de Legos, Ermitas, Santuarios, Ordenes Terceras y demás Obras Pias de su clase, y siguiendo por los correspondientes á Hospitales, Hospicios, Casas de Misericordia, de Reclusion, y de Expósitos, dando cuenta por medio de los Intendentes á la Comision gubernativa del Consejo ántes de executarlos en estos.

7. En la Ciudad ó pueblo donde hubiese Hospital ó Casa de Misericordia, con qualquier nombre que sea, en que no se exerza la hospitalidad ni el instituto de la fundacion, se venderán sus fincas desde luego y sin la menor retardacion; y las Justicias darán cuenta por medio del Intendente á la Comision gubernativa, para que el Consejo disponga lo conveniente al mejor cumplimiento del espíritu de las fundaciones con beneficio del público. Lo próprio se executará con las fincas que pertenezcan y sirvan de dotes ú á otra especie de Memorias ú Obras Pias, aunque su administracion y la distribucion de rentas corra al cuidado de los Administradores ó Rectores de los mismos Hospitales, Hospicios y Casas de Misericordia, hállense ó no en exercicio.

8. Distinguidos por este órden los bienes raíces y su calidad, conocerá el Juez eclesiástico privativamente con arreglo al mencionado Real Decreto en los pertenecientes á Capellanías colativas, ó que por qualquier título esten espiritualizados, inclusa la aprobacion de los remates en los casos de su enagenacion, con tal de que despues de celebrados estos se otorguen las escrituras de venta ante Escribano del número del pueblo, como mandan las leyes; y las de imposicion en los términos que se expresará.

9. En la venta de todas las demás fincas entenderán únicamente los Jueces reales; y á su consequencia los Conservadores ó Protectores de estos establecimientos piadosos, sea qual fuere su jurisdiccion, dexarán que el Eclesiástico ó Real Ordinario, á quien por dicha regla corresponda la enagenacion de sus fincas, proceda á su execucion, sin perjuicio de que continúen exerciendo la que tuvieren en los mismos establecimientos y sus bienes, subrogándose en lugar de los que se vendan el capital de la imposicion al tres por ciento que causen.

10. Para la formacion de las subhastas dispondrán las Justicias que el Mayordomo, Administrador ó Rector, ó la persona con qualquier nombre que tenga, á cuyo cargo esté el gobierno, cuidado ó administracion de las Obras Pias, Cofradias, Memorias, Patronatos de Legos y demás establecimientos piadosos, nombren un perito, el qual junto con el que ha de nombrar el Comisionado de la Real Caxa de Extincion, donde lo hubiere, y en su defecto el Procurador Síndico general procedan á tasar las fincas pertenecientes á cada establecimiento ó interesado, explicando el valor que les corresponda en venta y renta.

11. Si no estuvieren conformes estos peritos nombrará la Justicia tercero en discordia, extendiéndose las declaraciones de todos judicialmente y baxo

de juramento, que habrán de prestar de hacerlas fiel y legalmente.

12. Hecha la tasacion se pondrán carteles anunciando la venta, no solo en el pueblo donde esten sitos los bienes, sino tambien en los de la circunferencia, especialmente donde se presuma podra haber personas pudientes, y en las capitales del Corregimiento del partido y de la Intendencia respectiva, con el término de treinta dias, y la prevencion de que cumplidos, al tercero dia siguiente habiendo postores, se procederá al remate con asistencia y citacion de los interesados, celebrándose en las Casas Consistoriales, segun la forma de derecho; y en caso de no haber postores se continuará la subhasta por otros quince dias mas anunciándola de nuevo.

13. No se admitirán posturas que no cubran las dos terceras partes, á lo menos, del valor en que se hayan apreciado las fincas, y el pago se hará en dinero efectivo ó en Vales Reales, segun la obligacion que con expresion de la especie de moneda constituya aquel á cuyo favor se celebre el remate; pero ninguno se concluirá como no llene el precio total de la tasa.

14. Si las posturas y remates se hubieren celebrado con deduccion de gravámenes, se hará por el Escribano que las autorice la liquidacion de su importe con exámen de los títulos de pertenencia y demás documentos en que consten, de manera que de conformidad de los interesados se fixe la cantidad que real y verdaderamente haya de entregarse al Comisionado de la Real Caxa, como própia del establecimiento pio á cuyo favor haya de otorgarse la escritura de imposicion.

15. Si se executaren sin aquella deduccion, cumplirá el comprador con la entrega del precio total, y quedará libre la finca de toda responsabilidad, dexando á los dueños de las cargas su derecho á salvo con el capital y sus réditos que se subrogan en lugar de ella, y sin accion alguna contra el comprador, como S. M. á mayor abundamienro lo declara, y quiere que se guarde y cumpla sin que Juez ni Tribunal alguno oyga recurso en contrario.

16. Para mayor satisfaccion de los compradores y ocurrir á qualquier fraude, se dará cuenta con remision de los expedientes de subhasta al Intendente de la Provincia dentro de tercero dia preciso siguiente al remate, por quien se deberán aprobar en el de quince dias á lo mas, hallándolos arreglados; y si tuvieren algun defecto notable, los devolverá para que se subsane dando la forma en que haya de practicarse á las Justicias, para evitar nulidad y equivocaciones.

17. Luego que se devuelvan dichos expedientes de subhasta á las Justicias, publicarán la aprobacion del remate, y haciendo el pago de su importe la persona en cuyo favor se hubiese celebrado, se la pondrá inmediatamente en posesion de la finca rematada.

18. Estos contratos así celebrados serán inviolables y contra ellos no se admitirán demandas de lesion, ni otras dirigidas á invalidarlos, pues ántes de que se perfeccionen, pueden los interesados hacer los recursos que les parezcan oportunos; que si fueren fundados, retardarán hasta que se decidan, la celebracion del remate, oyéndolos brevemente.

19. No tendrá lugar en estas ventas recurso alguno de tanteo, retracto, ni otra preferencia que la que se expresará en el artículo 22, ni se admitirán pujas ni mejoras despues do hecho el remate, á no ser que llegue ó exceda de la quarta parte del valor en que se hayan rematado; en cuyo caso, y siempre que esta mejora del quarto se haga dentro del término que deberán señalar los Intendentes al tiempo de aprobar los remates, el qual queda á su arbitrio con tal que no baxe de treinta dias, ni exceda de noventa se

admitirá y publicará de nuevo por nueve dias para hacerse en el mejor postor; y hecho este segundo remate, no se admitirá proposicion alguna por mas ventajosa que sea.

20. La entrega del precio se ha de hacer desde luego por el comprador al Comisionado de la Real Caxa de Extincion de Vales mas inmediato al pueblo donde se rematen los bienes, si en él no lo hubiere, recogiendo recibo que lo acredite con expresion de lo que sea en contante, y lo que sea en Vales, y haciéndose en esta Corte y pueblos donde haya Real Caxa de Descuentos, se pondrá su importe en ellas con igual recibo.

21. De estos recibos se sacará copia testimoniada por el Escribano que entendiese en la subhasta, poniendo el visto-bueno los Jueces respectivos; y con su insercion procederán los representantes de la fundacion a otorgar la competente escritura de venta á favor de los compradores, en cuya virtud se les dará la posesion de las fincas, si ya no la hubiesen tomado, y se les entregarán los titulos de pertenencia. El recibo original se remitirá á la Comision gubernativa por medio de su Contador, para que tomada la razon, y elevándose con ella á verdadera carta de pago, se pase igualmente al otorgamiento de la escritura de imposicion á beneficio del establecimiento piadoso, colocándose en el protocolo la citada carta de pago.

22. Si hecho el remate á pagar el precio total ó parcial en Vales Reales se presentase alguno que quiera satisfacer á lo menos la quarta parte del importe de los vales en dinero efectivo, haciéndolo en el preciso y perentorio término tercero dia, contado desde que se publique la aprobacion del remate, se le preferirá, y tendrá por hecho á su favor, siempre que la persona en quien se remató no haga el pago en las mismas especies de moneda; en cuyo caso no se admitirá otra proposicion de esta clase.

23. Los pagos que por razon de las posturas, mejoras ó remates se ofrezcan en dinero efectivo, se podrán hacer con libramientos de los réditos de Vales Reales vencidos en las renovaciones de todo el presente año, y se admitirán como si fuese moneda metálica.

24. Cuidarán las justicias de que se subhaste y remate cada finca por sí, para facilitar mayor número de compradores, y aumentar en el Reyno el de propietarios, á no ser que el representante de la Obra pía pida ó consienta por utilidad de la misma, que para la mejor salida de todas se enagenan en union.

25. En estas primeras ventas no se exigirán alcabalas ni cientos, ni se adeudarán laudemios ni veintenas, ni caerá en comiso por no proceder el pedir la licencia del dueño del directo dominio, respecto á que estando fuera del comercio por el destino que tenian no podian esperar la útilidad de estos derechos, y se les habilita para que gocen de ellos en las siguientes enagenaciones.

26. Quando hubiese fincas de corto valor, que no pase cada una de dos mil reales, pertenecientes á una sola fundacion ó á varias, se podrán publicar á un mismo tiempo en los carteles que se fixe convocando postores, bien que esto no quita el que en cada una haya de haber su respectiva tasacion y remate para no perjudicar á los interesados.

27. Las subhastas se executarán por dichas justicias ante los Escribanos del número de los pueblos en cuyos oficios estén radicadas las fundaciones, y por ellos se otorgarán las escrituras de venta, para que de este modo, y haciéndose por diferentes manos, se facilite la operacion, y no se prive á los dueños de los oficios de los justos intereses que en ello adeuden; y donde no

estuviesen radicadas, queda a eleccion de los Jueces nombrar los Escribanos de número mas á propósito para la actuacion de estos expedientes. En las subhastas de las fincas que se hallen en jurisdiccion diversa de la misma fundacion, procederán estos por medio de despachos que libren, para que ante la justicia territorial se practiquen las tasaciones y demas hasta la celebracion del remate; en cuyo estado los volverán con las diligencias originales al Juez requirente, á fin de que las restantes, inclusa la aprobacion del remate, se practiquen en su juzgado y en su Intendencia.

28. Los derechos que devenguen los Jueces y Subalternos en autos y diligencias de las subhastas y aprobacion de sus remates, se pagarán en esta forma: por las partes los que causen con sus posturas y pretensiones peculiares; y por los compradores los de oficio quando los precios de los remates no excedan de la cantidad á que asciendan la tasa y los mismos derechos, entregando las dos partidas con separacion; y por el establecimiento piadoso en los casos que los remates suban mas que el importe de las referidas partidas; á cuyo efecto se pondrá en seguida de ellos una nota, que firmarán sus Jueces y Escribanos, en que se distingan los derechos adeudados por las partes de los de oficio, arreglándolos por aranceles aprobados por el Consejo, y en su defecto por la practica mas equitativa de cada pueblo.

29. El mismo órden se guardará en las dietas de los peritos que hagan las tasaciones de las fincas, pagando cada parte las del suyo, y por mitad quando expresamente se conformaren en uno, ó mandare el Juez que las execute el nombrado por el comisionado de la Real Caxa, en caso de no nombrar otro el representante de la obra pía en el término que se le señale, satisfaciéndose como los derechos procesales, las de los peritos terceros en discordia: y en consideracion á la pobreza de muchos de los peritos, y por la contingencia de que tenga ó no efecto la venta de las fincas que aprecien, pondrán al pie de su tasacion las que devenguen por ordenanza ó costumbre del pais, cuya nota firmarán tambien los Jueces, para que conste de su arreglo, y que en los pueblos donde no residan los Intendentes se satisfagan desde luego por las partes en la forma dicha, aunque con la calidad de que si al tiempo de la aprobacion de los remates se hallare justo motivo para alguna baxa, volverán su importe; y en las capitales de la Provincia se obtendrá para este pago el visto-bueno de los Intendentes, á quienes toca tambien exâminar y moderar quando lo estimen necesario las partidas de la otra nota.

30. Para que las Obras Pías, Patronatos, Cofradias, Memorias y demas establecimientos piadosos á quienes pertenezcan las fincas rematadas tengan un título de propiedad del capital en que se vendan, se otorgarán las escrituras correspondientes de imposicion de él por el Gobernador del Consejo á nombre de S. M. contra los fondos destinados á la consolidacion y extincion de Vales por la pragmática de 30 de Agosto último, con el interes anual de tres por ciento, hipotecando especialmente para la seguridad del principal é intereses los arbitrios que en ella se expresan, y los que en adelante se destinaren al pago de estas deudas de la Corona, con la general de todas las rentas de ella, cuya escritura deberá entregar á la persona que represente la fundacion á que corresponda la finca vendida en los treinta dias siguientes á la entrega del precio del remate, para que se coloque en su respectivo archivo, á cuyo fin estarán impresas con los huecos oportunos, dándose las copias primeras en papel de oficio con solo el corto gasto de quatro reales por este título de su pertenencia.

31. De las escrituras de venta de dichas fincas se tomará la razon en la

Contaduría de Hipotecas del Partido dentro del término de nueve dias, como previene la Pragmática del año de 1768, y de las de imposicion en las Contadurías de Valores y Distribucion de la Real Hacienda, y en la de la Real Caxa de Extincion de Vales, sin que de unas ni otras lleven derechos algunos.

32. Los réditos de tres por ciento empezarán á correr desde el dia en que se ponga en posesion de la finca rematada al comprador, respecto á que desde este queda privado el vendedor de percibir sus frutos, haciéndose la prorrata de ellos entre vendedor y comprador, segun la calidad de los mismos frutos, y la práctica del país, y se pagarán por años ó por medios años, como se capitule, y mas acomode á los establecimientos pios en el lugar donde estuviesen situados, en moneda efectiva, sin gasto alguno de conduccion, ni por ningun otro respeto de cuenta y cargo de la Real Caxa de Extincion, á quien ó sus comisionados darán el recibo correspondiente, para que de esta forma puedan cumplir las cargas espirituales y temporales á que destinaron los bienes los fundadores ó bien hechores.

33. Quando llegue el caso de redimirse estos capitales han de ponerse del mismo modo en moneda metálica sin gasto ni descuento alguno en dicho lugar ó pueblo del establecimiento, avisando á sus representantes dos meses antes de la entrega para que puedan proporcionar nuevo empleo, el qual se deberá hacer con conocimiento de los Juzgados que hayan intervenido en las primitivas enagenaciones.

34. Si se moviere pleyto contra la pertenencia de las fincas enagenadas ó subsistencia de la fundacion á que pertenecian, ó que de qualquier modo combata el dominio ó posesion que de ellas tenian los mismos establecimientos; ó se les persiga por qualquier derecho de hipoteca, afeccion ó gravamen á que estuviesen ligadas, no tendrá obligacion el comprador ni sus sucesores de contestarlo, ni se les podrá inquietar con estos motivos, por deberse entender con los respresentantes de la misma fundacion, y recaer las actuaciones, sentencia y sus resultas sobre el importe de la imposicion, cuyo capital queda subrogado en lugar de la finca, y ha de ser responsable á los gravamenes que esta tenia antes de enagenarse: con la advertencia de que solo en el caso de declararse judicialmente nula la fundacion, entre cuyas fincas estaba la vendida, ó que no le pertenece el dominio de ella, podrá el propietario entrar al goce de la finca, si no le acomodare la escritura de imposicion subrogada en su lugar, y al poseedor se le devolverá el precio que pagó por ella, y abonarán las mejoras, gobernándose en estos juicios de reivindicacion, eviccion y saneamiento por las reglas de derecho. Si los pleytos sobre el dominio de dichas fincas estuvieren contestados antes del dia 29 de Enero de 1799, en que se expidió la primera instruccion en razon de su venta, se suspenderá esta hasta la sentencia executoriada, avisando á la comision gubernativa del Consejo de las que sean y el estado del pleyto.

35. Al tiempo de extenderse las escrituras de venta será obligacion de sus dueños presentar los títulos de pertenencia en el oficio de Escribano del número que ha de otorgarla, para que despues se entreguen al comprador, y antes de este caso no se molestará á sus dueños sobre ello, pues cumplen con dar la relacion de las fincas segun queda prevenido. Si no estuvieren prontos, ó no tuviesen otros que la posesion quieta y pacifica de las fincas, se procederá no obstante al otorgamiento de la escritura, con entera seguridad á los compradores de que les servirá del mejor y mas amplio título de propiedad.

36. Si en la subhasta se hicieren proposiciones ventajosas con la calidad de pagar el importe del remate á plazos, siempre que estos no pasen de dos años y las personas que los pongan sean abonadas en el concepto de la justicia y

del comisionado de la Real Caxa, y den fianza á satisfaccion de este; lo consultarán al Intendente, por quien se aprobarán estas propuestas, con tal de que de pronto se entregue lo menos la quarta parte de su valor, y por la demora el tres por ciento respectivo al tiempo y cantidad que dexe de pagarse que correrá hasta que se verifique su entrega, puesto que desde luego entra á gozar por entero los frutos de la finca vendida.

37 Se declara, para evitar competencias y dudas de jurisdiccion, que los Intendentes en sus respectivas Provincias son los comisionados regios para entender en la execucion de dicha Real Cédula y sus incidencias, y las justicias ordinarias en su respectiva jurisdiccion y distrito los subdelegados natos que entiendan de la venta y demás que les va encargado en este Reglamento, con la advertencia de que en las capitales donde residen los Intendentes, aunque estos sean Corregidores, al mismo tiempo, habrán de hacer las ventas y diligencias los Alcaldes mayores, para que libres aquellos de ocuparse en estos trabajos, puedan velar con la mayor diligencia sobre la conducta de todas las justicias de su Provincia en el cumplimiento y execucion de dicha Real Cédula, aprobar los remates, resolver las dudas que les consulten, y cuidar de la entrega de caudales y demás concerniente á esta importante comision.

38. Si los Intendentes notaren omision ó confabulacion en las Justicias, Administradores y dependientes de dichas fundaciones para retardar el exîto de estas operaciones, podrán enviar comisionado que las desempeñe dentro del corto término que les señalen, procurando valerse de un sugeto imparcial y de toda probidad para asegurar el acierto; y en algunos casos de muy particulares circunstancias, podrán abocar el conocimiento á sí propios en el estado en que se hallen los expedientes, consultándolos á la Comision gubernativa del Consejo.

39. En los pueblos en que haya diferentes Jueces ordinarios será electivo á los representantes de las fundaciones acudir al que mas les acomode, solicitando el cumplimiento de dicha Real Cédula y el de este Reglamento, sin que obste el que anticipadamente se haya puesto auto de oficio para conocer en ello por otro Juez; lo qual no ha de radicar juicio; y en caso de que los mismos representantes no lo soliciten dentro de ocho dias de la publicacion de este Reglamento, podrán conforme á él proceder de oficio á la toma de noticias y demás prevenido en sus capitulos, poniéndose de acuerdo entre sí los mismos Jueces para no embarazarse en las providencias, y conocer cada uno de las que se encargue.

40 Será obligacion de los Intendentes remitir á la Comision gubernativa del Consejo razon puntual de quince en quince dias de las enagenaciones que se hayan verificado, de las que estén preparadas, y de las entregas de caudales que se hayan hecho en las Caxas ó sus comisionados, y en lo demás que estimen conducente para instruccion de la comision.

41. Los mismos Intendentes tendrán libro, en que con distincion de los pueblos de su Provincia se vayan sentando los remates que aprueben ó desaprueben, y las enagenaciones que se efectuan, con expresion de la fundacion á que pertenecen, y cantidad en que se venden, para que haya este comprobante, y las partes tengan donde acudir para deshacer las equivocaciones ó descuidos involuntarios que puedan padecerse.

42. Si ocurriese el caso de que una finca produzca unas superiores y extraordinarias rentas por efecto de la piedad de los fieles, con cuyas limosnas ó trabajo personal gratuito se labren, y se beneficien sus frutos á favor de la fundacion, ó por otra razon especial, en tal caso se omitirán las diligencias para la venta, y representará al Intendente, y este lo hará á la Comi-

sion gubernativa del Consejo con su parecer, para que en vista de ello se tome la providencia correspondiente.

43. Para evitar que los representantes de dichos establecimientos aleguen ser quantiosos los productos de sus fincas, con el fin de embarazar la venta, y proporcionar por otro lado las completas noticias para discernir las ventajas del remate, harán las justicias que los Administradores, Rectores ó personas á cuyo cargo corra el gobierno de dichos establecimientos, le exhiban las cuentas dadas de los últimos cinco años aprobadas, y de ellas se pondrá en los autos de subhasta un testimonio en sucinta relacion de lo que haya producido por arrendamiento la finca de que se trate, ó en administracion deducidos gastos, sin suspender las diligencias de su enagenacion por el órden que establece este Reglamento.

44. Se declaran nulas é inadmisibles las posturas y mejoras que se hicieren por los Intendentes, Justicias, Oficiales de sus Juzgados, tasadores, y representantes de los establecimientos piadosos, y Comisionados de la Real Caxa de Extincion de Vales en las subhastas de las fincas en que intervengan como tales; y en su consequencia seran nulos los remates que se celebraren á favor de qualquiera de estas personas.

45. La puntual execucion de los capítulos precedentes para las ventas de los bienes raices pertenecientes á dichas fundaciones, y la subrogacion de sus valores en la citada disposicion al tres por ciento, proporcionará las Obras Pias, Patronatos, Memorias, Cofradías, y demás establecimientos piadosos la utilidad de que se excusen del todo muchos empleados en la administracion de los mismos bienes, y ahorro de los sueldos que cobran; y que donde permanezcan algunos, pueda reducirse la quota de su salario por minorárseles el trabajo, y quedar libres de los daños que los Administradores les ocasionan por su omision, insolvencia ó confabulacion con los arrendatarios y subalternos inferiores, de que se sigue el aumento de rentas en las fundaciones para los objetos de su instituto; á que se agrega el beneficio comun que resultará al Reyno de ponerse en circulacion estos bienes estancados, y los aumentos que es de esperar reciban sus producciones por el mejor cultivo que les darán sus activos nuevos poseedores; por todo lo qual será obligacion de los Síndicos Procuradores generales de los pueblos el promover dichas enagenaciones, excitando el oficio de las justicias para que lleven á efecto este Reglamento, y dándolo en queja al Intendente ó á la Comision, si advirtieren omisiones ó descuidos en ello para su remedio.

46. Siempre que los poseedores de Mayorazgos, Vínculos, ó Patronatos y qualesquiera otras fundaciones en que se suceda por el órden de los Mayorazgos de España, usen de la facultad que se les concedió por el Real Decreto de 19. de Setiembre de 1798, para enagenar los bienes raices de sus respectivas dotaciones, deberán acudir ante las justicias ordinarias de los pueblos donde se hallen sitos, para que se proceda á la execucion en los propios términos que en las ventas de establecimientos piadosos, continuándoseles por ahora la gracia de la octava parte del precio que se les dispensó por otro Real Decreto de 11. de Enero siguiente.

47. Las Escrituras de venta é imposicion de los capitales que produzcan estas enagenaciones se otorgarán respectivamente en los mismos términos que las de Obras Pias, como tambien las de aquellas partidas de calidad inponibles, que sin tiempo determinado hayan puesto en la Real Caxa sus dueños á quienes todavia no se haya entregado la Escritura correspondiente.

48. Las mismas formalidades se observarán en las ventas de bienes raices de las Temporalidades de los Ex-Jesuitas, executándolas las justicias en cuya

jurisdiccion se hallen sitos, con citacion de sus Administradores ó encargados de su cuidado, remitiendo los expedientes de subhasta á la Comision gubernativa del Consejo para la aprobacion de los remates, á cuyo tiempo les advertirá lo correspondiente á la entrega de los títulos de propiedad para el otorgamiento de las Escrituras de venta.

49. Hallándose finalizada la comision del Colegio mayor de Alcalá, se procederá en la venta de los bienes raices de los de Salamanca y Valladolid con la próbia solemnidad, sin otra diferencia que la de remitir los expedientes á los Intendentes de las dos capitales, como comisionados de los de sus respectivos Colegios para la aprobacion de los remates, y que les adviertan lo conveniente, y acompañen los títulos de pertenencia para las Escrituras de venta, avisando de cada una á la Comision gubernativa por medio de su Contador.

50. A excepcion de la Real Fortaleza de la Alhambra de Granada, Palacio del Alcazar de Sevilla, y demas pertenencias de su jurisdiccion en aquellas capitales, se procederá á la venta en pública subhasta de los demas bienes y edificios de la Corona que no fueren necesarios para la servidumbre de la Real Persona y de su amada Real Familia, á cuyo efecto los Intendentes ó Justicias en cuyas jurisdicciones se hallen los citados bienes y edificios pedirán á los Administradores ó encargados de ellos una razon circunstanciada de los que fueren, y la remitirán inmediatamente á la Comision gubernativa del Consejo, y este consultará á S. M. lo que estime conveniente en razon de las ventas de dichas fincas, y sucesivamente sobre las aprobaciones de los remates, títulos de pertenencia, y otorgamiento de la Escritura de venta á favor de los compradores.

Desde la publicacion de este Reglamento regirá todo lo prevenido en él, y cesará lo demas que comprehenden la instruccion de 29 de Enero de 1799, y su adicional de 27 de Diciembre del mismo, quedando subsistente todo lo que con anterioridad estuviere executado conforme á sus respectivos capítulos.

Y para que todo lo referido tenga su puntual y debido efecto, he resuelto expedir esta mi Cédula: por la qual os mando á todos y cada uno de vos en vuestros respectivos lugares, distritos y jurisdicciones veais el Reglamento inserto formado para la enagenacion de las fincas correspondientes á Memorias, Obras Pias, y demás que se expresa, y le guardeis, cumplais, y executeis en la parte que respectivamente os corresponda, sin contravenirlo, ni permitir su contravencion en manera alguna. Y encargo á los M. RR. Arzobispos, RR. Obispos, Superiores de todas las Ordenes Regulares, Mendicantes y Monacales, Visitadores, Provisores, Vicarios y demás Prelados y Jueces eclesiásticos de estos mis Reynos, observen el expresado Reglamento, sin consentir que con ningun pretexto se contravenga á lo que en él se ordena.

Cédula de 16 de Agosto de 1801. Don Cárlos, &c. Ya sabeis, que por el artículo XIII. del Reglamento inserto en mi Real Cédula de 25 de Octubre del año próximo pasado, formado en cumplimiento de lo prevenido en la Pragmática de 30 de Agosto del mismo para la enagenacion uniforme de los bienes raices pertenecientes á establecimientos piadosos, Temporalidades, Vínculos y demás que en ella se expresan, se dispone que no se admitirán posturas que no cubran las dos terceras partes, á lo menos, del valor en que se hayan apreciado las fincas, y el pago se hará en dinero efectivo, ó en Vales Reales, segun la obligacion que con expresion de la especie de moneda, constituya aquel á cuyo favor se celebre el remate; pero que ninguno se con-

cluirá como no llene el total de la tasa. Y por el XXIII. se dispone igualmente que los pagos que por razon de las posturas, mejoras ó remates se ofrezcan en dinero efectivo, se podrán hacer con libramientos de los réditos de Vales Reales vencidos en las renovaciones de aquel año, y se admitirán como si fuese moneda metálica. Reflexîonando la Comision gubernativa de Consolidacion de Vales, á propuesta de su Contador general, sobre las utilidades que podria producir á esta empresa, y á las pias fundaciones y demás establecimientos piadosos, el variar y adicionar lo prevenido en el expresado artículo XIII. y sobre la necesidad de cortar los abusos y daños que se cometen por la mala inteligencia que se ha dado al XXIII. lo hizo presente al mi Consejo en 19 de Mayo de este año, manifestando lo que parecia mas conveniente en el asunto: y habiendose exâminado todo en él, con audiencia de mis tres Fiscales, lo trasladó á mi Real noticia en consulta de 17 de Junio último; y conformándome con su parecer, por mi Real resolucion á ella, he tenido á bien mandar:

1. Que por ahora se suspenda lo dispuesto en el artículo XIII. del citado Reglamento de 21 de Octubre del año próximo pasado, en quanto dispone que ningun remate se concluirá como no llene el precio total de la tasa; y quedando en su pleno vigor esta regla para con los remates á Vales, permito la celebracion de ellos sobre posturas que lleguen á cubrir las dos terceras partes del valor de las fincas, quando sean á pagar en moneda metálica.

2. Por conseqüencia, una vez hecha qualquiera postura con oferta del todo, ó porcion determinada de efectivo, no se admitirá ya ninguna puja, que mejorando el precio ó las condiciones no lleve la de haber de entregarse en la própia especie, por lo menos, la misma cantidad ofrecida; y al contrario, admitida una postura á Vales, se considerará por mejora la de qualquiera parte del valor antes prometido, siempre que sea en moneda sonante; bien entendido, que para gozar en qualquier caso el privilegio de concluirse los remates en menos de la tasa nunca ha de baxar de las dos terceras partes el metálico.

3. Quando las fincas esten afectas á censo ú otras cargas, en cuyos capitales quepa papel-moneda, bien haya de llevar en sí el comprador estas cargas, ó bien entregar desde luego su importe, se advierte que éste forma una parte integrante del valor total de la finca misma, la qual parte es por naturaleza pagadera en Vales, y de una manera ú otra habrá de rebaxarse en la liquidacion de la Obra Pia, y por tanto, aunque una postura suene por las dos terceras partes de la tasa ó mas en efectivo, se reputará sinembargo como hecha en Vales la de aquella quota equivalente á la estimacion de las cargas, á menos que el postor quiera contraer la obligacion expresa de aprontarla en especie metálica.

4. Las Obras Pias nunca han de salir defraudadas de aquel capital á que por el Reglamento han adquirido ya un derecho; es á saber, el valor total de la tasa, y asi se les reconocerá íntegramente este capital en la Escritura de imposicion que se haga á su favor en la Caxa de Consolidacion, y por él se les regulará el rédito anuo, realizandose tambien en su totalidad el reintegro en moneda metálica al tiempo de librarse el estado de la deuda que ahora se subroga en lugar de los Vales.

5. Celebrado el remate de una finca por todo el precio de su tasacion sin rebaxa alguna en efectivo, no se admitirá ya la puja del quarto; y para indemnizar á las Obras Pias dándoles un valor positivo y cierto en lugar del contingente que pueda tener el derecho que se les suspende, concedo á todas

por punto general la gracia de que se les forme su capital para su imposicion en la Caxa, con el aumento del quarto sobre el precio del remate, quando verificándose á pagar en moneda metalica iguale ó exceda la tasa.

6. Y ultimamente quedará por ahora suspensa la execucion de lo mandado en el artículo XXIII del Reglamento, en virtud del qual podian admitirse los libramientos de intereses de Vales que en él refieren en lugar del dinero efectivo que se ofreciese en los remates, cuidando la Comision gubernativa de atender al oportuno pago de estos libramientos en el tiempo y forma prevenida en dicha Real pragmática. Publicada en el Consejo esta mi Real resolucion en 27 de Julio proxîmo, se acordó su cumplimiento, y para ello expedir esta mi Cédula: por la qual os mando á todos y cada uno de vos en vuestros respectivos lugares, distritos y jurisdicciones veais, guardeis y cumplais lo dispuesto en ella, y lo hagais guardar, cumplir y executar, sin permitir su contravencion en manera alguna, teniéndolo por adicion al Reglamento inserto en mi citada Real Cédula de 21 de Octubre del año próxîmo pasado. Y encargo á los M. RR. Arzobispos, RR. Obispos, superiores de todas las Ordenes regulares, Mendicantes y Monacales, Visitadores, Provisores, Vicarios, y demás Prelados y Jueces Eclesiásticos de estos mis Reynos observen lo dispuesto en esta mi Cédula, sin consentir con ningun pretexto su contravencion.

Circular de 8 de Noviembre de 1802. A conseqüencia de lo prevenido en el capítulo 9 de la Real Pragmática de 30 de Agosto de 1800, promulgada para la consolidacion del crédito de los Vales Reales, su extincion y pago de intereses, se formó el Reglamento inserto en Real Cédula de 21 de Octubre del mismo año para la enagenacion uniforme de los bienes raices pertenecientes á establecimientos piadosos, á las Temporalidades, á los Colegios mayores, á la Corona, y á los Vinculos y Mayorazgos; y por otra Real Cédula de 16 de Agosto de 1801, en que se varió y adicionó el artículo 13 del mismo Reglamento, y suspendió con la calidad de por ahora lo mandado en el 23, relativos uno y otro á las pias fundaciones y demas establecimientos piadosos, se prescribió por el artículo 5 de ella lo siguiente.

"Celebrado el remate de una finca por todo el precio de su tasacion, sin rebaxa alguna en efectivo, no se admitirá ya la puja del quarto; y para indemnizar las Obras Pias dándoles un valor positivo y cierto en lugar del contingente que pueda tener el derecho que se les suspende, concedo á todas por punto general la gracia de que se les forme su capital para su imposicion en la Caxa, con el aumento del quarto sobre el precio del remate, quando verificándose a pagar en moneda metálica iguale ó exceda la tasa."

Habiendo variado posteriormente las circunstancias que motivaron la disposicion interina del referido artículo 5, con el crédito que ha adquirido el papel-moneda, y siendo sumamente gravoso al establecimiento el haber de formar á las Obras Pias capitales mayores de los que resultan de los remates por el contingente derecho del quarteo que se les suspendió por la citada Real Cédula de 16 de Agosto; conformándose el Consejo con lo que le propuso la Comision gubernativa de Consolidacion de Vales, y lo que expusieron los tres Señores Fiscales, se ha servido resolver se dexe expedita á los licitadores la facultad de hacer la puja del quarto, aun quando se celebren los remates por todo el precio de su tasacion, quedando los Juzgados en la obligacion de admitirlas, en conformidad del anterior Reglamento de 21 de Octubre de 1800; cesando la indemnizacion referida á dichas Obras Pias por parte de la Consolidacion.

Lo participo á V. de órden del Consejo para que disponga su cumplimiento en la parte que le toca, comunicándolo al mismo fin á las justicias de los pueblos de su partido

Cédula de 3 de Febrero de 1803. Don Cárlos, &c. YA SABEIS: Que por mis Reales Decretos de diez y nueve de Septiembre de mil setecientos noventa y ocho, y once de Enero de mil setecientos noventa y nueve, y Cédulas en su virtud expedidas por el mi Consejo de la Cámara, tuve á bien conceder por punto general á todos los poseedores de Mayorazgos, Vínculos y Patronatos de Legos facultad para enagenar los bienes raices que perteneczcan á estas fundaciones, con tal de que se impusiesen sus productos sobre mi Real Hacienda en la Caxa de Amortizacion de Vales; y tambien la gracia de que se les devolviese por via de premio la octava parte de toda la cantidad líquida que entregasen en la referida Real Caxa, en la forma y con el crédito y condiciones expresadas en ellas. Deseando ahora el mi Consejo proporcionar un medio, que al paso que promueva la venta de bienes de establecimientos pios, facilite á los poseedores de Mayorazgos y otros Vínculos la reunion de las fincas dispersas de su pertenencia, en que tienen tanto interés por el ahorro de gastos de administracion, y por la ventaja de poder dedicarse á procurar por sí mismos todas las mejoras de que sean susceptibles, y de que debe resultar á la causa pública el grande beneficio del adelantamiento y fomento general de la agricultura, me hizo presente en consulta de diez y seis de Diciembre último, que seria muy conveniente concederles facultad para subrogar dichas fincas en otras de establecimientos pios, en la forma que le propuso la Comision gubernativa de Consolidacion de Vales, despues de haber oido á su Contador general. Y por mi Real resolucion á dicha consulta, conformándome con el parecer del mi Consejo, he tenido á bien conceder permiso y facultad á los referidos poseedores de Mayorazgos, Vínculos y Patronatos de Legos para que puedan enagenar las fincas vinculadas que existiesen en Pueblos distantes de los de sus domicilios, y subrogar su importe en otras de obras pias, asegurando en estas las cargas de las vinculaciones: con tal de que mientras se verifica la subrogacion se deposite el producto de aquellas ventas en la Real Caxa de extincion de Vales, donde devengará un tres por ciento á favor de sus dueños: y entendiéndose que en estos casos no han de gozar los poseedores de Mayorazgos y Vínculos la gracia de la octava parte que antes les dispensé por via de premio, y sí solo la exêncion de Alcabalas de esta primera venta. Publicada en el Consejo esta mi Real resolucion en diez y ocho de Enero próximo, se acordó su cumplimiento, y para ello expedir esta mi Cédula. Por la qual os mando á todos y cada uno de vos en vuestros respectivos lugares, distritos y jurisdicciones veais la expresada mi Real resolucion, y la guardeis, cumplais y executeis en los casos que ocurran, haciéndola publicar para que llegue á todos los poseedores de Mayorazgos y Vínculos la noticia de las gracias que les concedo.

Cédula de 10 *de Junio de* 1805. Don Cárlos por la gracia de Dios, &c. Sabed: que uno de los interesantes objetos que inclinaron mi real ánimo á conceder á los poseedores de Mayorazgos, Vínculos y Patronatos de Legos el permiso de enagenar las fincas pertenecientes á estos en el modo que prescribio mi Real Decreto de diez y nueve de Septiembre de mil setecientos noventa y ocho, inserto en Real Cédula de veinte y quatro del mismo mes, fué el fomento de la agricultura, el beneficio de la causa pública, y el aumento de la masa general de la riqueza del Reyno. Casi desde el momento mismo en que se expidió aquella Real Cédula principiáron á realizarse estos justísimos fines. A mi Real Decreto

inserto en ella, y á la providencia acordada al propio tiempo para la enagenacion de bienes, de establecimientos pios debe en efecto atribuirse la prodigiosa transformacion que se ha visto de edificios ruines, en útiles y sólidos; la de arbolados estériles, en fructíferos; y la de tierras abandonadas y montuosas, en campos enriquecidos y mejorados con los grandes plantios, cerramientos y destinos á que las han aplicado sus nuevos dueños; de forma que estas felices resultas ofrecerán siempre el testimonio mas auténtico de mi infatigable zelo por el beneficio de mis amados vasallos, y por la felicidad de mi Reyno, á que en todos tiempos he dirigido mis paternales desvelos; pero no satisfecho todavia mi benéfico corazon, y deseoso de que se multipliquen los medios que hagan mas útil el beneficio de la causa publica, la facultad de enagenar fincas vinculadas concedida á los poseedores de Mayorazgos, unas veces de la natural inclinacion de conservar en su familia los bienes que constituyéron el patrimonio de sus causantes; estimulados otras por la continua experiencia de la bondad de aquellos terrenos; y conducidos no pocas del justo designio de dexar aseguradas las legítimas de sus hijos en fincas que las pongan á salvo de los riesgos ya de unos tutores interesados, desaplicados é indolentes que malversen, se apropien ó consuman estos peculios quando consisten en dinero ántes de salir el pupilo de su menor edad; ya de una imprudente dispensacion á que estan expuestos en manos de jóvenes; ó ya de la inconsideracion de sus hijos politicos que á breve tiempo aniquilan las dotes mas floridas de sus mugeres; desean muchas veces comprar fincas de sus propias vinculaciones; pero ni estos justos motivos, ni el hallarse con fondos suficientes para realizarlo les proporciona este consuelo, porque la misma calidad de poseedores les impide el practicarlo, y priva del arbitrio de dotar con ellas á sus hijos é hijas segundas, á sus mugeres ó parientes excluidos de la sucesion de los Vinculos. Esta prohibicion que presenta una traba á la desamortizacion de bienes raices, y entorpece el medio de hacerlos útiles con el cultivo y la industria, ofrece aun otros inconvenientes que han llamado mi soberana atencion. Un poseedor vinculista ve pasar por falta de descendencia masculina las fincas mas apreciables de todos sus Mayorazgos á un transversal muy remoto ó acaso desconocido, al mismo tiempo que observa expuesto á las indicadas contingencias la legítima que dexa á sus próprias hijas en dinero: si no tiene descendencia las ve tambien disfrutar á un transversal que no aprecia, quedando con el sentimiento de no haber podido adquirir algunas de estas fincas para beneficiar con ella á su muger ó á otros parientes; y en ámbos casos se desentiende de mejorarlas al reflexionar que los gastos que invirtiese en ello habian de ceder en beneficio de una persona que le es indiferente, y en perjuicio de otra á quien tiene resuelto dexar su patrimonio libre; resultando de aquí uno de los motivos que mas influyen al abandono en que se observan dolorosamente considerables porciones de terrenos que puestos en manos libres y laboriosas producirian la felicidad de muchas familias, llevarian á un estado envidiable la agricultura, aumentarian el integro decimal, y proporcionarian ventajas á mi Real Hacienda. Pero todos estos inconvenientes se debe esperar que cesarán autorizando á estos poseedores para que puedan comprar las fincas que mejor les parezca de sus mismas vinculaciones, porque la proporcion de adquirirlas para los enunciados objetos será sin duda un poderoso estímulo á que no las miren con indolencia; de modo que agregada esta facultad al premio de la octava parte del precio de la enagenacion que se les concedió por mis Reales Cédulas de trece de mil setecientos noventa y nueve, y veinte y uno de Octubre de mil y ochocientos

abrirá un nuevo paso á la estancacion de los bienes de Mayorazgos y será un medio oportuno que active la venta de ellos, y los suque del sensible estado de incultos en que se hallan. Aun puede ser transcendental esta disposicion á mejorar la educacion y las costumbres públicas, porque los hijos primogénitos que ahora nada temen de los poseedores de los Mayorazgos á que son llamados y los segundogénitos que nada esperan procurarán grangearse á competencia con su buena conducta y sumision el afecto de un padre que tiene arbitrio para dotar á costa de sus ahorros á los virtuosos con las mismas haciendas que se han hecho apreciables á los ojos de todos, porque han visto sus rendimientos desde la infancia; sirviendo así la facultad concedida á los poseedores vinculistas de freno para contener á sus familias en los deberes sociales, y de estímulo para que sus individuos se distingan en el amor filial. Mas como la insinuada habilitacion de los poseedores vinculistas para comprar las fincas que les está permitido vender no alcanzaria á proporcionar todas las enunciadas ventas, si por otra parte no se removiesen los estorvos que pueden entorpecer las justas ideas á que termina esta disposicion, y los favorables efectos que de ella me prometo, mandé comunicar á mi Consejo de la Cámara todas las expuestas consideraciones como se hizo en Real Orden expedida con fecha once de Mayo próximo por Don Miguel Cayetano Soler, de mi Consejo de Estado, mi Secretario de Estado y del Despacho de mi Real Hacienda, y en ella dispuse se comprehendiesen al propio tiempo en cinco artículos los medios que juzgué oportunos á facilitar la execucion de la indicada providencia encargando á la Cámara que si encontraba en ella inconvenientes los consultase á mi Real Persona. Pasada esta mi Real Orden á los tres Fiscales de mi Consejo Real que tambien despachan los negocios respectivos al Consejo de la Cámara, y con vista de la exposicion que hicieron en respuesta de veinte y siete del próximo mes, por la que estimaron justa, legal, política y conveniente la determinacion que contiene, ha acordado el mismo mi Consejo de la Cámara en Decreto de ocho del corriente expedir para su puntual observancia esta mi Cédula con insercion de los insinuados cinco artículos, cuyo tenor es el siguiente.

1. Que el indicado permiso á favor de los citados poseedores para comprar los bienes que quisiesen de sus próprias vinculaciones, sea sin perjuicio del premio de la octava parte que les conceden las mencionadas mis anteriores Reales Cédulas de diez de Enero de mil setecientos noventa y nueve y veinte y uno de Octubre de mil y ochocientos, y por el precio en que se tasen, dispensándoseles de subhasta, y de toda otra formalidad despues de justipreciadas las fincas, mas que la de aprobarse la venta por el Intendente de la Provincia en que se hallen situadas.

2. Que los aprecios de los bienes que intenten comprar se practiquen con autoridad judicial por los peritos que elijan el comprador vinculista, y el sucesor inmediato, con citacion del Comisionado, Administrador de la Real Caxa de Consolidacion; pero sin admitir á dichos sucesores otras contradicciones ó instancias que las respectivas al punto de los aprecios.

3. Que así en el caso de ser menor de edad el sucesor, como en el de larga ausencia de este, se entienda la citacion con el Procurador Síndico general de los Pueblos donde estuvieren las mismas fincas, el nombramiento de perito con un Curador judicial que se elija con citacion del indicado Comisionado Administrador de la Real Caxa de Consolidacion, y tercero en caso de discordia, siempre por el Juez que autorice las diligencias.

4. Que sin embargo de estas solemnidades, y á fin de evitar hasta el

mas mínimo motivo de fraude, el rédito al 3 por 100 de Capital, en que se executen las mencionadas enagenaciones, nunca baxa por regla general del importe del producto líquido de sus mismas fincas, regulado por el último quinquenio, y deducidos todos los gastos de cultivo, conservacion, derechos reales, administracion y demás, de que está exênto el rédito de la imposicion subrogada.

5. Y que se divida ó espere el pago de los bienes así vendidos, por el término de cinco años á plazos iguales, satisfaciendo la referida Caxa de Consolidacion, en la que ha de entrar el importe de aquellos, los réditos correspondientes, así como el comprador y sus sucesores, abonarán el interés respectivo á la cantidad del Capital que no haya satisfecho.

En su consequencia de mi própio motu, cierta ciencia y poderío Real absoluto, de que en esta parte quiero usar, y uso como Rey y Señor natural, no reconociendo superior en lo temporal, doy y concedo por punto general, habilitacion á todos los poseedores de Mayorazgos, Vínculos ó Patronatos de Legos, y de qualesquiera otras fundaciones, con qualquier título con que se denomine, y en que se suceda por el órden que se observa en las vinculaciones de España, para que sinembargo de qualesquiera cláusulas prohibitivas de enagenar los bienes de sus dotaciones, que por mas especiales que sean las derogo desde luego, puedan comprar las fincas que les acomode de sus mismos Mayorazgos, en los términos que van explicados en esta mi Cédula para los fines en ella indicados, y así os mando á todos, y á cada uno de vosotros, que la veais, publiqueis, guardeis y cumplais, hagais publicar, guardar y cumplir en vuestros respectivos distritos y jurisdicciones, y para la puntual y literal execucion y observancia de mi citada Real Orden de once de Mayo próximo, deis las órdenes y providencias que se requieren, y sean necesarias, arreglándose inviolablemente á su tenor, sin faltar en cosa alguna, porque mi intencion es que así se practique, por convenir á mi real servicio, y por lo que en ello interesan la causa pública, y el bien y utilidad de mis vasallos, sin poner embarazo ni impedimento alguno; que así es mi voluntad, y que al traslado impreso de esta mi Cédula, rubricado del infrascrito Don Sebastian Piñuela y Alonso, Caballero Pensionista de la real y distinguida órden Española de Cárlos III, de mi Consejo, y mi Secretario de Gracia y Justicia de mi Consejo de la Cámara, y del Estado de Castilla con voto en este Tribunal, se dé la misma fé y crédito que á su original. *Dada en Aranjuez á diez de Junio de mil ochocientos cinco.*

Dirijo á V. adjunto un exemplar de la Real Cédula expedida por la Cámara con fecha diez del corriente, por la qual habilita S. M. á los poseedores vinculistas para comprar fincas de sus mismos Mayorazgos en la forma que prescriben los cinco artículos que contiene, á fin de que respecto ha haberse circulado de oficio por la misma Cámara á los Corregidores, Alcaldes mayores, Gobernadores é Intendentes, y tambien á las Chancillerías y Audiencias, cuide V. no solo de pasarla á los subalternos del marco de su comision, para que enterados de su disposicion contribuyan á su exácto cumplimiento, sino tambien de que por el Señor Intendente se remitan á las cabezas de partido los suficientes exemplares, para que comunicándose por vereda á los pueblos de él, se dé en todas partes á dicha Real Cédula la mas completa y solemne publicidad.

A este fin conviene que si hubiese disposicion de reimprimirla en esa procure V. que así se execute sin pérdida de momento, abonando los gastos de imprenta; y que si no, me avise el número de exemplares

que se necesitarán para disponer su pronta remesa.

Para la mejor observancia de quanto previene la Real Cédula mencionada, me ha parecido hacer á V. algunas observaciones que aclararan su verdadero espíritu.

La citacion de los comisionados de Consolidacion en las diligencias de tasacion de las fincas, no es una mera formalidad estéril, sino que lleva por principal objeto conciliar la legalidad y justicia de los aprecios con la expedicion que conviene tengan las ventas de que se trata. Así debe V. procurar, no solo que el nombramiento de peritos recaiga en sugetos idóneos y de notoria provindad, sino tambien que jamas se entorpezca la enagenacion por los sucesores inmediatos, á pretexto de supuestas informalidades de las tasas.

Tambien se ha de tener presente que si el poseedor vinculista, y su sucesor, se convienen en el tanto del producto líquido de la finca en el quinquenio anterior, nada tiene V. que hacer en este punto; y solamente en el caso contrario debe concurrir con sus oficios á concordarlos y facilitar los medios prudenciales de esclarecimiento que conduzcan á averiguar aquel producto, haciendo que el poseedor exhiba en el Juzgado las cuentas, y se forme liquidacion con las deducciones que menciona el artículo 4. de la Real Cédula.

Aunque es muy natural que apénas haya finca alguna que no produzca mas despues de vendida é impuesto su capital al 3 por 100, en la Real Caxa, que lo que líquidamente rendia ántes al Mayorazgo, conviene con todo que no se verifique venta alguna sin que previamente se califique esta circunstancia, como manda dicho artículo; pero es preciso tener entendido que no es el espíritu de este, que si resultase ser menor el importe del rédito del capital de la tasa al 3 por 100 que el del producto líquido, se reconozca el resto hasta igualarlos por la Real Caxa, sino que en tal caso no pueda comprar la finca el poseedor, á ménos que, ó por retasa hecha á su instancia, ó bien obligándose voluntariamente á pagar la diferencia, no se iguale el rédito de la nueva imposicion en la Caxa con el producto de importe líquido de la finca.

La larga ausencia del inmediato sucesor, de que trata el artículo 3., debe entenderse del Reyno y del pueblo ó provincia; por manera que solo en aquel caso, ó en el de la menor edad, puede tener lugar el nombramiento de Curador, y citacion del Procurador Síndico del pueblo.

El beneficio de los plazos de cinco años que concede la Real Cédula en favor de los vinculistas, no es una condicion obligatoria que excluya el arbitrio de pagar el poseedor de contado ó en plazos menores, sino un término taxativo para el pago, del qual no puede excederse sin especial gracia de S. M. ó de la comision gubernativa.

Porque se verifiquen á plazos estas ventas, ninguna separacion ni dificultad han de sufrir en el cobro de réditos los que por muerte del poseedor entren á sucederle en el goce de sus mayorazgos, á los quales ha de reconocer la Real Caxa el total importe de la venta, y abonar íntegramente los réditos correspondientes, entendiéndose con los herederos del vinculista poseedor para el percibo de sus créditos, conforme á las fianzas con que los habrá asegurado; y así debe V. hacerse cargo en estas ventas de su total importe, como lo prescribe para las de obras pías la órden Circular de trece de Octubre de mil ochocientos tres.

La octava parte que por via de premio se ha de abonar á los vinculistas

que verifiquen la venta y compra de sus fincas, quedará desde luego en la Real Caxa en parte de pago de su precio, y las siete octavas partes restantes deben satisfacerse en los cinco años ó plazos concedidos.

Si el comprador paga al contado el importe del primero, además de la octava parte que ha de dexar en la Caxa, bastará entónces para fianza del crédito de esta la obligacion hipotecaria de la finca misma; pero de lo contrario, es preciso que el comprador afiance á satisfaccion de V. para seguridad del pago en los cinco plazos, á fin de precaver asi el perjuicio que podria resultar á la Real Caxa, si desmejorándose la finca en poder del dueño se le adjudicase en satisfaccion de su crédito.

Las obligaciones ó escrituras de fianza deberá V. remitirlas á la Contaduría general de mi cargo para la toma de razon en ella, cuidando de la exâccion de los plazos á sus respectivos vencimientos, y de los intereses correspondientes á ellos, cargándose de estos en la cuenta que con separacion ha de llevar por el ramo de Extincion, baxo el título de compra de vínculos por sus poseedores, en la que debe comprehender las cantidades que ingresen en el marco de su comision, segun el adjunto modelo que le acompaño para mayor instruccion, dando aviso de ellas en carta separada.

En la cuenta de cada año, y en relacion separada deberá V. datarse de todas las cantidades exîstentes en créditos procedentes de aquella intitulacion, á favor de la Caxa, para proceder á su abono por otra cuenta titulada vinculistas compradores de sus fincas, á fin de cargarle en la sucesiva por la misma intitulacion las cantidades abonadas hasta que llegue el caso de la cancelacion de dichos créditos.

En la cuenta general de pago de octavas partes devueltas á mayorazgos, se abonará V. de las que sean comprehendidas en los recibos de cargo que ha de producir como si efectivamente hubiesen sido satisfechas á los poseedores que enagenan y compran, á fin de hacerles por esta contaduría el mismo abono, mediante haberles formado un cargo de ellas.

Si á pesar de estas observaciones ocurriesen á V. algunas dudas, me las consultará para la decision conveniente, esperando de su zelo que en este asunto procederá con la misma actividad y esmero que en los demas puestos á su cuidado. = *Madrid 26 de Junio de* 1805.

Cédula de 15 *de Octubre de* 1805. Don Cárlos &c. Sabed: Que con acuerdo de mi Consejo, y con motivo de la considerable disminucion que han tenido las rentas de mi Corona por las guerras, escaseces, epidemias y otras calamidades que han afligido á estos reynos, y aun sufren en parte mis amados vasallos, tuve á bien mandar que en mi Real nombre se hiciese presente á nuestro muy Santo Padre Pio VII el crítico estado de la Monarquía, los empeños en que se halla constituida, y la necesidad de proporcionar al Erario medios eficaces de ocurrir al desempeño de sus inmensas y urgentísimas obligaciones, suplicando á su Santidad que con este importante objeto se sirviese concederme facultad para enagenar bienes eclesiásticos, con la calidad de reconocer á sus poseedores una renta igual á la que liquidamente les rindiesen los mismos bienes, estableciéndola sobre la Real Caxa de Consolidacion de Vales, con especial hipoteca de todos sus arbitrios. Enterado el Santo Padre de la gravedad de las causas expuestas en las preces, expidió con fecha catorce de Junio último el Breve Apostolico que dirigido al mi Consejo por D. Miguel Cayetano Soler, del Consejo de Estado, y mi Secretario del Despacho universal de Hacienda, y puesto en él el competente pase, he tenido á bien mandar se inserte en la presente Real

Cédula; siendo su literal tenor, con la correspondiente traduccion al castellano, el siguiente:

Pio VII Papa. Para futura Memoria. Conviene que el Pontífice Romano en consequencia del afecto de paternal amor que profesa á todos los fieles cristianos, preste benignos oidos á los ruegos de aquellos, mayormente Reyes y pueblos, que afligidos de dilatadas y gravísimas calamidades, no hallándose con fuerzas suficientes para disipar ó mitigar los males inminentes, solicitan de su autoridad el socorro.

Así, pues, nuestro muy amado en Christo hijo Cárlos, Rey Católico de España, nos ha hecho exponer poco hace, que todas las cosas públicas y privadas, oprimiéndolas como en monton de calamidades, han llegado á tal estado en sus reynos, que casi nunca se han conocido tiempos mas difíciles en que con causas de mayor urgencia se haya implorado el auxilio de nuestra solicitud pontificia para el alivio de los infortunios públicos; pues la asoladora peste que, corriendo por las fronteras de aquellas provincias, se ha renovado de tiempo en tiempo, exerciendo su rigor de muchos años á esta parte; la suma escasez de víveres; los extraordinarios terremotos; y finalmente las largas y crueles guerras reunidas como en un cúmulo de miserias por un rarísimo y quizá único exemplo; han hecho tales heridas, que si no se les aplica un medicamento pronto, congregadas las fuerzas de todas partes, no puede menos de peligrar la salud de todos

Y habiéndosenos por el Rey hecho relacion de los enunciados infortunios de sus pueblos, cuya lamentable noticia, con un inexplicable pesar, nos había llegado de todas partes, fuimos conmovidos con tanta mayor vehemencia, quanto mas excito nuestra solicitud la religion, piedad y sumision á la Sede Apostólica, con que sobresaliéron siempre los Reyes y los pueblos de España.

Mas de estas calamidades tan lamentables, segun se añadia en la insinuada exposicion, se había seguido tambien otra sumamente grave por sí misma y sobremanera perniciosa. Por quanto, siendo el Real Erario incapaz de sufrir tantos y tan grandes gastos, quantos eran los que había sido necesario hacer con motivo de los infortunios, que amenazaban y se sucedian de continuo; una inevitable necesidad había precisado, faltando el dinero, á subrogar y dar al público unos billetes, llamados vulgarmente Vales Reales, hasta en una considerable cantidad de dinero; de cuyas resultas, agitados y trastornados los negocios de sus súbditos en todas las negociaciones públicas y privadas y en todo el sistema de comercio, amenazaba una suma y cada dia mas perniciosa ruina; si para abuyentar el mal, que la actual y urgente necesidad del medicamento había introducido, no se proporcionaban unos remedios nuevos y eficaces.

Pero por quanto el mismo muy amado en Christo hijo nuestro Rey de España, atendiendo con infatigable esmero á aliviar las angustias de sus súbditos y procurar su felicidad, y advertido por la experiencia suya y de otros, llegó á entender que no podria evitar los presentes daños, ni precaver los futuros, y que cada dia van en aumento, amenazando la mayor ruina, si no ponia un término y fin á la formacion de nuevos billetes, y suprimia y extinguia los ya publicados y esparcidos por sus provincias, reponiéndolos en una Arca Real que tiene el nombre de su mismo destino; á saber: Caxa de Consolidacion y Extincion: por tanto nos hizo tambien entender no haber perdonado trabajo ni desvelo alguno para idear y disponer los subsidios que pudiesen serle mas oportunos y conducentes para este efecto.

Y estando meditando en su ánimo estas determinaciones y dedicado enteramente á su consideracion, no sin grande pesar, consiguiente á su veracidad, de que estamos muy bien informados; ha declarado recientemente que un negocio de tanta entidad y tan necesario para el bien estar de todos sus súbditos; á causa de las actuales circunstancias de las cosas y de los tiempos; no puede llevarse á efecto, ó no ayudársele para ello tambien con los bienes eclesiásticos; esto es: dándosele facultad de enagenarlos y de emplear la suma de dinero que rindiese su precio, en la extincion del papel moneda, y en el socorro ó remedio de otras gravísimas y urgentísimas necesidades del mismo reyno de España.

Al hacer la qual propuesta, el dicho piadosísimo Rey añadió una condicion, en cuya virtud se proveyese á la indemnidad de los eclesiásticos que poseen los mismos bienes, por medio de una compensacion anual plenamente correspondiente á la renta de los bienes enagenados; la que hubiese de pagárseles en todos los tiempos sucesivos perpetuamente por la sobredicha Real Caxa de Consolidacion, sin ninguna carga ni riesgo alguno absolutamente.

Mas sabiendo muy bien, en conseqüencia de la singular piedad y religion suya y de sus predecesores, que no le corresponde determinar ó disponer esto, á no concurrir á ello la autoridad de que gozamos, delegada por Dios; en esta atencion recurrió á Nos suplicándonos, que con la plenitud de nuestra potestad apostólica, nos dignásemos proveer á su favor, y de sus sucesores, lo conducente en razon de lo aquí antecedentemente referido.

Y Nos, meditando seriamente las circunstancias de las cosas y de los tiempos, ademas de los exemplares ó exemplos de otros predecesores nuestros, tenemos continuamente presente en nuestro ánimo el indulto, enteramente semejante á este, que el Papa Gregorio XIII, de feliz recordacion, Predecesor nuestro, no tuvo á bien negar al Rey de España Felipe II, con motivo de los movimientos de las guerras exteriores ó de los extrangeros, sinembargo de no hallarse sus reynos españoles oprimidos anteriormente de tan graves calamidades, ni estrecharlos la misma fuerza de necesidad, ni la escasez y penuria de todos los demas recursos con que ahora, con dolor de todos los buenos, se hallan oprimidos los mismos reynos.

Ademas de esto no hemos podido ménos de conocer, que á los poseedores de los bienes eclesiásticos les ha de resultar tambien una utilidad no corta de que quanto ántes se provea del remedio oportuno á los daños ó males públicos, originados del trastorno ú alteracion del dinero.

Por cuyas causas, no dudando de modo alguno de que el clero de los reynos de España; aunque ya en virtud de indultos nuestros está soportando otras cargas extraordinarias; en conseqüencia de su amor al muy amado Rey y á la nacion española, prestará voluntariamente sus auxilios de toda especie para la reparacion de la felicidad pública, y á fin de que los intereses ó negocios públicos se pongan en un estado mas próspero, y siguiendo las huellas de los Romanos Pontífices Clemente VII, Paulo III, Julio tambien III, y señaladamente Gregorio XIII, de feliz recordacion, Predecesores nuestros; y queriendo hacer una gracia especial al mismo Rey Cárlos; de nuestra cierta ciencia, y previa una madura deliberacion, con la plenitud de la potestad apostólica concedemos facultad para que en todos los dominios del Rey Católico puedan enagenarse otros tantos bienes eclesiásticos, quantos sean los que en todo correspondan á la renta libre anual de doscientos mil ducados de oro de Cámara, y no mas.

Y para hacer esta enagenacion en las respectivas diócesis de España, el fruto ó rendimiento anual líquido ó neto de los bienes que hayan de enagenar-

se, que habrá de regularse por las rentas percibidas en el espacio del quinquenio vencido desde el principio del año mil setecientos noventa y ocho, hasta en todo el año mil ochocientos y dos; será graduado por los Arzobispos, Obispos, y Ordinarios locales, juntamente con los Reales Ministros.

Y si acerca de la enunciada regulacion de la renta anual libre de aquellos bienes, ó por otra qualquiera causa, se suscitaren algunas questiones ó dificultades; de todas estas conocerán, y las decidirán enteramente los Executores, que abaxo se expresaran, de las presentes Letras nuestras.

Y si aconteciere que los mismos bienes, al tiempo de la desmembracion y separacion, que ha de hacerse en virtud de las presentes, estuviesen vacantes, y careciesen de su pastor; de ningun modo se dispondrá de ellos, hasta que tengan sus nuevos rectores.

Pero inmediatamente que, de la manera y en la forma arriba enunciadas, se hubiere hecho la designacion de los indicados bienes; y que estuviere unánimemente arreglado ó regulado su respectivo producto ó rendimiento anual; y ademas de esto por el mencionado Rey Cárlos se hubiere constituido real, efectiva y perpetuamente, á qualesquiera personas y Comunidades eclesiásticas, y Lugares ó fundaciones, ó Legados piadosos; y tambien á los Conventos y Monasterios de las Ordenes regulares de uno á otro sexô, aun exêntas, una igual cantidad anual correspondiente ó proporcionada á los insinuados frutos ó productos, y que ha de pagarse siempre con toda integridad y sin ninguna, ni aun la mas mínima, dilacion ni disminucion; aunque sea con el título de la contribucion vulgarmente llamada *subsidio*; ni de ninguna reduccion, ni de los gastos que ocurran por razon de la cobranza; y libremente, en dinero efectivo, á cada uno, por la sobredicha Real Caxa de Consolidacion y Extincion (sobre lo qual gravamos la conciencia del mismo Rey Cárlos); entónces, y no ántes, los enunciados bienes; sin requerirse para esto ningun consentimiento de los Prelados, ó sea Arzobispos y Obispos, Priores, Prebostes, Abades, Abadesas, Cabildos, Rectores, ó sea Curas Párrocos, Conventos, Monasterios y personas, qualesquiera que sean, que los obtengan; qualquiera dignidad eclesiástica con que se hallen distinguidos, por eminente que sea, se considerarán por desmembrados y separados de los bienes de la Iglesia; y aplicados y destinados ó apropiados libremente á la expresada Real Caxa de Consolidacion y Extincion, y para el alivio de otras gravísimas y urgentísimas necesidades del reyno de España; segun que Nos desde ahora para entónces, en atencion á la referidas gravísimas causas, por un don de gracia especial, con la autoridad apostólica, respectivamente los desmembramos, y separamos, y aplicamos, y apropiamos; é igualmente desde ahora para entónces substituimos y subrogamos perpetuamente la cantidad anual, que ha de pagarse por el Real Erario como va arriba prevenido; en lugar de los mismos bienes desmembrados y separados; con las mismas cargas y obligaciones á favor de cada uno de sus peculiares poseedores.

Hechas las quales desmembraciones y separaciones, y respectivas aplicaciones y apropiaciones; damos plena facultad al mismo Rey Cárlos, para que válida, libre y lícitamente pueda; por el precio que se pudiere hallar y bien le pareciere, segun su Real prudencia y arbitrio, vender, traspasar, asignar, y enagenar los mencionados bienes, con sus frutos de qualquier género; los quales en la forma sobredicha serán adjudicados á la Real Corona; bien que á efecto de que el precio, que se sacare de la indicada venta, traslacion, asignacion y enagenacion; se invierta puntualmente en la extincion y cancelacion de las monedas representativas llamadas Vales Reales, y en el ali-

vio de las gravísimas y urgentísimas necesidades del mismo reyno; sin que ni ahora, ni jamas en lo sucesivo, sea lícito á ninguno de los Arzobispos, Obispos, Prelados, Prebostes, Priores, Mesas, Cabildos, Dignidades, Oficios, Ordenes, aun exêntas, Monasterios, Conventos, Lugares, Fundaciones y Legados piadosos y personas, qualesquiera que sean; con qualquiera dignidad, aun eclesiastica, que esten condecorados; perturbar, inquietar, ni molestar á los compradores, y poseedores de los enunciados bienes; ni ocasionarles ningun, ni aun el mas mínimo perjuicio, con ningun colorido ó pretexto: pues Nos, tambien desde ahora para entónces, con la autoridad apostólica, aprobamos y confirmamos, y queremos y declaramos que sean aprobadas y confirmadas perpetuamente las ventas, traspasos, asignaciones ó enagenaciones, que se hicieren, como va aquí antecedentemente prevenido, de los indicados bienes; junto con sus respectivos frutos, derechos y obvenciones, á favor de los que los adquieran, y sucesivamente los obtergan; suplendo con la misma autoridad apostolica plenamente todos y cada uno de los consentimientos de qualesquiera interesados, y qualesquiera otros defectos así de hecho como de derecho, ó de solemnidades, que debiesen observar en las enagenaciones de los bienes eclesiásticos: y declarando al mismo tiempo, que las enunciadas desmembraciones, separaciones, aplicaciones, apropiaciones y ventas, traspasos, asignaciones y enagenaciones, y todas y cada una de las demas cosas que aconteciere hacerse en virtud de las presentes, subsistan perpetuamente en su vigor y fuerza, y surtan y produzcan sus plenos é íntegros efectos; y deban en todos los tiempos sucesivos ser observadas inviolable y perpetuamente, por qualesquiera Arzobispos, Obispos, Priores, Prebostes, Cabildos, Abades, Abadesas, Monasterios, Conventos, y demas á quienes de qualquier modo concierna lo sobredicho, en la própia forma que si por Nos y por la Sede Apostólica hubiesen sido los insinuados bienes desmembrados, separados, aplicados, apropiados y vendidos, traspasados, asignados y enagenados con las solemnidades requeridas por el derecho y demas necesarias; y juntamente que tanto estas, quanto las presentes Letras, no puedan por ninguna causa ser tachadas de los vicios de obrepcion y subrepcion, ó nulidad, ni de falta de intencion en Nos, ni de otro ningun defecto, por substancial que sea; ni impugnadas; ni puedan los Arzobispos, Obispos, Priores, Prebostes, Cabildos, Abades, Abadesas, Monasterios, Conventos, ni qualesquiera otros, apelar ó reclamar, de modo alguno, de lo sobredicho, ni de qualesquiera cosas que en virtud de estas letras se hicieren, con ningun pretexto, aunque sea de lesion enormísima, ó por otra qualquiera causa, aunque sea la mas justa; ni puedan de ningun modo sufragarles ó servirles ningunos privilegios, aun concedidos por la enunciada Sede, baxo qualquiera formula ó forma y expresion de palabras, á efecto de que puedan por ninguna causa, aunque sea á pretexto de lesion enormísima, ó de no haberse observado las solemnidades requeridas por el derecho, anular, invalidar, revocar ó impugnar las insinuadas dismembraciones, separaciones, aplicaciones, apropriaciones, y ventas, traspasos y asignaciones, y demas cosas en qualquier tiempo hechas por el mencionado Rey Carlos, ó por la persona, ó personas, que por él se diputaren.

Por lo qual, por este escrito Apostolico, mandamos á las dos personas constituidas en dignidad Eclesiástica preeminente, que en virtud de otras Letras, expedidas en igual forma de Breve, con fecha de este mismo dia, serán nombradas por nuestro Venerable Hermano Pedro, Arzobispo de Nicea, Nuncio nuestro y de la Sede apostolica en los Reynos de España: que proce-

diendo juntamente por sí mismos, ó por medio de otro ú otros, por nuestra autoridad, pongan al dicho Rey Cárlos, ó á su apoderado en su nombre; si, y despues que haya respectivamente asignado y constituido á cada uno, segun va arriba expresado, la indicada compensacion; en la posesion corporal, real y actual de los bienes desmembrados y separados, como tambien queda arriba especificado, y de sus derechos y pertenencias; á fin de disponer de ellos, segun va asimismo arriba dicho, sin solicitar para ello el consentimiento de persona alguna; y despues de puesto en ella, le defiendan en la misma; haciendo que se acuda íntegramente al Rey Cárlos, ó al enunciado su apoderado, y á todos aquellos á cuyo favor aconteciere hacerse las referidas ventas, traspasos, asignaciones y enagenaciones; con los frutos, rentas, productos, derechos y obvenciones de dichos bienes; y publicando solemnemente las presentes Letras nuestras, y todo lo contenido en ellas; siempre que fuere necesario, y sean para ello requeridos por el mismo Rey Cárlos, ú otro ú otros en su nombre, ó por aquellos á cuyo favor se hicieren las citadas ventas y enagenaciones; y asistiéndoles con el auxîlio de una defensa eficaz, en razon de lo aquí antecedentemente referido, hagan que el propio Rey Cárlos, y qualesquiera otros que en qualquier tiempo los obtuvieren, gocen y disfruten pacíficamente de todas y cada una de las cosas arriba expresadas; y que sean por todos firme é inviolablemente observadas las desmembraciones, separaciones, aplicaciones, apropriaciones, y ventas, traspasos, asignaciones y enagenaciones hechas en virtud de las presentes, y qualesquiera cosas que de ellas se sigan; sin permitir que los poseedores, que en qualquier tiempo fueren, de los enunciados bienes, sean indebidamente molestados, perturbados, ó inquietados en su razon, por los Arzobispos, Obispos, Prebostes, Priores, Cabildos, Abades, Abadesas, Monasterios, Conventos, ú qualesquiera otros; reprimiendo á qualesquiera contradictores y contumaces, y á los que les den á estos consejo, auxîlio ó favor, por los conducentes remedios del derecho, y aun por medio de multas pecuniarias, que serán arregladas y aplicadas á su arbitrio; é invocando tambien para esto, si fuere necesario, el auxîlio del brazo seglar.

Sin que obsten las constituciones de Bonifacio VIII sobre una jornada, y del Concilio general sobre dos; de Simaco y Paulo II, y de Paulo IV, y otros Pontífices Romanos nuestros Predecesores, sobre que no hayan de enagenarse las cosas, ni los bienes de la Iglesia, sino baxo de cierta forma; ni las demas constituciones y disposiciones apostólicas, ni las dadas por punto general, ó en casos particulares, en los Concilios sinodales y provinciales, y en qualesquiera otros; ni los estatutos y costumbres de las Iglesias, Monasterios, Prioratos, Prebostazgos, Cabildos, Conventos, Dignidades, Oficios, Mesas, Ordenes y Lugares, de que va hecha mencion arriba; que sean en contrario, aunque esten corroborados, o corroboradas, con juramento, confirmacion apostólica, ó con qualquiera otra firmeza; ni los privilegios, indultos y Letras apostólicas concedidas, confirmadas é innovadas á favor de los mismos Monasterios, Iglesias, Prioratos, Ordenes, Lugares y demas arriba indicados, y á sus superiores; baxo qualesquiera tenores y formulas, y con qualesquiera cláusulas, aun derogatorias de las derogatorias, ú otras mas ámplias y no usadas, y decretos irritantes, ú otros; aunque lo hayan sido tambien *motu proprio*, de cierta ciencia, y con la plenitud de la potestad, y aun consistorialmente, y con el dictámen y asenso de nuestros Venerables Hermanos los Cardenales de la Santa Iglesia Romana, ó en otra qualquiera forma; y aunque dispongan, que los enunciados bienes no puedan ser desmembrados y

separados, y que las desmembraciones y enagenaciones de ellos en qualquier tiempo hechas, aun por los Pontifices Romanos ó en otra forma, sean y hayan de ser de ningun valor y efecto; y que los citados privilegios, indultos, concesiones y Letras no puedan ser derogados ni derogadas, sino es observados ciertos modo y forma en ellos y ellas expresados, é insertándose palabra por palabra todo su tenor; y que la derogacion hecha de otro modo, no sirva á nadie; ni tampoco el que los mismos bienes, desmembrados y enagenados, hayan sido dexados ó donados á las Iglesias, Ordenes, Lugares, Legados y demas Fundaciones piadosas; y en las disposiciones testamentarias, codicilos y últimas voluntades, u otros contratos, se prevenga expresamente que no puedan invertirse en los usos y utilidad de otro, que no sean los arriba insinuados, ni ser de otra manera enagenados; y que en el caso de la tal enagenacion deban, en virtud de lo dispuesto en los indicados contratos y últimas voluntades, ser aplicados á otro cierto Lugar piadoso, todas y cada una de las quales cosas, teniendo por expresados en las presentes sus tenores, como si estuviesen insertos palabra por palabra, con la forma en ellas prescrita; igualmente *motu proprio*, de cierta ciencia y con la plenitud de la potestad apostólica (habiendo de quedar por lo demas en su vigor y fuerza) las derogamos especial y expresamente; y sin que tampoco obste el que acaso á los Arzobispos, Obispos, Cabildos, Abades, Abadesas, Priores, Prebostes, Monasterios, Conventos y demás arriba insinuados, estuviere concedido por la sobredicha Sede indulto, para que no puedan ser puestos en entredicho, suspensos, ó excomulgados en virtud de Letras apostolicas, en que no se haga plena y expresa mencion, palabra por palabra, de dicho indulto.

Pero es nuestra voluntad, que el mencionado Rey Carlos cuide diligentemente de que los enunciados bienes no sean de ningun modo enagenados por sus Ministros, ni de otra manera alguna, en virtud de las presentes, fuera del valor correspondiente á la renta anual libre de doscientos mil ducados de oro de Cámara; gravando sobre esto su conciencia; y que á los trasuntos ó exemplares de las mismas présentes Letras, firmados de mano de algun notario ó escribano público, y sellados con el sello de uno de los indicados Executores, ó de otra persona constituida en dignidad eclesiástica; se dé absolutamente, en juicio y fuera de él, igual fé, que se daria á las presentes, si fuesen exhibidas, ó mostradas.

Dado en Roma, en Santa María la Mayor, sellado con el sello del Pescador, el dia catorce de Junio de mil ochocientos y cinco, año sexto de nuestro Pontificado.

Por el Señor Cardenal Braschi Honesti.

G. Berni, substituto.

En lugar ✠ del sello del Pescador.

Visto bueno por el Agente general nacional de su Magestad Católica en Roma á quince de Junio de mil ochocientos y cinco.

Antonio de Vargas. = Con rubrica.

Está escrito en vitela.

Certifico yo Don Leandro Fernandez de Moratin, del Consejo de S. M., su Secretario y de la Interpretacion de Lenguas: que este traslado de un Breve de S. S. es conforme á su original, y que la traduccion que le acompaña está bien y fielmente hecha; lo que he executado de órden del Real y Supremo Consejo: y para mayor integridad se ha copiado á la letra el Visto bueno que en castellano tiene al pie el original. Madrid veinte y tres de Agosto de mil ochocientos y cinco. = Don Leandro Fernandez de Moratin.

Don Bartolomé Muñoz de Torres, del Consejo de S. M., su Secretario, Escribano de Cámara mas antiguo y de Gobierno del Consejo, certifico: que con Real órden de S. M. de doce de este mes, comunicada por el Excmo. Sr. D. Miguel Cayetano Soler, Secretario de Estado y del Despacho Universal de Hacienda, se remitió al Consejo para su pase este Breve, expedido por S. S. con fecha en Roma á catorce de Junio próximo, relativo á conceder facultad a S. M. para proceder á la venta de bienes eclesiásticos hasta la cantidad que produzca anualmente doscientos mil ducados de oro de Cámara; subrogándolos en la Real Caxa de Consolidacion. Y visto por los Señores del Consejo, con lo que han expuesto los tres Señores Fiscales, en decreto de hoy concedieron el pase al citado Breve, sin perjuicio de las regalías de S. M. Y para que conste al dorso de él lo firmo en Madrid á veinte y tres de Agosto de mil ochocientos y cinco. = Don Bartolomé Muñoz.

Habiéndose pasado tambien de mi Real órden al Consejo el Breve que se cita en el anterior, expedido con la propia fecha al M. R. Nuncio de su Santidad en estos reynos para la eleccion de las dos personas constituidas en preeminente dignidad eclesiástica, á quienes encarga el Santo Padre la execucion del Breve de concesion que se ha copiado, y dádosele por el mismo Consejo el correspondiente pase, se remitió por el citado mi Secretario del Despacho de Hacienda al M. R. Nuncio; y este en su puntual cumplimiento ha hecho el nombramiento de los dos Executores en los términos que constan del Despacho que con insercion del Breve y su traduccion dice á la letra así:

Pedro Gravina, de la Casa de los Duques de San Miguel, y de la de los Príncipes de Montevago, Grande de España de primera clase, por la gracia de Dios y de la Sede Apostólica, Arzobispo de Nicea, Abad Comendatario de Santa María de Rocamadore, de la Diócesis de Mesina en el Reyno de Sicilia; Prelado Doméstico de nuestro Santísimo Señor Pio VII, por la Divina Providencia Papa, Asistente al Solio Pontificio, y Nuncio de la misma Santa Sede, con potestad de Legado *de Latere* en estos reynos de España &c. A los Circunspectos y Excelentísimos varones los Señores Don Josef Eustaquio Moreno, del Consejo de Estado de la Sacra Católica Magestad, y Colector general de Espolios y Vacantes; y Don Patricio Martinez de Bustos, Comisario general de la Santa Cruzada, y de las Gracias Apostólicas del Subsidio y Excusado; ambos Grandes Cruces de la ilustre y distinguida órden de Cárlos III. salud y sincero afecto en el Señor.

El sobredicho Papa nuestro Santísimo Señor se ha dignado expedir unas letras, selladas con el sello del Pescador, el dia catorce de Junio de este año, dirigidas á Nos, del tenor siguiente.

„A nuestro venerable Hermano Pedro, Arzobispo de Nicea, Nuncio nuestro y de la Sede Apostólica en los reynos de España. = Pio VII Papa. = Venerable Hermano: salud y la bendicion apostólica. Movidos de unas causas gravísimas, y condescendiendo benignamente con los deseos de nuestro muy amado en Christo hijo Cárlos, Rey Católico de España, hemos dado facultad para desmembrar y separar de cierto modo y forma la porcion de bienes eclesiásticos sitos en los reynos de España que corresponda á la renta anual libre de doscientos mil ducados de oro de Cámara, y no mas; y para que despues que el mismo Rey hubiere asignado á cada uno una cantidad igual anual de frutos o réditos que habrá de satisfacerse realmente y con efecto por la Real Caxa de Consolidacion y Extincion de la moneda de papel representativa, llamada vulgármente Vales Reales, pueda apropiarse á si los mismos bienes, sin

pedir de ningun modo el consentimiento de los que respectivamente los obtenian; y sucesivamente venderlos, traspasarlos, asignarlos y enagenarlos, á efecto de que el precio que se sacare de esto se invierta puntualmente en la extincion del enunciado papel moneda, y en el alivio de las gravísimas y urgentísimas necesidades del Reyno de España, como mas por extenso se contiene en otras letras nuestras, expedidas en este mismo dia en igual forma de Breve, cuyo tenor es nuestra voluntad se tenga por expresado é inserto palabra por palabra en las presentes. Y mediante que, á fin de que no se verifique ninguna dilacion en un negocio de tanta gravedad, hemos destinado para Executores de las sobredichas letras Apostólicas á dos personas constituidas en dignidad eclesiástica preeminente, que fueren, en virtud de especial mandato nuestro, nombradas y declaradas por tí; por tanto, confiando mucho de la prudencia é integridad tuya, Hermano nuestro, por las presentes te damos comision y concedemos facultad para que en nombre nuestro y de la Sede Apostólica, conforme á la instruccion nuestra, elijas y designes para dicho efecto una y otra personas eclesiásticas, que sean notoriamente las mas dignas, aptas é idóneas para poner juntamente en su completa execucion las enunciadas cosas por el método oportuno por Nos prescrito. Pero siendo nuestra mente y voluntad que de los bienes eclesiásticos que han de ser desmembrados y separados, segun va aquí antecedentemente expresado, se deban exceptuar los raices ó fincas que corresponden y pertenecen con pleno, libre y alodial derecho á las Iglesias Catedrales y Colegiatas; y á los Monasterios y Conventos, así de hombres como de mugeres, y tambien los fundos llamados vulgarmente Manses, asignados para la manutencion de las Iglesias parroquiales y para las cóngruas de los Párrocos, en esta atencion queremos tengan entendido los Executores de las mismas letras apostólicas que los enunciados bienes raices ó fincas no han de ser de ningun modo enagenados. Sin que obsten las citadas letras nuestras, ni otras qualesquiera cosas que sean en contrario, aunque de ellas se debiese hacer expresa é individual mencion. Dado en Roma en Santa María la Mayor, sellado con el sello del Pescador el dia catorce de Junio de mil ochocientos cinco, año sexto de nuestro Pontificado.= Por el Señor Cardenal Braschi Honesti.= G. Berni, substituto= En lugar ✠ del sello del Pescador.

Visto bueno por el Agente general nacional de S. M. Católica en Roma á quince de Junio de mil ochocientos cinco.= Antonio de Várgas.

Don Bartolomé Muñoz de Torres, del Consejo de S. M., su Secretario, Escribano de Cámara mas antiguo y de Gobierno del Consejo, certifico: que con Real órden de S. M. de doce de este mes, comunicada por el Excmo. Sr. D. Miguel Cayetano Soler, Secretario de Estado y del Despacho universal de Hacienda, se remitió al Consejo para su pase este Breve, expedido por su Santidad con fecha en Roma á catorce de Junio próximo, y dirigido al M. R. en Christo P. Arzobispo de Nicea, Nuncio apostólico en estos reynos, especificando los bienes eclesiásticos que deben exceptuarse de la enagenacion para que se concede facultad á S. M. por otro de la misma fecha hasta la cantidad que produzca anualmente doscientos mil ducados de oro de Cámara, cuya subrogacion ha de hacerse en la Real Caxa de Consolidacion; y en virtud del qual el mismo M. R. Nuncio nombrará dos personas constituidas en dignidad eclesiástica para su execucion. Y visto por los Señores del Consejo, con lo que han expuesto los tres Señores Fiscales, en decreto de hoy, concedieron el pase al citado Breve, sin perjuicio de las regalías de S. M. Y para que conste al dorso de él lo firmo en Madrid á veinte y tres

de Agosto de mil ochocientos y cinco.= Don Bartolomé Muñoz."

Y habiéndosenos remitido de órden del mismo Rey Católico á Nos por el Excelentísimo Señor Don Miguel Cayetano Soler, su Secretario de Estado y del Despacho de la Real Hacienda, las preinsertas letras apostólicas, Nos, recibiendo las dichas letras apostólicas con la reverencia debida, y en su obedecimiento, y condescendiendo gustosísimamente con la voluntad de la dicha su Magestad Católica, hemos tenido á bien que se proceda inmediatamente á su execucion.

Y por tanto, constándonos ciertamente que Vosotros, por razon de vuestras singulares virtudes y pericia en el manejo de los negocios, y de los distinguidos empleos que loablemente exerceis, sois en sumo grado de la aceptacion, así del Papa nuestro Santísimo Señor, como de la Sacra Católica Magestad; usando de la autoridad apostólica á Nos concedida en virtud de las sobredichas letras, por el tenor de las presentes os elegimos, designamos, nombramos y constituimos por Executores de las letras apostólicas expedidas por el expresado Papa nuestro Santísimo Señor en igual forma de Breve y en el mismo dia, y de las cosas contenidas en las própias letras, á fin de que, observando todo lo prescrito en el citado Breve apostólico, podais proceder á su execucion con arreglo á las mismas letras apostólicas, y conforme á la mente y voluntad de su Santidad.

Sin que obsten todas las cosas que el dicho nuestro Santísimo Señor en las mencionadas sus letras Apostólicas quiso que no obstasen.

Dado en en Real Sitio y abadía de S. Ildefonso el dia diez de Septiembre, año del Señor mil ochocientos y cinco, y sexto del Pontificado del sobredicho Papa nuestro Santísimo Señor. = Pedro, Arzobispo de Nicea. = Lugar ✠ del sello del dicho Excelentísimo Señor Don Pedro Gravina, Arzobispo de Nicea, Nuncio Apostolico en España, impreso en oblea encarnada cubierta de papel.

Dr. D. Francisco Patricio de Berguizas, Abreviador. = Con rúbrica.

Registrado en el libro de Breves, folio 53, año 1805. = Está rubricado.

Certifico yo D. Leandro Fernandez de Moratin, del Consejo de S. M., su Secretario y de la Interpretacion de lenguas: que el traslado antecedente de un Despacho del M. R. Nuncio Apostólico en estos reynos, es conforme á su original, y que la traduccion que le acompaña está bien y fielmente hecha; lo que he executado de órden del Real y supremo Consejo. Madrid treinta de Septiembre de mil ochocientos y cinco. = D. Leandro Fernandez de Moratin.

La necesidad y conveniencia de que en asunto tan importante se proceda con uniformidad de sistema, y con la actividad que aseguren su execucion pronta, en alivio de los gravísimos males á que el Santo Padre destina la gracia pontificia contenida en los Breves insertos, movieron mi Real ánimo á mandar á la Comision gubernativa, que ha de ser executora de la parte correspondiente á mi jurisdiccion, que se pusiese de acuerdo con los dos Jueces executores nombrados por el M. R. Nuncio para el establecimiento de las reglas que han de gobernar en la eleccion de los bienes eclesiásticos que se enagenen; en la averiguacion de su anual producto, deduccion de cargas y gastos, y regulacion de su renta líquida; en el reconocimiento de su importe por la Real Caxa á los actuales y siguientes poseedores; y en la sucesiva venta de las fincas desmembradas de la Iglesia y aplicadas por su Santidad á la misma Real Caxa: y tambien mandé que formadas las reglas se pasasen al mi Consejo, para que se expidiera con insercion de ellas la cor-

respondiente Real Cédula; cuya determinacion le fué comunicada de mi órden en diez de Septiembre próximo. La Comision gubernativa y los Jueces executores formáron en conseqüencia de comun acuerdo, y se pasáron al mi Consejo, las reglas que tuviéron por convenientes y se comprehenden en los capítulos que siguen.

1. Luego que los Comisionados, que serán nombrados por mi á propuesta de la Comision gubernativa en las diferentes diócesis de España, reciban su nombramiento y esta Real Cédula, en que se insertan los Breves de su Santidad de catorce de Junio último, con el nombramiento de Jueces executores hecho por el M. R. Nuncio de la Santa Sede en estos mis reynos, procederán á averiguar quales y quantos son los bienes eclesiásticos que por su tenor se sujetan á la venta, y exîsten en el territorio de su comision; formando lista de ellos en que se explique su calidad, renta anual, situacion y proporciones que los hagan mas ó menos estimables en el concepto de los vecinos del pueblo, su comarca ó provincia, y por las quales pueda esperarse una pronta y ventajosa venta, á fin de que con este conocimiento se haga la eleccion de los que convengan.

2. En esta lista comprehenderán los Comisionados todos los bienes que gocen los M. RR. Arzobispos, RR. Obispos, Prebostes, Dignidades, Cabildos de catedrales ó colegiatas, Abades, Abadesas, Monasterios y Conventos de ámbos sexôs, Mesas capitulares, Fábricas de iglesias, Parroquias y Párrocos.

3. Igualmente deberán comprehender los bienes eclesiásticos que pertenezcan á Cofradías, Congregaciones, Capítulos ó Corporaciones de clérigos que con qualquiera otro nombre exîstan en los pueblos, las que correspondan á Beneficios, Oficios y Capellanías colativas, y toda otra fundacion ó establecimiento puramente eclesiástico.

4. Las fincas pertenecientes á ciertas fundaciones piadosas que de hecho corren sujetas á la jurisdiccion eclesiástica, aunque falta el auto de juez competente en que se constituyan por dote del beneficio, capellanía colativa, ú otro establecimiento verdaderamente eclesiástico que por el mismo auto se rija, por lo que pudiera decirse que conservan su qualidad de profanas ó laicas, pero sinembargo se han remitido por la Comision gubernativa los expedientes sobre su venta á los juzgados eclesiásticos, se tendrán presentes por los Jueces comisionados y comprehenderán en las citadas listas, notando en ellas su clase.

5. La eleccion de las fincas comprehendidas en las indicadas listas podrá hacerse, bien hayan sido destinadas por los fundadores para dote del establecimiento eclesiástico, que se propusieron por objeto, ó bien se hayan completado con dinero de los fundadores mismos por las Iglesias, Monasterios, Comunidades y poseedores para hipoteca y seguridad de la fundacion que contenga la carga, gravámen ó servidumbre que el referido fundador señaló y les impuso por testamento, codicilo ú otra última voluntad ó por donacion ó qualquiera contrato entre vivos.

6. De estas reglas generales se exceptúan los bienes raices ó fincas que correspondan con pleno, libre y alodial derecho á las Iglesias catedrales y colegiatas, y á los Monasterios y Conventos, así de hombres como de mugeres, y tambien los fundos llamados *Mansos* asignados para la manutencion de las Iglesias parroquiales, ó para las cóngruas de los Párrocos, los quales en algunas provincias de España se conocen tambien con los nombres de Mansos canónicos, *Dextros* ó *Iglesarios*; cuyas fincas no se sujetan á la enagenacion segun el tenor del Breve que queda inserto, expedido al M. R. Nun-

cio para la nominacion de las personas eclesiásticas executoras del Breve de concesion.

7. De consiguiente los Jueces comisionados no las incluirán en sus listas; pero si deberán averiguar y poner en ellas los bienes que posean las Iglesias catedrales y colegiatas, y los Monasterios y Conventos de uno y otro sexô con alguna carga, gravámen ó servidumbre diaria, semanal, mensual, anual ó de otro modo, ó cuyos frutos y rendimientos no los perciban por entero por tener obligacion de aplicar parte de ellos á otro objeto, todo en virtud de disposicion de los donadores ó fundadores; respecto de que en qualquiera de estos casos no se verifica gozarlos los poseedores eclesiásticos con pleno, libre y alodial derecho.

8. Tampoco incluirán los Comisionados en dicha lista los señorios temporales y jurisdicciones que poseen las Mitras y otras dignidades eclesiásticas de estos reynos, ni los oficios, rentas, fincas, efectos y derechos anexos á ellos, y emanados del Real Patrimonio, de que trata la Real Cédula expedida por mi Consejo de la Cámara de veinte y cinco de Febrero de este año.

9. Si para averiguar la calidad de la fundacion ó de los bienes, ó las cargas y gravámenes que estos tengan, necesitaren los Comisionados algunas noticias que no puedan adquirir por sí, las pedirán á los M. RR. Arzobispos, RR. Obispos, Abades, Abadesas y Prelados seculares y regulares con jurisdiccion ordinaria ó privilegiada, y estos se las facilitarán, haciendo que se les pongan de manifiesto los libros de visita, las tablas de cargas ó memorias, los repartimientos del subsidio, y los demás papeles que necesitaren, y que se les den las relaciones juradas que pidieren á los poseedores de los mismos bienes, qualquiera que sea su dignidad.

10. Formada por el Comisionado la citada lista, la remitirá á la Comision gubernativa á la mayor brevedad posible, indicando los bienes que estime mas á propósito, segun lo prevenido en el capítulo primero; pero sinembargo avisará de ocho á ocho dias de todas las fincas que fuere descubriendo, con la própia indicacion é informe de sus calidades.

11. Para esta operacion no se detendrá el Comisionado á investigaciones prolixas ni judiciales; y contentándose con las noticias de las qüotas en que esten arrendadas las fincas, con los informes que le dieren de lo que produzcan en administracion, y con la opinion que en el pueblo ó provincia se tenga de la buena, mediana ó ínfima calidad de la finca, y concurrencia que puede haber de compradores, reservará para la liquidacion de las rentas, que ha de servir de presupuesto á la recompensa, el exámen legal, menudo y exâcto de los legítimos rendimientos y cargas de las fincas.

12. La Comision gubernativa, con presencia de estas listas ó noticias, elegirá los bienes que comprehendan en el todo ó parte, si los hallare de las calidades necesarias; y en este caso luego que el Comisionado reciba sus órdenes, hará entender la eleccion por medio de oficio al M. R. Arzobispo, R. Obispo, Prelado, ó Juez eclesiástico ordinario ó exênto, a cuya jurisdiccion toque, y al poseedor de los bienes electos, sea comunidad, dignidad o particular, para que se proceda á la averiguacion y liquidacion de la renta que han producido en el quinquenio desde mil setecientos noventa y ocho hasta mil ochocientos y dos, y á sacar la que corresponde al año comun de él, hechas todas las deducciones legítimas.

13. En caso de que el poseedor de la finca ó el Juez eclesiástico promuevan alguna dificultad en que se lleve á efecto la eleccion, propondrán de un acuerdo las razones que uno y otro tengan respectivamente para sostenerla ó

impugnarla, á fin de que en su vista puedan los Jueces executores del citado Breve resolver la duda y tomar las demas providencias convenientes, declarando si están ó no comprehendidas en su decision general, ó en las excepciones que contiene.

14. Resuelta la duda de la reclamacion, ó no habiéndola, procederán los M. RR. Arzobispos, RR. Obispos ú Ordinarios locales, ó las personas que deleguen juntamente con los Comisionados regios á graduar el rendimiento líquido anual de la finca elegida por el producto que haya tenido en el citado quinquenio.

15. Para ello se tendrán á la vista la escritura ó escrituras de arrendamiento de la misma finca, si hubiese estado arrendada en todos ó cada uno de los cinco años; las cuentas que hayan dado los administradores, si se hubiere administrado en el mismo tiempo, con los recados de su justificacion y providencia de aprobacion; y relaciones juradas de los poseedores en el caso de que por sí propios hayan corrido con el cultivo de la hacienda, recoleccion y venta de sus frutos: y además será un preciso comprobante de la produccion de la finca el recibo de los diezmos pagados en el mismo quinquenio, y tiempo en que se haya administrado.

16. Quando la renta del arrendamiento sea en frutos, dará el arrendatario una relacion jurada del valor que tuviéron en los tres tiempos de cosecha, intermedio y próximo á la siguiente, que son las tres épocas mas oportunas y regulares para deducir el precio medio que pueda servir de regla á fixar su valor anual. Al mismo tiempo se pondrá testimonio por el escribano de Ayuntamiento del pueblo donde se halle la finca, ó del mas inmediato en que hubiere mercado, en que se exprese el precio que hayan tenido los granos y frutos de su produccion en los tres tiempos citados; y este comprobante lo será tambien de las relaciones juradas que han de dar los poseedores quando manejen por sí las haciendas, y de las cuentas que dieren sus administradores.

17. La falta de escritura ó papel de arrendamiento y de cuentas se suplirá por relaciones juradas de los mismos arrendatarios ó administradores junto con la de los poseedores; y en este caso ó en qualquiera otro en que habiendo ó no aquellos documentos, tuviesen el Comisionado ó el Ordinario eclesiástico alguna duda que no puedan resolver por sí mismos, se recibirá informacion de testigos juiciosos, inteligentes é imparciales, ó se exâminarán peritos que declaren lo que les conste y entiendan sobre los puntos dudosos para ponerlos en la claridad conveniente: de modo que ni se perjudique al poseedor de la finca en su renta, ni se grave á la Consolidacion con una recompensa superior á la que realmente merece.

18. Por estos y otros medios que las costumbres ó las circunstancias de los pueblos pueden facilitar, se apurará el valor ó rendimiento anual de los bienes en dichos cinco años; mas para liquidarle resta que el Comisionado y el Juez eclesiástico sean igualmente diligentes en investigar las cargas perpetuas ó temporales, ciertas ó variables que tengan sobre sí la finca y sus rendimientos, á fin de señalar la quota neta que queda para el poseedor, y que constituye la verdadera renta que se le ha de pagar en lo sucesivo sin descuento alguno por la Consolidacion.

19. A este fin es preciso reconocer los títulos de pertenencia de la finca, la fundacion á que toca, y los repartimientos del subsidio ó de otra qualquiera contribucion á que se sujeten sus valores, cuyas cargas deben ser conocidas y ciertas, bien sean reales, como censos, treudos, enfiteusis y otras semejantes,

ó bien puedan recibir diversa acepcion y nombre, qualquiera que sea y se les dé por el fundador ó el Ordinario eclesiástico al crear y erigir el beneficio ó capellanía, ó al dotar el aniversario, la fiesta de Iglesia, la prestacion de limosna ó de dotes, ú otras cargas impuestas á los bienes dexados á las Iglesias, Monasterios, Comunidades ó Beneficiados á favor de un tercero, para que se utilizáran de las partes restantes despues de cubiertas estas obligaciones.

20. Otras cargas son inseparables de las mismas fincas, ya para su conservacion y beneficio, ó ya para su administracion ó manejo; por exemplo, en fincas urbanas ó artefactos de molinos, batanes y otros semejantes, o en predios rústicos en que haya acequias ó presas, es necesario regular los gastos precisos para su reparacion continua, y para mantener corrientes su habitacion ó uso. El salario del administrador, recaudador ó personas empleadas en el cuidado de la finca y sus rendimientos, es partida que disminuye la renta del poseedor y debe deducirse para sacar el liquido de ella, y lo mismo sucede con los expendios que ocasione el cultivo quando los poseedores lo executen de su cuenta, como se verifica si se administran las fincas, el panerage, apaléo de los granos, el coste de guardas, los huecos de los inquilinatos en las fincas urbanas y otros gastos de esta especie.

21. Por último han de constar en estas averiguaciones todas las causas ó motivos que por qualquier titulo ó nombre minoren la renta del poseedor, regulando su producto ó rendimiento neto anual, de que se le ha de establecer la equivalente recompensa; á cuyo fin y que conste en debida forma, se instruirá un expediente informativo de cada finca, en que los M. RR. Arzobispos, RR. Obispos y Ordinarios locales, juntamente con los Ministros comisionados por mi, declaren unánimemente el verdadero producto liquido anual de ella.

22. En caso de no haber conformidad entre los Ordinarios eclesiásticos y los Comisionados regios, ó de suscitarse algunas questiones ó dificultades acerca de la enunciada regulacion de la renta liquida anual de dichos bienes, ó por otra qualquiera causa, se remitirá el expediente para su decision á los Jueces executores, exponiendo las razones y fundamentos de la diversidad de opiniones ó de las dificultades que ocurrieren, para que asi puedan resolverse con el conocimiento necesario, y con la brevedad que exîge la materia.

23. Si al tiempo de regular la renta de los bienes elegidos para la enagenacion estuviesen vacantes y careciesen de su pastor, se suspenderá esta diligencia y las subsiguientes hasta que tengan sus nuevos rectores, conforme se previene en el Breve.

24. Para que la desmembracion y venta no exceda en lo mas mínimo de la qüota de doscientos mil ducados de oro de cámara, ó sean seis millones quatrocientos mil reales de vellon de renta libre anual, señalada por el Santo Padre, dispondrá la Comision gubernativa que por la Contaduria general de la Real Caxa de Consolidacion se lleve una razon exâctísima de la renta liquida de los bienes que se vayan eligiendo para la venta, en la que se cesará inmediatamente que se haya llenado la expresada qüota.

25. Declarada que sea la renta libre anual de la finca, se dará aviso puntual de su importe á la Comision gubernativa por el Ordinario eclesiastico y el Juez comisionado quando se hallen conformes en su regulacion, y por los Jueces executores quando por discordar aquellos la determinen estos por sí mismos; y al propio tiempo avisarán con la debida distincion el importe anual que en la liquidacion hecha resulte deber invertirse en los objetos piadosos á

que el donador ó fundador la haya destinado, gravando con esta obligicion las mismas fincas, y á sus poseedores con el trabajo y cuidado de su inversion.

26. En virtud de estos avisos se otorgará y firmará por el Presidente de la referida Comision gubernativa á favor de los antiguos poseedores de los bienes elegidos una escritura, por la qual se obligará la Real Caxa á satisfacer con puntualidad y sin desfalco alguno la cantidad ánua á que ascienda dicha renta liquida, hipotecando á su seguridad todos sus arbitrios; y de este documento se tomará la competente razon en la Contaduría general de Consolidacion de Vales. Con las propias formalidades se otorgará tambien por el mismo Presidente de la Comision gubernativa otra escritura ó escrituras de reconocimiento del insinuado importe destinado á objetos piadosos á favor de los mismos poseedores eclesiásticos, ó de los cumplidores respectivos con título de patronato ó sin él, á quienes serán entregadas, para que cobrándolo de la Real Caxa á los plazos que se señalen, puedan distribuirlo conforme á lo prescrito en la fundacion, del própio modo que lo hacian ántes con el producto de la finca elegida, que desde entónces quedará libre de tal gravámen.

27. Practicadas estas diligencias se remitirán las escrituras de recompensa y reconocimiento al Comisionado regio que haya entendido en la regulacion, para que haga se tome tambien la razon de ellas en la Contaduría particular de la misma Consolidacion en la provincia á que correspondan, y se comunicará noticia de haberse hecho á los Jueces executores, á fin de que constando el establecimiento de la recompensa, se finalicen los citados expedientes de regulacion de rentas, y den inmediatamente la órden para que se ponga en posesion corporal, real y actual de los bienes elegidos y dismembrados al Comisionado regio en nombre de la Real Caxa de Consolidacion, y pueda esta en su conseqüencia disponer de ellos libremente.

28. La citada escritura de recompensa se entregará por el Ordinario eclesiástico y el Comisionado regio á la Dignidad, Comunidad ó persona que poseía los bienes elegidos, y en cuya renta regulada se subroga la que se le asigna por este instrumento, que conservarán como titulo de su pertenencia, dexando recibo de haber pasado á su poder á continuacion del mismo expediente. pudiendo ser entregadas tambien las escrituras de reconocimiento de cargas por el Ordinario eclesiástico á los cumplidores respectivos.

29. La persona eclesiástica, la dignidad, la comunidad ó establecimiento que ántes poseia los bienes que se elijan, dismembren y vendan, queda privada por el tenor del Breve de toda accion y derecho á reclamar su propiedad, goce ó posesion; á pretender la nulidad de la dismembracion y venta, y á impugnar la regulacion de sus valores y renta anual que se le señale en el expediente de regulacion con ningun motivo ni pretexto de hecho ni de derecho; reduciéndose puramente su accion á percibir íntegramente de la Real Caxa de Consolidacion la renta de recompensa por años, medios años ó á otros plazos que se señalen y explique la escritura de establecimiento, por quedar esta renta substituida y subrogada perpetuamente en lugar de los mismos bienes dismembrados, separados y vendidos, y sujetos los perceptores de ella á cumplir las mismas cargas y obligaciones personales que tenian y cumplian quando poseian los bienes enagenados: obligaciones y cargas que les impone la dignidad, oficio, beneficio, fundacion ó establecimiento eclesiástico, por razon del qual percibian la renta liquida de los bienes de que se les establece recompensa, y que son diferentes de las deducidas en la regulacion de la expresada renta liquida anual, y reconocida ya en escritura

separada por la Real Caxa, á favor de los respectivos interesados, cumplidores ó distribuidores de su importe.

30. A fin de que en el otorgamiento de las escritutas de recompensa haya expedicion y uniformidad, estarán impresas con los insertos y explicaciones necesarias y convenientes, en papel del sello de oficio y en la forma que corresponde, con los huecos oportunos para llenarlos con los nombres y distintivos de la persona, dignidad, comunidad ó establecimiento eclesiástico que poseia los bienes dismembrados; con su situacion y linderos; con la renta liquida anual que se haya regulado por el Ordinario local y Ministro regio que hubieren entendido en el expediente, y con el pueblo y plazo en que se ha de hacer el pago de dicha renta, regulada á los actuales y siguientes poseedores que obtengan la misma dignidad ó beneficio, ó sea á la Comunidad ó establecimiento á quien perteneceria disfrutar los mismos bienes si no hubiera habido tal venta; expresandose que en su lugar queda subrogada la citada renta liquida de recompensa, y que han de cobrarla siempre integra, sin la mas mínima dilacion ni disminucion, por no deber estar sujeta á valimiento ni á otra reduccion alguna, conforme se previene en el Breve y he tenido á bien mandarlo.

31. Verificada la regulacion de la renta libre de los bienes así designados ó elegidos, y el otorgamiento de la obligacion y escritura de asignacion de igual cantidad anual y perpetua para su poseedor, se considerarán desde luego, segun el tenor de los citados Breves, por dismembrados y separados de los bienes de la Iglesia, y por aplicados y apropiados libremente á la expresada Real Caxa de Consolidacion y Extincion de Vales en mi nombre, sin requerirse para ello ningun consentimiento de los Prelados, ó sea Arzobispos y Obispos, Priores, Prebostes, Abades, Abadesas, Cabildos, Rectores o Curas Párrocos, Conventos, Monasterios y personas que los obtengan, qualquiera que fuere la dignidad eclesiástica con que se hallaren distinguidos, por eminente que sea; y en su consequencia, y de las órdenes que para ello habrán dado los Jueces executores, se pondrá inmediatamente al Comisionado regio en la posesion corporal de los mismos bienes, notificándose á sus arrendatarios ó cultivadores, que desde allí adelante tengan á la própia Real Caxa por dueño absoluto de ellos: todo segun expresamente lo declara su Santidad.

32. Desde el dia del otorgamiento de las escrituras de recompensa y reconocimiento, todos los frutos que produzcan los bienes así elegidos, dismembrados y apropiados á mi Real Caxa de Consolidacion, han de entrar en los Comisionados de esta; los quales darán para su administracion ó arrendamiento, entre tanto que se efectúa la venta, las providencias que estimen convenientes con arreglo á las órdenes que les comunique la Comision gubernativa; y cuidarán de percibir de los frutos pendientes la prorata, segun la costumbre del pais.

33. Aunque el expediente de regulacion de la renta de los bienes elegidos suministrará el dato seguro ó aproximado de todos sus rendimientos, y por ellos se podria formar capital de su estimacion en venta; sinembargo como en esto pudieran ocurrir algunas dificultades, para evitarlas, y consultando á la mayor seguridad de los compradores, se tasarán los bienes por peritos que nombre de oficio el Juez comisionado ántes de la subhasta.

34. Estos peritos han de comprehender y apreciar precisamente y con la debida distincion en las tasaciones, conforme á las reglas que establece la Real Cédula de diez y siete de Enero de este año y á costumbre del pais, todas las cargas reales y perpetuas á que se hallen afectas las fincas, como

son censos, enfiteúsis, treudos, foros &c., de que dará razon puntual el expediente de regulacion de la renta líquida de recompensa que se habrá reconocido á los antiguos poseedores eclesiásticos.

35. Hecha la tasacion, se pondrán carteles anunciando la venta, no solo en el pueblo donde esten sitos los bienes, sino tambien en los de la circunferencia, especialmente donde se presuma podrá haber personas pudientes, y en las cabezas del partido y de la provincia respectiva; y para que ademas se publique en la gazeta y periódicos de la Corte, remitirán los Jueces comisionados notas expresivas de las circunstancias de las fincas, y del dia y parage en que se ha de hacer el remate, á la Comision gubernativa, la qual dispondrá su insercion en ellos. En estos anuncios se señalará para la subhasta el término de treinta dias, con la prevencion de que cumplidos al tercero dia siguiente, habiendo postores, se procederá al remate, celebrándose en las Casas Consistoriales, segun la forma de derecho; y en caso de no haber postores se continuará la subhasta por otros quince dias, anunciándola de nuevo en la própia forma.

36. No se admitirán posturas que no cubran el valor total de las cargas, y las dos terceras partes á lo ménos del líquido que resulte despues de deducidas del importe de la tasacion, ni se concluirá ningun remate que no tiene en metálico estas dos cantidades, ó el todo de la tasa en Vales.

37. Al tiempo de hacer las posturas declararán precisamente los compradores si han de deducir ó no el importe de las cargas á que esten afectos los bienes, llevándolos con ellas si lo han de entregar de ménos al satisfacer el precio del remate, ó libres de todo gravámen si han de pagar el total precio de la venta; y se tendrá por mejora en las subhastas la oferta de aprontar el todo sin deduccion de cargas.

38. Una vez hecha qualquier postura con oferta del todo ó porcion determinada de su importe en metálico, no se admitirá ya ninguna puja que no lleve la condicion de haber de entregar en la própia especie la cantidad ofrecida. Y por el contrario, se considerará como mejora la oferta de pagar en efectivo qualquiera parte del valor de la postura que estuviere hecha á Vales.

39. El Comisionado que ha de ser el juez de estas subhastas remitirá el expediente dentro de tercero dia preciso siguiente al remate á la Comision gubernativa para su aprobacion ó la providencia que convenga, conforme al estado y legitimidad de las diligencias: con la qual se le devolverá sin el menor retraso; señalando al mismo tiempo los términos correspondientes para las tres mejoras del *medio diezmo*, *diezmo entero* y *quarto*, que serán admitidas en estas ventas.

40. El Juez comisionado, luego que reciba el expediente, publicará la aprobacion del remate y señalamiento de términos hecho por la Comision gubernativa para dichas pujas; á fin de que corridos pase la persona, en cuyo favor se haya celebrado, á hacer inmediatamente el pago de su importe al Comisionado administrador de la Real Caxa mas inmediato, recogiendo de él recibo interino, que le servirá de resguardo hasta que se le entregue una certificacion de la Contaduria general de Consolidacion, por la qual conste en debida forma el enunciado pago; y con precisa exhibicion de ella el Juez comisionado le pondrá en posesion de la finca, y otorgará la correspondiente escritura de venta; entregándole tambien los títulos de pertenencia de la finca, que poseyesen los antiguos dueños, y que deben haber presentado, como se indica en el capitulo diez y nueve.

41. Para que los compradores no experimenten dilacion en tomar posesion de las fincas despues que hayan satisfecho el remate, deberán los Comisionados dar aviso á la Contaduría general de Consolidacion del percibo de su precio, precisamente en el correo inmediato al dia en que se verifique la entrega; en la inteligencia de que la certificacion se les remitirá á correo seguido por la Contaduría general.

42. Estos contratos así celebrados serán inviolables, y contra ellos no se propondrán por mí, ni por la Real Caxa en ningun tiempo demandas de lesion, ni otras dirigidas á invalidarlos: tampoco tendrá nunca lugar por estas ventas accion alguna de retracto ó incorporacion de parte de la Corona, ni otra preferencia; ni finalmente estarán jamas sujetos los bienes que en virtud de tales ventas pasen á poder de sus compradores á valimiento alguno, porque han de permanecer siempre en su naturaleza y qualidad de bienes particulares.

43. Para que sea uniforme el tenor de las escrituras de venta, y su otorgamiento mas breve y ménos costoso á los compradores, estarán impresos los exemplares de ellas en papel sellado con insercion del Breve y de las demás cláusulas oportunas á la seguridad de los compradores; de modo que solo haya que llenar los huecos que se dexen en claro, y en que se pondrán de letra manuscrita los nombres del poseedor, dignidad, comunidad ó establecimiento eclesiástico, á que pertenecian las fincas, su situacion y linderos, precio de la enagenacion, dia en que se hizo el pago, nombre del comprador y las cargas reales con que la ha recibido, si llevare algunas. La impresion de los exemplares de escrituras se hará en papel del sello quarto, y en caso de que el importe de la venta exija sello superior, abonará el comprador á la renta del papel sellado la restante cantidad, poniéndose por nota en la misma escritura, y quedando el Juez comisionado obligado baxo su responsabilidad á que así se execute.

44. Estas escrituras contendrán además de las cláusulas ordinarias de seguridad, que se acostumbran poner en los instrumentos de esta especie, y de las extraordinarias contenidas en los capítulos de esta mi Real Cédula, la de eviccion y saneamiento absoluto, que ha de hacer la Real Caxa de Consolidacion á los compradores, saliendo en su lugar y nombre á la voz y defensa de qualquiera accion, recurso ó instancia que se deduzca contra dichos bienes, y quedando responsable á todas sus resultas; pues verificado que sea el pago del precio de la venta, no ha de ser inquietado el comprador por derecho ni título alguno en la posesion de su finca, así por parte de la Real Hacienda, como de los particulares; dirigiéndose qualquiera accion que se deduxere contra la Real Caxa, que será la que deberá responder de ello y los jueces mandarlo, sin que para esto sea necesario juicio ni discusion alguna, bastando solo el constar que ha sido finca vendida en virtud y á consequencia de dicho Breve. Y si se moviere pleyto sobre el dominio de la finca enagenada, ó se la persiguiere por qualquier derecho de hipoteca, afeccion ó gravámen, los efectos de la sentencia executoriada en favor del demandante recaerán sobre la renta líquida, regulada y subrogada en lugar de la finca, y de ningun modo sobre esta por haber sido dismembrada y vendida en el concepto de corresponder en propiedad al poseedor eclesiastico y no ser responsable á tales gravámenes, y porque mi Real ánimo y terminante voluntad es que en ningun caso se turbe la pacífica posesion y propiedad de los nuevos compradores.

45. Como estas ventas se verifican quando ya están los bienes seculariza-

dos y profanos, y conviene que se guarden las leyes en favor de sus compradores, declaro para evitar dudas, que los escribanos ante quienes se otorgaren las citadas escrituras de enagenacion, están obligados á observar en ellas lo mandado en la Real Pragmática Sancion de treinta y uno de Enero de mil setecientos sesenta y ocho acerca de la toma de razon en la Contaduria de Hipotecas del partido á que pertenezca el pueblo en que esten sitos los bienes que se vendan.

46. Los derechos que se devenguen en la actuacion del expediente de subhasta y otorgamiento de la escritura de venta se pagarán por el comprador solo, ó por este y la Real Caxa conforme á la práctica del pais, á excepcion del pago de peritos que executen las tasaciones, el qual se hara siempre por la Caxa, así como los licitadores deberán abonar de su cuenta los derechos que causen con sus pretensiones particulares.

47. Se declaran inadmisibles las posturas y mejoras que se hicieren directa é indirectamente por los Jueces comisionados, escribanos y oficiales del juzgado, por los tasadores y por los Comisionados, administradores de la Real Caxa, y de consiguiente nulos los remates que se celebren á su favor.

48. Las subhastas se autorizarán por el escribano de la Comision si fuere notario de los reynos, como es indispensable para actuar en todos los pueblos á que se extienda, y en caso de no serlo se executarán ante el escribano del número que elija el Juez comisionado en el pueblo en que esten sitos los bienes.

49. Quando las fincas elegidas y dismembradas que se destinan á la venta, fuesen de corto valor, de modo que no pase cada una de seis mil reales vellon á lo ménos, bien fuesen pertenecientes á una sola dignidad, beneficio, comunidad ó fundacion, o bien hubieren correspondido á varias, se podrán publicar á un mismo tiempo en los carteles que se fixen convocando postores; bien que esto no quita el que en cada una haya de haber su respectiva tasacion y remate.

50. En las primeras ventas de los bienes separados de la posesion de los referidos establecimientos y dignidades eclesiásticas en virtud del Breve que queda inserto, no se exigirán alcabalas ni cientos: ni tampoco se adeudarán laudemios ó veintenas á favor de los dueños directos, los quales no tendrán derecho al tanteo, ni á que caiga la finca en comiso por no haber precedido su licencia para esta venta.

51. Los Jueces comisionados procederán en todos los puntos de su comision, que se han expresado, en virtud de las facultades que para ello les concedo, con absoluta inhibicion de las justicias y tribunales del reyno y de los Intendentes, explicándose así ademas en la Real Cédula que se les expida, y en el titulo de su nombramiento.

52. Los expedientes de la regulacion de renta liquida anual de los bienes eclesiásticos, que se dismembraren y vendieren, luego que esten concluidos se custodiarán por los respectivos Ordinarios locales en el parage en que lo dispusieren; pero con la condicion de manifestarlos siempre que por parte de la Real Caxa ó de los Ministros Reales se pidieren por necesitar algunas de las noticias que contengan; y los de subhasta y remate serán remitidos ó entregados por los respectivos Jueces comisionados, á medida que fueren concluyendo sus encargos a la Comision gubernativa, la qual dispondrá que se coloquen y conserven reunidos en su archivo.

Visto todo en el mi Consejo, con lo que han expuesto mis tres Fiscales, por decreto de siete de este mes acordé que para la execucion de lo

dispuesto en los expresados Breves y en las reglas que van insertas, se expidiese esta mi Cédula. Por la qual encargo á los M. RR. Arzobispos, RR. Obispos, sus Provisores, Vicarios y demás Jueces eclesiásticos de estos reynos con jurisdiccion *vere nullius*, á los Cabildos de las Iglesias metropolitanas, catedrales y colegiatas, y á los Superiores ó Prelados de las Ordenes regulares y de las militares, Párrocos y demás personas eclesiásticas á quienes en qualquier manera corresponda, concurran cada uno por su parte en lo que le toca á la puntual observancia de los referidos Breves, y de las reglas que quedan insertas en esta mi Cédula; la qual será dirigida tambien por los expresados Executores eclesiásticos á los mismos Prelados seculares y regulares, Cabildos y demás, con las ordenes que tengan por oportunas al cumplimiento de lo tocante á la jurisdiccion eclesiástica en uso de las facultades con que se hallan autorizados por su Santidad. Y mando a todos los Jueces y justicias de estos mis reynos, y demas á quienes pertenezca, guarden y cumplan esta mi Real Cédula en lo que les corresponda, sin contravenirla ni permitir se contravenga en manera alguna, prestando en caso necesario los auxilios correspondientes á que tenga su debida execucion, y dando al efecto las órdenes y providencias que se requieran: que así es mi voluntad. Dada en San Lorenzo á quince de Octubre de mil ochocientos y cinco.

CAPÍTULO XII.

De las Compañías, y del contrato trino.

§. I.

De las Compañías.

1 La Compañía segun mi propósito *es union de las voluntades, y caudales de dos, ó mas hombres parientes ó extraños dirigidos á algun negocio, y fin lucrativo para su recíproca utilidad. Ó un contrato hecho por dos ó mas personas, que ponen, y juntan su dinero, industria, trabajo, ú otra cosa precio estimable para su comun lucro* (1).

2 Para que la Compañía sea válida se requieren cinco condiciones. La I, que se haga sobre negocio lícito. La II, que los Sócios junten su caudal, ó industria para utilidad comun. La III, que se guarde entre ellos igualdad proporcional, no con proporcion aritmética, sino geométrica, segun el mas, ó menos caudal, ó industria que cada uno ponga, de modo que sean iguales así en la utilidad como en los daños, y expensas, pues como especie de confraternidad que es, no permite que el uno perciba mas lucro, y el otro experimente mayor daño. La IV, que la suerte puesta en la compañía sea á pérdidas, y ganancias, de modo que esté sujeta á todo, y no á una cosa sola. Y la V, que se observen los justos pactos que los Sócios se impongan (2).

3 Puede hacerla el que no es loco, fátuo, desmemoriado, ni menor de 14. años: y el mayor de ellos, y menor de 25 si conoce que de subsistir en ella se le irroga perjuicio, ó fué engañado, tiene facultad de acudir al Juez ordinario del Lugar

(1) Ley 1. tit. 10. Partid. 5. Ley Verum 63. y ley Si unus 67. ff. Pro Socio. Ferrar. y Regnudel. Biblioth. en la palab. Societas, núm. 1. (2) Ferrar. Biblioth. en la palab. cit.

en que se celebró, y reclamar el daño, ó engaño, para que le exônere de la obligacion contraída (1).

4 Debe hacerse con unánime consentimiento de todos los Sócios por tiempo determinado, ó por toda su vida, sobre cosas lícitas de compra, venta, locacion, cambio y otras semejantes en que los Sócios tengan lucro, ó esperanza de tenerlo, y valdrá; pero no, si se hace sin prefinir tiempo, porque entonces aunque uno de ellos muera, no se acabará, y mas será especie de servidumbre que sociedad: ni tampoco si las cosas son torpes, ilícitas, ó usurarias, y contra buenas costumbres, v. gr. hurtar, matar, dar á usura, &c. y aunque la hagan con pacto de que ha de pasar á sus herederos, no por eso pasará, ni valdrá el pacto, y así es incesible; lo qual se entiende, excepto I, que sea en arrendamiento de rentas reales ó del Comun de algun Concejo, ó II, quando el Testador les manda subsistir en ella por tiempo determinado; en cuyos dos casos pasará, y no se extinguirá la compañía: pero en el primero es preciso que se pacte expresamente (2).

5 La compañía es de dos maneras; *universal*, y *singular*: la *universal* se hace incluyendo todos los bienes presentes, y futuros sin limitarla, ni los negocios en que se ha de tratar, y comerciar. Y la *singular*, reduciéndola á bienes, y negocios señalados: y así como las cosas sobre que se forma la compañía, han de ser lícitas, así tambien deben serlo sus pactos, y condiciones; previniendo que si nada estipulan en quanto á la division de utilidades, y pérdidas, debe hacerse con igualdad, y si se trata solo de una de ellas, se ha de observar lo própio con la otra (3), porque la razon de dos cosas contrarias es una misma.

6 Alguno, ó algunos de los Sócios suelen ser mas hábiles, y estar mas instruidos en el manejo, y direccion de aquel negocio, ó negocios en que han de comerciar ó tener mayor trabajo, y poner mas industria, ó exponerse á mayores riesgos que los consócios, y por estas causas es justo que disfruten mas utilidad,

(1) Ley 1. tit. 10. Partid. 5. (2) Leyes 1. 2. y 10. tit. 10. Partid. 5. Señor Olea de Ces. jur. tit. 3. quæst. 5. num. 5. y sig. Gom. lib. 2. Variar. cap. 5. & ibi Ayllon, Cur. Philip. Comer. terr. cap. 3. num. 3. (3) Ley 3. tit. 10. Partid. 5.

ó que si hubiere pérdida en la compañía nada les toque; en cuya conseqüencia si lo pactan así, será válido el pacto; pero si estipulan que uno ha de llevar toda la utilidad, y nada de pérdida, ó al contrario, no lo será; y como pacto que el Jurisconsulto Casio llamó *Leonino*, por el modo de partir que las Fábulas de Esopo refieren queria el Leon con el Asno, y la Zorra á cerca de la presa que habian cazado, se gradúa de iniquísimo, y contrario á la sociedad, por lo que se tendrá por no puesto; bien que la sociedad subsistirá, regulándose la ganancia ó pérdida con la correspondiente equidad, ó justificacion (1).

7 No vale la compañía quando hay engaño entre los sócios aunque se obliguen á no demandarselo, pero puede dexarse á arbitrio de la persona que elijan, la parte de ganancia ó pérdida que cada uno debe percibir, cuya regulacion valdrá, siendo arreglada al mérito del sócio, y no de otra suerte (2). Tampoco vale el pacto de que han de ser comunes á ámbos compañeros los bienes que esperan heredar de alguna persona que nombren, á menos que esta preste su consentimiento; pero no nombrándola será válido (3).

8 No solo vienen á la compañía universal los bienes presentes, y futuros adquiridos por industria, sino por la guerra, ú oficio público (que llaman castrenses, y casi castrenses), ó por herencia, legado ó de otro modo, á menos que el pacto se limite á bienes determinados, que entonces solo estos se tendrán por pertenecientes á la compañía (4); y tambien entrarán en ella los adquiridos por delito que un sócio cometa contra el otro (5).

9 Son comunicables entre los sócios las expensas, cargas, y deudas de la compañía universal, y á cada uno se transfiere el dominio de los bienes del otro, luego que esta se perfecciona, aunque en su nombre los haya adquirido, y tambien las ganancias que tenga: por lo que qualquiera de los sócios puede usar de todos los bienes de ella, y pedirlos judicial, y extra-

(1) Ley 4. tit. 10. Partid. 5. Gom. lib. 2. Var. cap. 5. num. 5. & ibi Ayllon. (2) Ley 5. tit. 10. Part. 5. (3) Ley 9. tit. 10. Partid. 5. Cur. Philip. Comer. terr. cap. 3. núm. 10. (4) Ley 6. tit. 10. Partid. 5. (5) Ley Si societatem 73. ff. Pro Socio.

judicialmente como si fueran suyos. Igualmente son de la misma compañía los alimentos de la familia de los sócios, la deuda contraída por cada uno con la República por causa de algun Magistrado de ella, y la multa en que alguno de ellos es condenado injustamente; pero no se les transfiere el dominio de los derechos incorporeos, v. gr. Señorío, Jurisdiccion, á menos que el dueño lo permita y dé poder para demandarlos (1).

10 Qualquiera de los Sócios de compañía singular, ó de una negociacion puede tener otra, y no está obligado á comunicar sus ganancias con los demas de aquella, como lo dice la ley 7. tit. 10. Partid. 5. ::: *Mas las otras ganancias que ficieren por otra razon, non las deben partir entre sí, antes deben ser própias del que las ganáre.* Lo qual se entiende á menos que estipulen lo contrario, que entonces debe observarse el pacto y todos los justos que impongan, segun la ley 3. de dicho tit. y Partida que dice: *E todos los pleytos que pusieren entre sí, que sean guisados, é derechos sobre cada una destas dos maneras de Compañía, valen é deben ser guardados en la guisa que los pusieren.* Pero si pactan que teniendo alguno de ellos otra compañía, ha de comunicar la utilidad á los demas, vale el pacto, obligándose estos á la responsabilidad de las respectivas pérdidas y no de otra forma (2). Y se previene que en la compañía singular si uno de los sócios compra en su nombre alguna cosa no está obligado á participarla á los otros y sí solo á restituir el dinero con que la compró, siendo del fondo de la sociedad (3).

11 Espira, y se disuelve la compañía, cumpliéndose el tiempo por que se hizo (4): ó por muerte natural, ó civil de alguno de los sócios, á menos que estipulen que los demás han de continuarla, pues con la muerte se acaba la voluntad del hombre: ó por cesion de bienes que haga: ó por ser de genio muy altivo, é insufrible: ó por no observar el pacto: ó por estár ocupado en el Real Servicio, y no poder continuarla, ó por haberse perdido el capital, ó fondo de ella: ó mudádose su estado, y calidad, de suerte que no se pueda usar de él, ó por apartarse

(1) Leyes 47. tit. 28. Partid. 3. y 6. tit. 10. Partid. 5. Cur. Philip. Comerc. terr. lib. 1. cap. 3. núm. 8. (2) Ley Secundum naturam 10. ff. de Reg. jur. (3) Ley Si unus 67. §. 1. ff. Pro socio. (4) Ley Actione 65. §. Item. qui 6. ff. Pro socio.

de ella contra la voluntad de los consócios, (pues puede hacerlo quando quiera, pagandoles el daño que por ello se les irrogue, excepto que pacten lo contrario, que entonces no estará obligado al daño); ó porque se acabó el negocio, sobre que se hizo, ó por tácito consentimiento de los compañeros (1).

12 Y se renueva tácitamente despues de concluida, quando el sócio, ó su heredero continúa con los demas en la negociacion del mismo modo que lo hacian, y podian practicar antes de haber espirado y lo própio milita, y se entiende, haciendo mencion, en el libro de cuenta, (que llaman *de caxa*) de que está en la compañía, y es uno de los compañeros (2).

13 El sócio que tiene la administracion de la compañía, debe poner para su incremento todo el cuidado que para el de sus mismas cosas, al modo que el administrador de bienes agenos y tutor de menores: y si por su culpa, omision, ó negligencia se pierden, ó deterioran, es de su cargo el menoscabo, y no de los consócios, á quienes debe dar cuenta formal de su administracion (3).

14 Antes de disolverse la compañía singular se deben deducir del caudal que exista, los fondos, ó capitales puestos por todos los sócios; y la razon es porque se entiende haberla contraído de los bienes futuros, ó ganancias que esperaban tener en el tráfico, ó negocio sobre que la establecieron, y no de los capitales: y así es indispensable que estos se deduzcan, excepto que al tiempo de la formacion de la sociedad pacten lo contrario (4). Tambien se deben deducir las expensas hechas por incremento de la compañía, y las que en curarse hizo el sócio que la manejó, mientras la sirvió, y otras semejantes (5); bien que en quanto á las de curacion, manutencion, y demas que no conciernan al giro, y su utilidad, y aumento, deberá estarse al pacto, si no lo hay, á la costumbre en sociedades de igual naturaleza; y para evitar pleytos, lo hará presente el Escribano á los contrayentes. Asimismo se deben deducir las deudas que resulte contra ella, lo I, porque su importe es caudal ageno,

(1) Leyes 10. 11. y 14. tit. 10. Partd. 5 Cur. Philip. Comer. terr. cap. 3. num. 34. al 43. (2) Cur. Philip. cap. cit. numer. 44. libr. 1. (3) Ley 34. tit. 12. Part. 5. Curd. Philip. cap. cit. núm. 45. (4) Leyes 7. á la 13. ff. Pro Socio. Gom. en la 50. de Toro n. 69. (5) Ley 16. tit. 10. Partid. 5. al principio.

y de él no formaron, ni pudieron formar compañía, sino del suyo privativo; y lo II, porque hasta que su total, y el de los capitales se deducen, y se separan, no se puede saber si hay utilidades, pues estas se entienden deducidas previamente aquellas, y los fondos (1); por lo que estos, y las deudas contra la Sociedad son las partidas de cargo de ella y los enseres, ó exîstencias en efectos, créditos dinero y otros bienes las de data. Sin que de la inversion, ó empleo que del caudal se haya hecho una, ó muchas veces, sea preciso hacer mencion, porque esto es bueno para saber como, y quantas se ha empleado, que manejo, giro y método se observó, y que progresos tuvo, ó no, (que viene á ser un abanzo, balance ú tanteo de la compañía) mas no para efecto de su disolucion, en cuyo tiempo como que va á espirar, y no á continuar, se debe atender únicamente al caudal que se puso en ella, á las deudas que tiene contra sí, y á las efectivas exîstencias ó pérdidas que hay; bien que estando firmada exâctamente la cuenta, saldrá lo próprio; pero el método ménos prolijo, y mas claro es el expuesto, con el que se evita confusion. Aunque algun plazo ó condicion de las deudas referidas esté sin cumplir, pueden no obstante, dividir el caudal los sócios, dándose mutuamente la competente caucion de indemnidad de satisfacer cada uno al estipulado la parte, ó porcion que de ellas le toque. Pero el que las contrajo, y á cuyo favor han de dar los demas la caucion, no puede retener por esta causa las partes que corresponden á sus consócios, excepto que esté condenado á su solucion por sentencia, ú obligacion á ella por instrumento executivo (2).

15 La division de las utilidades, y exîstencias de la Sociedad ha de ser hecha como queda expuesto en el num. 2. con proporcion geométrica, de modo que atendida esta, queden igualados los Sócios asi en cantidad, como en qualidad de bienes y deudas; y si hay alguna cosa que no puede dividirse cómodamente, debe el Juez aplicarla á uno por el valor en que se estime, para que dé á los otros sus partes en dinero al modo que en la Sociedad legal (3). Se advierte lo I, que la division

(1) Leyes Sed nec æs alienum 12. Omne æs alienum 27. y Si socii 28. ff. Pro socio. (2) Dicha ley 16. tit. 10. Partid. 5. verb. Mas si la debda: & ibi glos. 5. Cur. Philip. lib. 1. Comer. terr. cap. 3. num. 46. (3) Cur. Philip. cap. dic. num. 49. y ley fin. tit. 15. Partid. 6.

de las deudas á favor de la Compañía se ha de hacer por cesion de derechos y acciones, de modo que cada uno ha de ceder á los otros el que le compete en aquella parte (1). Y lo II, que ninguno de los Sócios sin consentimiento del otro puede donar, vender, enagenar, ceder, ni traspasar en otro extraño el derecho que tiene en la Sociedad (2), porque para formar esta, se elije la industria de la persona: las cosas que la requieren, son incesibles, como personales no se pueden transferir, ni delegar en otro (3): y además la que es comun, no se puede decir própia antes de la division (4): y lo mismo sucede estando el pleito pendiente (5); pero en el arrendamiento es diverso, y así puede cederse, y pasa á los herederos, como en su tratado dexo expuesto; lo que tendrá presente el Escribano por si le ocurre hacer Escritura de esta clase.

16 Como la igualdad es el fundamento, y basa de la sociedad (6): esta es á la manera, y similitud de la hermandad, la qual no permite que un Sócio perciba mas lucro, y el otro mayor daño, sino que el lucro, y el daño se comuniquen proporcionalmente entre los dos como hermanos (7); los pactos justos que hagan los Sócios, se deben observar (8), y no haciendolos, estarse á la costumbre del Pueblo, ó region en que se establece (9); y en toda Sociedad singular ya sea legal, ó convencional, sacarse previamente los fondos puestos en ella por todos, segun dexo sentado en el num. 14. ¿Se duda que se ha de practicar quando uno de los Sócios puso el fondo, y el otro la industria ó trabajo; no hay utilidades, ni pérdidas, exîste integro el fondo; y nada previnieron, ni pactaron para este caso, ni hay costumbre á cerca de su division? Y parece que respecto ser justo que el que está al provecho, esté al

(1) Ley 3. ff. Pro Socio, Cur. Philip. dicho n. 49. al fin. (2) Ley Qui admittitur 19. cum seq. ff. Pro Socio. Sr. Olea de Ces. tit. 3. quæst. 5. n. 1. al 4. Farinac. lib. 1. Consil. 15. num. 83. (3) §. Solvitur, Institut. de Societat. ley Actione, §. Societas, ff. Pro Socio, ley ultim. ff. de Verb. obligat. y §. Sed cum factum, Instit. de Stipulat. Servor. (4) Glos. in cap. In ratione de Præbend. & in leg. Id quod nostrum, ff. de Reg. jur. (5) Hermos. en la ley 55. tit. 5. Part. 5. glos. 8. n. 65. (6) Ley Si non fuerint 29 ff. Pro Socio.
(7) Leyes Verum 63. y Si unus 67. ff. eod. tit. (8) Ley 3. tit. 19. Partid. 5. (9) Palac. Rub. in cap. Per vestras. §. 11. num. 10. Sr. Greg. Lop. en la ley 10. tit. 10. Partid. 5. glos. 5. Molin. de Just. & jur. disp. 416.

daño (1): se debe comunicar, y dividir entre los dos el fondo ó capital, porque de no comunicarse, no se observa la equidad, ó igualdad tan recomendada que este contrato como uno de los de buena fé exîge por su naturaleza: el industrioso pierde su trabajo, el qual quizá valdrá tanto, ó mas que el fondo, y su Consócio nada pierde mediante sacarlo íntegro y salvo: el dinero nada produce por sí: y el lucro mas proviene de la industria que del fondo. Pero no obstante, lo contrario es lo mas probable y seguro, lo I, porque el dinero no se pone con el de que el lucro que de la negociacion provenga por medio de la industria, sea comun á los dos (2); y por lo mismo que se estipula que este ha de ser comun, es visto estipularse que no lo ha de ser el fondo (3). Á mas de que por tácita, y mútua convencion de ámbos Sócios lo que del dinero se les comunica, es el uso, y la comodidad, no la propiedad (4), á menos que lo pacten expresamente. Lo II, porque la industria equivale solamente al dinero que como lucro produce el fondo, y tocará al que la pone, en caso de haber utilidades, mas no al fondo, ni á la parte que de ellas debe percibir el dueño de este; y aunque es constante que aquel pierde su trabajo, pero no su caudal, pues hay mucha diferencia entre no adquirir, y perder lo adquirido; el trabajo se compensa con la esperanza que tuvo de utilizarse, con el riesgo de perder el dinero á que se expuso su dueño, (pues si hubiera perecido, nada le reintegraria) y con lo que perdió de ganar con él si lo hubiera invertido en otro comercio; y el que no hayan resultado utilidades debe de imputarlo á sí própio, por no haber sabido negociar. Y lo III, porque de comunicarsele parte del fondo, experimentaba su dueño dos daños: el uno, que se desfalcaba su caudal: y el otro, tenerlo ocioso, y privarse del lucro que empleado en otro tráfico le podia rendir: y su Consócio se constituía de mejor condicion que él, porque se utilizaba con su dinero en su detrimento, lo

(1) Ley Manifestissimi 22. §. 3. vers. ubi enim periculum: Cod. de furto Regla Secundum naturam, ff. de Reg. jur. Regla 29. tit. 34. Partid. 7. Cap. Qui sentit, y cap. Rationi, de Regul. jur. lib. 6. (2) §. De illa 2. vers. Nam & ita, Institut. de Societat. (3) Arg. leg. Si cum dotem 22. al princ. ff. solut. matrimon. y ley Commodissime 10. ff. de Liber. & posthum. instit. (4) Ley Cum duobus 52. §. Utrum ergo. 2. vers. coeunda ff. Pro Socio.

qual resiste la equidad, pues nadie debe lucrarse con el de otro (1); ó á lo menos ningun daño se le seguia (2). Y para evitar los pleytos que se pueden suscitar atento á ser problemática la decision de este punto, y tener mucho lugar en ello la epiqueya, y el arbitrio del Juez, prevendrá el Escribano á los contrayentes que pacten lo que se ha de observar, con lo que cesarán, pues para este fin se lo advierto. El que quiera instruirse radicalmente de las razones que por ámbas opiniones militan, vea los AA. citados, y á *Escob. lib.* 2. *computat.* 22. que lo trata muy bien.

17 Si el sócio que administra los bienes de la compañía, es tan pobre que no tiene con que satisfacer á los consócios sus partes, no debe ser reconvenido en mas de su posibilidad, ni por consiguiente preso por ellas, porque tiene á favor el beneficio que llaman de *competencia*: y de tal suerte se han de cobrar de él, que no se le dexe lo preciso para su conservacion, á ménos que renuncie este beneficio, ó niegue la compañía, ó tenga arte, ú oficio con que ganar de comer, y se obligue á pagar enteramente la deuda, ó el compañero que la demanda, sea igualmente pobre, porque el privilegiado no goza de privilegio contra el que igualmente lo es, y en este último caso cumple con dar suficiente seguridad de pagar la deuda como pueda (3). Todo lo qual se entiende, aunque le reconvengan por otra accion distinta de la compañía (4), como proceda de ella. Este contrato consiste en condiciones de los interesados, para cuya observancia pueden imponerse pena: por la escritura que estenderé, se instruirá mejor el Escribano del modo de ordenarlas: y en quanto á otras muchas especies útiles las hallará bien explicadas en la *Curia Filipica ilustrada*, *lib.* 1. *cap.* 3. y Autores que cita, pues para tinturarle me ha parecido suficiente lo dicho. Véase la Adicion al fin de este capitulo.

(1) Regla 17. tit. 34. part. 7. Ley Nam hæc natura 14. ff. de Condit. indebit. ley Jur. naturæ. ff. de Reg. jur. Cap. Locupietari, de Reg. jur. in 6.
(2) Fachineo, lib. 2. Controv. c. 94. Harpectho, in Commentar. inst. lib. 3. tit. de Societ. §. & quidem 1. al 3. num. 26. al 32. (3) Ley 15. tit. 10. Partid. 5. lib. 1. cap. 3. num. fin. (4) Cur. Philip. Comerc. terr.

§. II.

Del contrato trino.

18 El *contrato trino* es un contrato de compañía que embebe en sí tres contratos, el I, de compañia regular á pérdidas y ganancias: el II, de obligacion de asecuracion del capital con pérdida de alguna parte de las utilidades que prudentemente se podrán tener: y el III, de asecuracion de lucro cierto por el incierto, y tambien del capital, v. gr. Pedro y Juan hacen compañía: Pedro pone por fondo quatro mil ducados, y Juan su industria, y pactan que han de partir con igualdad las ganancias. *Hasta aquí es contrato de compañía llano, lícito, puro é igual.* Despues pregunta Pedro á Juan, ¿quanto por ciento se podrá ganar prudentemente segun la experiencia que tiene, y el producto de los géneros en que han de comerciar? Y supongo que le responde que un 30 por 100 (que es buena ganancia) en cuya vista le propone que si se obliga á que le será seguro el capital, se contenta con un 8 por 100, y le cede los siete restantes cumplimiento á los quince mitad de los treinta que puede ganar arriesgando el capital: que si hay utilidad le ha de satisfacer su 8 por 100: y si no, cumple con devolverle el capital. *Este es contrato de asecuracion del capital con pérdida de alguna parte de intereses.* Asegurado el capital por una mera escritura ó papel de obligacion sin hipoteca especial de fincas estables, ni entrega de alhajas equivalentes de plata ú oro en prenda por via de seguridad, (pues si intervienen, concibo que no debe correr el contrato porque no hay riesgo alguno, por lo que es ilícito y reprobado) vuelve á proponerle, que si á mas de este le da un 5 por 100 anuo, le cede los 3 que restan hasta los 8, y que con pagárselo, y su capital íntegro quando se disuelva la sociedad, queda dueño de la utilidad restante (*a*). *Este es contrato de asecuracion del capital, y lucro cierto por el incierto.*

19 Dicen algunos que este contrato no es lícito, pero los mas afirman que sí, siendo módica la ganancia, v. gr. la quar-

(*a*) Véase la nota 1. al fin del capítulo.

ta, quinta ó sexta parte de lo que se espera, ó podrá ganar, y pactándolo expresamente, segun queda propuesto; y la razon es: lo I, porque no se asegura el capital, ni corto interés con fincas estables, ó alhajas de plata ú oro que se den en prendas, por lo que no es mas que una seguridad aparente fundada únicamente en un papel ó escritura, y vemos todos los dias los quebrantos del comercio, por lo que no es verdadera seguridad qual se pueda llamar así (*a*). Y lo II, porque los contratos adquieren su vigor del convenio y pacto de los contrayentes, como dice el derecho (1), y respecto ser el primero y principal de compañia, y los dos restantes pactos lícitos de él por la menor utilidad, de que por de contado se priva y carece el que suple el fondo, cediendo el exceso á beneficio del que pone la industria, con el qual se compensa el peligro, á que se expone por la asecuracion; por eso no resulta usura, pues á quanto se obliga el hombre, á tanto queda obligado. Se previene que aunque en la escritura no se individualicen los pactos en la forma propuesta en el número precedente, se tendrá por contrato trino, tácito; y que en el relato de ella no se ha de expresar que el sócio tiene por cierto é indubitable que ganará tanto por ciento, porque en este caso como no hay riesgo, será ilícito el contrato, y deberá pagar al otro su parte íntegra, pues nadie debe lucrarse con detrimento de tercero.

20 Por lo que, para que el Escribano sepa como se ha de ordenar la escritura, estenderé lo dispositivo de ella::: *Otorga y confiesa el citado Juan haber recibido del enunciado Pedro tantos reales que le entregó por fondo de esta compañia para comerciar con ellos: y aunque su entrega*, (aquí se pondrá la renunciacion de la excepcion de la paga no hecha, como queda expuesto en el cap. 7. §. 8. núm. 163. y si la entrega es de presente, dará el Escribano fé de ella) *y en su conseqüencia se obliga á devolvérselos íntegramente dentro de tantos años que cumplirán en tal dia de tal mes del que vendrá de tantos, pena de execucion, costas y salarios de su cobranza, y á pagarle anualmente tanto por ciento de ellos, con tal que miéntras no espiren no le pida la suerte principal, ni cuenta de su inversion y producto, ni mas premio anuo que el refe-*

(1) Cap. Contractus 85. de Reg. jur. in 6. y leyes Contractus 23. ff. de Reg. jur. y Depositum, §. 6. ff. Depositi. (*a*) Nota 2.

rido tanto por ciento, aunque le conste, é indague verídicamente que el negocio en que se empleó, produxo un treinta ó mas; pues si uno ú otro intentáre, mediante contravenir á lo pactado, y quedar obligado el otorgante baxo de estas condiciones á la solucion del premio anual, y á la asecuracion del capital, no ha de poder ser compelido á restituirle mas que el sobrante de este, deducido lo que con título de premio hubiere perdido, y en este caso se ha de estimar y declarar este contrato por mutuo puro, y no de compañía, que llaman trino con asecuracion del capital, y lucro cierto por el incierto, respecto el riesgo de ganar ó perder á que se expone, y ser justo por esta razon que no demande, ni á sus herederos otra cosa. Y el referido Pedro enterado de esta escritura, dixo que lo acepta, y se obliga á no pedir á su compañero los tantos reales hasta que pasen los tantos años estipulados, ni cuenta de su producto, ni del negocio en que los empleó, ni mas cantidad que el tanto por ciento que le ha ofrecido, ántes bien le cede y dona irrevocable y graciosamente el exceso en mucha ó poca suma con las estabilidades por derecho prescriptas, y si no lo hiciere, quiere que este contrato se estime por mutuo simple, y no de compañía, como queda expuesto, y que se le apremie á admitir en cuenta de la suerte principal todo lo que hubiere recibido con título de premio, á fin de que de esta suerte sea lícito y justo en todas sus partes. Y ámbos otorgantes se obligan á no pretender la disolucion de esta sociedad durante el tiempo pasado, y á su cumplimiento con todos sus bienes, &c. Se previene que en el ingreso, ó introduccion de la escritura no se ha de decir que le dió el dinero prestado, sino que hicieron compañía para que traficase con él á pérdidas y ganancias: que por evitar la molestia y proligidad de llevar cuentas, ofreció asegurarle el capital, y contribuirle con tanto por ciento durante la sociedad con varias calidades y condiciones, y que para su respectiva seguridad determinaron formalizar la escritura; y ámbos han de entrar hablando, y luego cada uno solo en la parte que le corresponde hasta la conclusion, que vuelven á hablar, y obligarse mutuamente al cumplimiento del contrato (*a*). El que quisiese instruirse radicalmente de este, vea los AA. (1).

(1) Ferraris Biblioth. en la palab. Societas, Carlev. de Jud. tit. 3. disp. 7. y principalmente desde el num. 18. y los que estos citan. (*a*) Nota 3.

§. *final.*

Escrituras correspondientes á este capítulo.

ESCRITURA DE COMPAÑIA.

21 En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el Escribano, y testigos Pedro y Juan de tal, vecinos de ella dixeron que hallándose el citado Pedro con tanta cantidad en dinero efectivo, y deseo de comerciar con ella, y constándole que el referido Juan es práctico en el comercio, y que de traficar con dicha cantidad, se les podrá seguir mucha utilidad y conveniencia, deliberaron de comun acuerdo formar compañía, y para que tenga efecto, en la mejor via y forma que haya lugar en derecho: = Otorgan que hacen y establecen su compañía por el tiempo, y con las circunstancias y condiciones siguientes.

Que esta compañía ha de subsistir *tantos* años, que empezarán á correr y contarse desde primero del mes de *tal* próximo futuro, y cumplirán en fin de *tal* año, y durante ellos no poder disolverse, ni separarse de ella los otorgantes con ningun pretexto, ni motivo que no sea legal, ni ceder á otro extraño el derecho que tienen en ella, sin expreso conocimiento del consócio; pero si alguno quisiere sin causa separarse, ha de pagar al otro el daño que justifique irrogársele, conforme á la ley 11. del tit. 10. Partid. 5.

Que han de traficar en *tales* géneros, y no en otros, y emplear en ellos dicho Juan los *tantos* mil reales que Pedro pone por capital ó fondo de esta sociedad, y le entrega en tales monedas á mi presencia, y de los testigos que se nominarán, de que doy fé, y de ellos otorga á su favor el mas eficaz resguardo que á su seguridad conduzca: y si les pareciere útil comerciar en otros, lo han de resolver, formalizando su contrata recíproca, y citando en ella esta condicion, á fin de que si hubiere pérdidas, ninguno las atribuya al otro por esta causa.

Que el enunciado Juan ha de tener dos libros de caxa fo-

liados y empergaminados, rubricadas sus hojas de ámbos, y sentar en el uno las compras, y en el otro las ventas de dichos géneros con las correspondientes fechas, precios, personas, claridad y distincion á estilo de comercio, para que de esta suerte pueda formarse la cuenta de su ingreso y salida, y saber con facilidad las pérdidas ó ganancias que haya.

Que todos los años que dure esta compañía, se ha de hacer con asistencia de ámbos otorgantes avanzo general en los quince dias desde Navidad á Reyes de los géneros, deudas en pro y en contra, y demas caudal existente, sin que el referido Juan oculte, ni suplante cosa alguna, pena de perder otro tanto de su parte de ganancias si se verificare: y todo lo que se halle de aumento agregarse por mas fondo, y no destinarse en otra cosa, para que se acrezcan recíprocamente las utilidades que pueda haber.

Que el citado Juan ha de asistir por sí mismo á la tienda que con dichos géneros han de poner en *tal* calle: tener un mancebo que le ayude al despacho, y mantenerle en su casa, dándole de comer, vestir y lo demas necesario de cuenta de la compañía; y lo que gaste con él deducirse del cuerpo comun, como tambien los alquileres de la tienda, y demas cargas y gastos anexos al negocio.

Que ha de llevar cuenta separada de todo lo que gaste en sus alimentos, y en los de su familia para su ménos haber, y que se le deduzca y cargue al fin de esta compañía: y lo próprio se ha de practicar con lo que perciba el mencionado Pedro, y de lo que sea dar recibo á aquel para su abono, pues estos gastos son privativos de cada uno, y no de la clase de los arriba expuestos.

Que á nadie ha de fiar mas que hasta en cantidad de cien reales, y si lo hiciere, será de su cuenta, y se le descontará de su haber lo que importen las sumas que diere en fiado, mediante que debe saber á quien lo da; por lo que aunque no lleguen, ni excedan de cien reales, ha de tener obligacion de cobrarlos, y no cobrándolos perderlos, y recibirlos de ménos.

Que en todos los vales, letras, cartas y contratos que fueren corcernientes á esta compañía, han de firmar los otorgantes sus respectivos nombres y apellidos con el aditamento de: *y compañía*; y haciendo lo contrario, ser de su cuenta, y no de

la de ámbos qualquier riesgo, utilidad, ó perjuicio que sobrevenga.

Que quando se disuelva esta compañía, se han de dividir por mitad los géneros y caudal que hubiere exîstentes, deducido el fondo puesto, y aplicarse á cada uno igual porcion así de buenos y medianos, como de malos, para que no sean perjudicados, sin que con ningun pretexto, ni motivo puedan pretender otra cosa por esta razon.

Que si hubiere pérdidas, nada ha de pagar de ellas el citado Juan, y si ni pérdidas, ni utilidades, tampoco ha de tener derecho á parte alguna del fondo ó capital puesto por su consocio, ántes sí recogerle íntegro este como suyo.

Aquí se pondrán las demas condiciones que los interesados quisieren, y luego proseguirá la escritura.

Con cuyas calidades y condiciones establecen ámbos otorgantes esta compañía, y se obligan á observar exâcta y respectivamente quanto en esta escritura y sus capítulos se contiene, y no separarse de ella, ni reclamarla total, ni parcialmente, y si lo hicieren, no sean admitidos en juicio, ni fuera de él; y para su mejor cumplimiento se imponen la pena de *tantos* reales, en que desde ahora se dan por condenados sin mas sentencia, ni declaracion tantas quantas veces contravinieren á lo pactado, y quieren que pagados que sean, ó no, se lleve no obstante á debido efecto, y que por el mismo caso sea visto haberla aprobado, á cuyo fin la formalizan con todas las firmezas por derecho congruentes á su validacion, y á ello obligan sus personas y bienes muebles, raíces, &c. De la extension de esta escritura trata la ley 78. tit. 18. Partid. 3.

Nota. La escritura precedente es de compañía singular, el que sepa ordenarla, sabrá tambien estender la de compañía universal, pues como este contrato consiste en condiciones de las partes, poco mas tiene que hacer el Escribano, que mirar si son ó no justas, y no siéndolo, prevenirlo á los contrayentes para que las arreglen, y estándolo, ponerlas con toda claridad, de suerte que no admitan interpretacion, ni por ellas se fomenten pleytos, y luego el pie en la forma expresada. Tambien suelen hacerse compañías sobre otras varias cosas, en

las que tiene que hacer lo mismo el Escribano. Quando se finalizan las compañías, hacen avanzo los socios, parten las ganancias y enseres, y formalizan sobre ello su respectiva carta de pago y finiquito, dándose por contentos y pagados, obligándose á no pedirse cosa alguna, y á estar y pasar por el avanzo en todo tiempo, y en la introduccion de la carta de pago se relaciona la escritura de compañía, é inserta el avanzo; y por ser esto cosa clara, y evitar proligidad, omito su extension.

Rescision y separacion de compañía.

28 En *tal* villa, á *tantos* de *tal* mes y año, ante mí el Escribano y testigos, Pedro y Juan de *tal*, vecinos de ella, dixeron que en *tal* dia formaron compañía para traficar y comerciar en *tales* géneros, de que otorgaron la correspondiente escritura ante N. Escribano, cuya copia original me entregan para unir á este instrumento, é incorporarla en sus traslados, y su literal tenor es el siguiente:

Aquí la escritura.

Conviene la escritura inserta con la que está en el protocolo de esta, de que doy fé; y sinembargo de haber formalizado los otorgantes la citada sociedad por tiempo de quatro años, que cumplirán en tantos de *tal* mes del que vendrá de *tantos*, con la condicion de que en este tiempo no se habia de disolver: han tratado y resuelto por justas causas que les asisten, separarse, y cesar en ella, y poniéndolo en execucion, en la via y forma que mejor lugar haya en derecho, cerciorados del que les compete: = Otorgan que rescinden, disuelven y dan por disuelta, finalizada y rescindida en todo, y por todo la mencionada compañía: por rota, cancelada y de ningun valor, ni efecto la escritura sobre ella formalizada, sus pactos, condiciones, sumisiones, penas, renunciaciones, y lo demas que contiene, para que obren el mismo que si no se hubiera otorgado: por extinctas, acabadas y concluidas enteramente las acciones y pretensiones que en su virtud tenian, y podian intentar uno contra otro, y por remitidas, como se remiten mutuamente todas las ganancias ó pérdidas que ha habido, y resultado de dicha

tráfico y comercio, y de su importe en mucha ó poca suma se hacen recíproca gracia y donacion en sanidad, para, perfecta é irrevocable con insinuacion, y demas estabilidades á su seguridad congruentes: y mediante estar satisfechos y reintegrados del respectivo haber que les toca, se dan de él la mas firme carta de pago, finiquito y resguardo que les convenga, renuncian la excepcion de la ley 9. del tít. 1. Part. 3. que trata de la paga no hecha, respecto no parecer de presente su entrega, y los dos años que prefine para la prueba de su recibo: se desisten, quitan y apartan de qualquier derecho que en esta parte les compete, el que se ceden, renuncian y traspasan mutuamente sin reservacion alguna para siempre, y se obligan á no reclamar, ni contravenir total, ni particularmente esta escritura con pretexto alguno, y si lo hicieren, á mas de no ser oidos judicial, ni extrajudicialmente, quieren se les condene en costas, y que por el mismo caso sea visto haberla aprobado, y ratificado. Y á la observancia de este obligan sus bienes, &c. (*Aquí se pondrán las cláusulas generales, y luego proseguirá*): y consienten que esta escritura se note en el protocolo de la de Compañía, para que siempre conste, y produzca los demas efectos que haya lugar: en cuyo testimonio así lo otorgan y firman, &c.

Nota. Las copias de las escrituras de compañía en que hay fondo fixo, requieren el papel que las ventas y censos, segun la cantidad, y no habiéndolo, segun el negocio, que por no hacerse regularmente compañía para cosas de corta consideracion, les corresponde el del Sello primero: y las de su rescision, y separacion respecto no hablar de ellas la ley, se sacarán en el del sello segundo.

NOTAS AL CAPÍTULO XII.

Adicion. Como son mas freqüentes las sociedades que se celebran en el comercio, y requieren advertencias, y prevenciones muy esenciales, ha parecido tratar de ellas con alguna extension; mayormente quando las ordenanzas de Bilbao que se observan en muchos consulados disponen que precisamente se hayan de otorgar ante Escribano. A este fin se han añadido seis formularios de Escrituras al final del párrafo siguiente.

Las sociedades de comercio, dice Savarg, son de tres maneras. La I, es la que se celebra entre dos, tres, quatro, ó mas personas para hacer el comercio en nombre colectivo de todos; esto es con la razon, y título de la sociedad de *Josef, Pablo, Juan y compañía.* La II, es la que se llama sociedad en *comanditá*, voz que observo introducida en nuestras plazas mercantiles; y es quando uno pone su dinero por capital en poder de otro á pérdidas y ganancias, sin hacer funcion alguna de sócio; y el compañero, ó compañeros que lo reciben ponen ó no capital, pero siempre su industria para hacer en nombre suyo el comercio, que se propone. La III, es la que se denomina sociedad anónima, esto es, la que no se celebra con nombre alguno social como quando dos, tres, ó mas hace cada uno el comercio por sí solo con obligacion de darse cuentas los unos á los otros, y de partir entre sí las ganancias, ó participar de las pérdidas.

Las condiciones de una compañia, que se celebra entre dos negociantes, de los quales uno pone el capital en dinero, otro en géneros y deudas activas comprehendidas en el inventario que deba preceder á toda sociedad, son diferentes, añade Savarg, de las de dos comerciantes en que cada uno pone el capital en dinero efectivo, se harán varias consideraciones tanto respeto á los géneros, como á las deudas activas

En quanto á los géneros, lo primero que se debe considerar es el precio de ellos, ó el que tendrian si se vendiesen á dinero contante á una persona que los comprase para ganar con ellos; por ser muy justo que las mercaderias que se ponen por fondo en una compañia, produzcan una utilidad, asi como tambien la produce el dinero que el otro pone. *Ordenan. de Bilbao cap.* 10. *num.* 10.

La segunda consideracion es, saber si al término de la compañia los géneros que existan de los que un sócio llevó por su capital ó fondo, se han de partir entre ellos á prorrata de las partes ó porciones que hayan tenido en sociedad; ó si el que los puso ó trajo a ella podrá ó deberá recogerlos por el precio justo que se regule á esta sazon; mediante á que en el tiempo medio han podido baxar.

Si todos estos y otros puntos no estan resueltos y convenidos en los capitulos ó condiciones de la escritura de compañia seria materia de pleytos al tiempo de la separacion de los sócios, que por lo regular acontece antes del tiempo estipulado.

Tres son las razones para decidir que los géneros, asi los que fueron puestos por capital de uno de los sócios, como los comprados durante la compañia, ó hasta el dia de su fenecimiento, ó de la separacion antes de la época convenida en el papel ó escritura, deben ser partidos sin distincion alguna entre los sócios. La I, por que estando apreciadas no deben mirarse ya como mercaderias respecto del que las llevó á la sociedad, sino como dinero con-

tante que procede de un beneficio á favor de ella en la venta que se executa; del mismo modo que las mercaderias compradas con el dinero que el otro puso en la compañia. La II, porque estando convenido que los géneros serán reputados como dinero efectivo, se debe conceptuar como una compra hecha de ellos por los socios á una tercera persona, para ganar con la venta que se haga durante la sociedad. La III es, que si el que puso su capital en géneros se creyese obligado á tomarlos al fin de la sociedad, haria por venderlos aun con pérdida; para no recibir daño alguno, lo qual apenas podrian impedir los demás sócios, y seria perjudicialisimo á los intereses de la compañia. Este es el sentido del dicho *num.* 10. Para precaver estas dificultades en quanto á los géneros y deudas activas, conviene estipular expresamente en alguno de los capitulos de la escritura en estos términos: "Es condicion que »los géneros que existan, así los que yo fulano he traido á la compañia, »como los que se compren durante ella, y las deudas activas se dividirán."

La segunda consideracion es sobre las deudas activas, que un sócio traiga á la sociedad. Como los deudores incluidos en el inventario podrán ser personas á quienes la sociedad puede haber vendido ó vender géneros, se infiere que serán deudores en dos maneras: la I, por lo que debian antes de la sociedad al que llevó sus débitos á ella: la II, por lo que deben respecto de los géneros que se les hayan vendido en el tiempo de la compañia, de suerte que quando hagan algun pago en dinero, á cuenta de sus deudas, es preciso saber á qual de ellas se debe imputar ú aplicar; si primeramente á las que se trageron á la compañia, y despues á las que se contrageron de nuevo ó de que manera se ha de hacer. Esta qüestion ha producido entre sócios muchas disputas; y ocasionado pleytos que los han arruinado. Los que llevan á la compañia deudas activas, quieren que los pagos de dichos deudores sean primero á cuenta de las deudas traidas á la sociedad; y despues á la de las contraidas por los mismos durante ella. Los que por el contrario, acusan de mala fé á su sócio; porque sabiendo que sus deudores eran insolventes les vendieron despues géneros de la compañia, empeñándolos en estas nuevas deudas á cargo y con perjuicio de esta, para que con ellos pudiesen pagar las antiguas, que traxo á la sociedad: asi que es justo, que habiendo de su parte un fraude tal, los pagos deban ser primeramente á cuenta de las nuevas deudas á favor de la sociedad.

Para precaver estas disputas conviniendo que los sócios acuerden el modo con que estos pagos se han de imputar en casos iguales, parece que la imputacion de ellos debe ser sueldo á libra, por dos razones, *Ordenanzas de Bilbao cap.* 10. *num.* 12. La pimera, porque si el pago fuese con preferencia á la cuenta de las deudas traidas á la compañia era un fomento de la mala fé en el comercio, y no estaria seguro algun comerciante que entrase en sociedad con otro que llevase deudas; porque este, como queda dicho, para liquidar las suyas haria quanto pudiese para ser pagado, dando géneros á sus deudores insolventes; y la sociedad se veria con todo el recargo de las deudas. Nunca faltarian comerciantes de mala fé, como en efecto ha sucedido, que para realizar y verificar sus deudas activas, sorprehenderian á los jóvenes é inexpertos negociantes, asociándose con ellos con el fin de sacarles el dinero efectivo así el que llevasen por capital á la sociedad, como el que adquiriesen durante ella por sucesiones hereditarias, donaciones, casamientos, ó por otros titulos, en virtud de cláusulas que sobre este particular se pusiesen en la escritura: por este medio salian ellos de sus deudas activas para contraer otras nuevas, en que no interesarian sino por

mitad; y al fin de la compañía darian a sus asociados parte en géneros y parte en deudas de mala calidad en pago de los beneficios, y del capital y demas sumas que hubiesen llevado á la sociedad.

La segunda es, que el socio que lleva á la sociedad géneros y deudas activas, lleva tambien deudas pasivas, las quales de ordinario se pagan del dinero mas efectivo de la compañía; y no pocas veces el dinero contante que lleva el otro sócio, sirve para pagar parte de ellas: las quales deudas pasivas quizá importarán tres veces mas que su capital. Asi ¿sera justo, que un comerciante, que lleve por exemplo, 2400 reales en deudas activas, la mayor parte litigiosas cobrase ó percibiese estas deudas con preferencia á las que se hiciesen á favor de la compañía por los mismos deudores, y que por este medio el asociado que llevó dinero sonante, quedase al fin de la sociedad con deudas creadas durante ella en el lugar de las que llevó el otro sócio? Para evitar este inconveniente, y que la juventud comerciante venga á ser víctima de la mala fé, convendrá poner en el acto ó escritura de sociedad la cláusula siguiente. *Estamos convenidos en que las cantidades de dinero que se cobren de los deudores de mí D. F. cuyas deudas traigo á su sociedad y que al mismo tiempo lo sean por géneros que ésta les venda se imputarán á sueldo á libra tanto sobre la una como sobre la otra deuda.* Este capítulo precaberá todas las disputas.

Otra observancion falta que hacer á beneficio del que lleva dinero contante á una sociedad, y es: que el que lleva géneros y deudas activas, de que ante todas cosas hay que pagar las pasivas, y ponga por su fondo capital por exemplo 800 reales, no debe tener abierta cuenta corriente hasta que lo haya hecho efectivo; esto es, que la compañía no debe pagar intereses por el exceso de las deudas activas que se hayan cobrado sino despues de recaudado lo bastante para pagar sus deudas pasivas y completar su fondo: desempeñados estos dos objetos, las sumas que se cobren, se pondran en su cuenta corriente. A este fin se dirá en una de las cláusulas del instrumento de sociedad: *No podré yo D. F. tener cuenta corriente, hasta que la de mi capital esté completa, y efectivamente realizada y cubierta.* Es muy importante este artículo: porque puede haber, y ha habido comerciantes de tan mala fé, que han hecho que la compañía les pague intereses antes de estar completo su capital. Véase el *num.* 11. *del cap.* 10. *de dichas ordenanzas.*

Los sócios deben saber tambien, que en todos los actos que se hacen por alguno de ellos á nombre de la compañía, obligan á los demas, v. gr. quando en las sociedades de comercio firma *Pedro y Pablo, y compañía*; á menos que por algun artículo ó condicion de la escritura esté excluido de firmar por ella; y si lo hiciese, tomando por exemplo cantidades prestadas, solo él quedará obligado. Tambien es verdad que los socios no estarán obligados, si el sócio autorizado en la escritura para obrar y firmar por la compañía, firma pura y simplemente Santiago, omitiendo *Pedro, y Pablo y compañía*, que son los nombres de los demas sócios, en tal caso se juzgaria que procedió en el suyo propio, y de su cuenta particular para negocios privados suyos. Los que prestan deben estar advertidos de exigir la firma en estos términos; y aunque este sócio invierta despues en su beneficio particular el dinero que tomó prestado, ni lo asiente en los libros de la sociedad, no por eso dexarán de estar obligados los demas; pues la intencion del que prestó, negocio ó giró, fué contratar con la sociedad, y no con él por cuenta propia suya.

Muchas veces en la escritura ó papel de sociedad se pone cláusula, dan-

do á uno de los socios la administracion de los bienes y negocios de ella. Pueden los sócios dar la extension que quieran á este poder de administrar que confieren á alguno de ellos; y quando las partes no le han dado explicacion, no se entenderá en quanto á los bienes y negocios de la sociedad, sino á lo que comunmente se extiende un poder general que se da á otra qualquiera persona para administrar bienes. El sócio á quien se da esta administracion, es como un procurador general de los bienes, y negocios de la sociedad. Asi para hacer todos los actos y contratos necesarios para los negocios de ella, como cobrar lo que se la deba hacer las diligencias necesarias para conseguir el pago de los deudores, pagar á los acreedores, hacer ajustes con los criados y artesanos empleados por la sociedad; comprar todo lo necesario para los negocios comunes, y vender todas las cosas que la sociedad destina á ser vendidas, y no otras. Entre el poder que uno da á otro para administrar sus bienes, y el que los sócios dan á uno de ellos, para administrar los de la sociedad, hay esta diferencia; el poder del primero es revocable segun lo es el contrato de *mandamiento*: de esto procede que nada puede hacer el apoderado contra la voluntad y prohibicion de quien le dió el poder. Por el contrario, en el socio á quien se dió por los asociados poder para la administracion de los bienes y negocios de la sociedad, siendo como esto es en virtud de una de las condiciones del contrato, sin la qual este sócio no habria entrado en la sociedad, no es revocable, y aun puede proceder y obrar en su administracion contra la voluntad, oposicion y prohibiciones de los demás sócios con tal que lo haga sin fraude y en beneficio de la sociedad. Pero si este poder no se le dió en el contrato de sociedad, sino despues, no seria mas que un simple mandatario de sus asociados, que podrán revocarlo, ni podria hacer cosa alguna contra la voluntad de ellos.

Se da tambien muchas veces en las cláusulas del contrato de sociedad á muchos de los asociados la administracion de los bienes y negocios comunes; si esta administracion se dividió ó distribuyó entre ellos, encargando á uno las compras, y á otro las ventas, ninguno de ellos puede hacer otros actos que los dependientes de su administracion que se le confió; pero si la administracion no se dividió ó repartió entre ellos, cada uno puede separadamente y sin el otro executar válidamente todos los casos que dependen de la administracion de la sociedad, á menos que haya cláusula que prevenga que nada puedan hacer el uno sin el otro. Esta es la conclusion que se puede sacar de la ley 1. §. 13. y 14. *de exercit. act.*, que habla del caso de muchos Comisionados del dueño, fletador de un navío; *si plures sint magistri non divissis officiis quodcumque cum uno gestum obligabit exercitorem; si divissis ut alter locando, alter exigendo; pro cujusque officio obligabitur exercitor: sed si sic proposuit ut plerumque fieri faciunt, ut alter sine altero quid gerat; qui contraxit cum uno sibi imputabit.* La cláusula por la qual uno de los sócios administradores nada pueda sin el otro, debe cumplirse, aunque uno de ellos esté impedido ó por enfermedad ú otra causa, hasta que todos los demás socios dispongan otra cosa,

La segunda especie de sociedad, ó la sociedad en *comandità* es, segun se dexa dicho, quando Pablo v. gr. pone su dinero en poder de Juan con quien celebra compañia, habiendo de hacer el comercio Juan solamente con su solo nombre, sin que Pablo deba responder de las operaciones de Juan, ni de las deudas, ó pérdidas de la compañia sino hasta la concurrente cantidad de su capital y ganancias. Juzgo que en las ordenanzas de Bilbao se habla de esta sociedad, quando en el *num.* 13. *del cap.* 10. se dice: "Todos los inte-

»resados en una compañia seran obligados á abonar y llevar á debida execucion »a pérdida y ganancia qualesquiera negocios que el compañero haga y exe»cute en nombre de todos con otras personas y negociantes fuera de ella, »sacando cada uno las pérdidas que puedan suceder hasta en la cantidad del »capital, y ganancias en que fuere interesado, y resultaren del total de la »compañia entendiéndose que aquel ó aquellos baxo de cuya firma corriere la »compañia estaran obligados demás del fondo y ganancias que en ellas les »pertenezcan con todo el resto de sus bienes habidos y por haber al sanea»miento de todas las pérdidas, aunque estos tales ó alguno de ellos entrase sin »poner caudal en la compañia."

Esta decision supone que en tal especie de sociedad, no es necesario prevenir en alguna condicion de la escritura, que el sócio de puro capital, que no prestó su nombre para los actos de la compañia, no esté obligado sino hasta el importe de su capital y ganancias; y que la naturaleza de esta sociedad trae consigo este limite de la responsabilidad de puro capitalista desconocido en las operaciones de la compañia. No obstante bueno y mas seguro será estipularlo en una de las condiciones del papel, ó escritura de compañia; pues aunque solo el sócio conocido, á cuyo nombre se hace el comercio, sea él solo responsable á los acreedores de la sociedad, deberá responder al otro sócio de la prorrata absoluta de pérdidas, sino hay en la Escritura un pacto que la salve del exceso que tengan sobre el importe de su capital. Esta sociedad puede difinirse, una sociedad que un comerciante celebra con un particular, para un comercio, que se ha de hacer en el solo nombre del comerciante, y para el qual el otro sócio contribuye únicamente con cierta suma de dinero para componer el capital, con el pacto que tendrá cierta parte de las ganancias, y en caso contrario la misma parte de pérdidas, de las quales sinembargo no deberá responder sino hasta la cantidad de los fondos que puso en la sociedad. El Escribano y las partes deberán estar advertidos de la transcendencia de la razon ó de la nominacion electiva, para evitar en los socios que solo quieren arriesgar el capital que pongan, pleytos y disputas sobre mayor responsabilidad. Si hubiese en la compañia muchos sócios que se quisieren obligar á todas las resultas, y ser comprehendidos baxo la razon electiva, y algun sócio que solo quisiere arriesgar su capital, es necesario precisamente para evitar ser confundido en la responsabilidad de los otros, prevenir expresamente en alguna condicion de la Escritura, que la suya solo se extiende hasta el importe de su capital y ganancias.

La sociedad *anónima* llámase así, por no tener nombre alguno, no ser conocida, ni sabida de nadie, ni interesar al público: denominase tambien, *cuenta en participacion*; y es aquella en que dos ó mas personas convienen en participar de cierta negociacion que ha de hacerse por uno de los sócios en su nombre solo; todo lo que se hace en la negociacion, asi en la compra como en la venta de géneros, no trasciende de la persona del asociado que la executa, ni se obligan todos á favor de un tercero con quien se contrate, y solo se obligan los asociados entre sí. Unas se contraen verbalmente, otras por escrito, otras por cartas misivas; las condiciones son por lo comun breves, y de un solo articulo, y muchos se acaban en el mismo dia que empiezan.

Sarvag trae quatro especies de sociedades anónimas. La I, la que denomina cuenta en participacion; por exemplo, llega á Cadiz un navio que procede de levante cargado de diferentes géneros, de que un negociante de la misma Ciudad tiene la factura. Este la remite á otro negociante de Madrid proponiéndole entrar con el por cuenta en participacion en la compra y venta

de alguno ó algunos artículos. El comerciante de Madrid le responde que tomará interes por mitad, tercera ó quarta parte de las ganancias y pérdidas á cuyo fin le librará las sumas que le corresponde El sócio de Cádiz queda obligado á dar cuenta de todo el resultado de la enagenacion al comerciante de Madrid; pero este no contrae alguna ácia el patron, maestre ó consignatario del navío á quien el de Cádiz en su solo nombre compra los géneros; de manera que si no hubiese pagado el precio y viniese á quebrar, no tendria el dueño de los géneros accion alguna contra el de Madrid, á quien no conocia; pues quando hizo la venta al fiado al de Cádiz, se dió por contento con tenerle á el solo por deudor. Lo mismo es en quanto á la venta de los géneros; porque si el negociante de Cádiz envió los géneros al de Madrid para venderlos, es cierto que no tendria accion alguna contra los deudores á quienes los hubiese vendido, quienes reconocerian por su único acreedor al negociante de Madrid; de suerte que si este quebrase é hiciesen cesion de bienes á sus acreedores, el negociante de Cádiz entraria en la quiebra como todos los demas acreedores, por lo que le debiese el de Madrid por capital y ganancias. Otra cosa seria, si los dos sócios hubiesen repartido entre ellos los géneros comprados, y remitido el de Cádiz los suyos con sus marcas al de Madrid para venderlos por comision: en tal caso quebrando el negociante de Madrid podria el de Cádiz reivindicar los géneros que todavia existiesen en poder del de Madrid; pero no podria hacerlo de los que ya estuviesen vendidos al fiado á mercaderes que aun los debiesen, ni tendria por sí, dice Sabarg, accion alguna para demandarles el pago, sino á nombre del negociante de Madrid que se los vendió en su solo nombre y les abrió asi cuenta en sus libros; de manera, que el negociante de Cádiz no podria reconocer otro deudor que al negociante de Madrid. Este dice dicho Autor, es un uso establecido en el comercio, que nunca se ha puesto en duda.

La II especie de sociedad anónima es quando los mercaderes van á las ferias y mercados á vender á á comprar géneros. Los que van á comprar una especie misma de mercaderias, para no hacerse mala obra los unos á los otros, ni competirse en los precios, convienen entre si tres ó quatro unirse y asociarse para comprarlos durante la feria, y repartírselos despues segun las partes y porciones convenidas entre ellos. De esta especie de sociedad se puede hacer grande abuso contra los que venden, los quales escarmentados ó no vuelven á las ferias, ó si lo hacen, y los géneros son escasos, y los vendedores poderosos celebran la tercera especie de sociedad anónima para hacer otro tanto, y estancar las mercancias. Estos son unos monopolios contra el bien público, y contra la economia del comercio. Quando se tropiezan en las ferias los unos, y los otros, se cierran los unos en no vender sino á cierto precio, y los otros á no comprar sino á otro muy diferenre; todo va desconcertado en los primeros dias hasta que de repente todo se muda en el último de la feria, unos y otros se avienen á precios racionales, y aparece la abundancia de los géneros, y todos quedan burlados.

La IV especie de sociedad *anónima*, ó no conocida segun el mismo Autor, es quando por exemplo dos ó tres negociantes viendo la carestia de granos en su pais, y que en otras partes hay abundancia, se asocian para ir á comprarlos, y traerlos. Como la negociacion es de largo periodo extienden por escrito el acto de sociedad por ellos sin darla titulo, razon ó denominacion, por ser para una sola negociacion, y uno de ellos se hace cargo de ir á comprar los granos en su nombre solo. No solamente los comerciantes hacen sociedades anónimas, mas tambien personas de calidad que se asocian con ellos para hacer valor su dinero. En algunos paises de Europa las muge-

res de los sócios no tienen preferencia á los acreedores de la sociedad en los efectos de ella *Journal des Audices* tom. 3.

La sociedad anónima coviene con la sociedad en *commanditá*, en que así en la una como en la otra solo uno de los asociados es el que contrae, y se obliga á los acreedores de la sociedad; los asociados no conocidos no se obligan en ámbas sino á sus socios, y se diferencian en que el asociado no conocido está obligado indefinidamente en la sociedad anónima por la parte, y porcion que tiene en la sociedad, á salvar á su consocio de las deudas que contraxo; quando el sócio en *commanditá* solamente lo está hasta la cantidad que puso en la sociedad. Nuestras leyes, y ordenanzas mercantiles no establecen como las de Francia, la obligacion en todo, en las sociedades de comercio por los actos que se hacen á nombre de la sociedad, solo están obligados por su parte los sócios segun las reglas del derecho comun *lib.* 1. §. 2. *ff. de duob. reis*, y las de nuestro derecho real en la ley 1. t. 26. l. 5. Recop. Solamente serán obligados en todo quando se estipule esta obligacion; y aun entiendo que en virtud de dicha ley recopilada ni aun las acciones institoria, ni exercitoria podrán introducirse en todo por los actos, y negociaciones de un regente, factor, ó propuesto contra cada uno de los sócios, ú otros que los nombraron ó propusieron, sinembargo de las decisiones contrarias del derecho comun *l.* 1. §. *fin. l.* 2. *ff. de exercit. act. l.* 13. §. 2. *ff. de inst. act.* El objeto político de las ordenanzas de Francia en establecer la obligacion *en todo* en las sociedades de comercio fué fomentarle y promoverle, dando mayor solidez al crédito.

Si un sócio en su solo nombre, ó en el de la sociedad celebrase algun contrato, solo él quedará obligado *en todo* á favor del acreedor, quien no tendrá accion alguna directa contra los demás sócios, á menos que estos le hayan dado poder, en cuyo caso lo estarán cada uno por solo su parte. Las partes en que los sócios quedan obligados á un acreedor de la sociedad son *viriles* y no en proporcion á la que cada uno tiene en ella; pues los acreedores no saben, ni tienen obligacion de saber los pactos que median entre los sócios, ni las partes en que cada uno se interesa en la sociedad; si reunidos por el acreedor hubiesen pagado con aquella igualdad, deberán responderse, ú hacerse recíprocamente los abonos, ó cargos que correspondan al interes que tenga cada uno en la compañia.

Siendo la sociedad un contrato de derecho natural, que se gobierna únicamente por los principios de él, basta el consentimiento de las partes sin alguna otra forma para producir todo su efecto. Las formalidades que para él previenen las ordenanzas de Bilbao, y prevengan otras ordenanzas consulares en los negocios de comercio, no son de substancia de este contrato, y únicamente se requieren para la prueba de él. Dichas ordenanzas en el *cap.* 10. *num.* 4. quieren, que toda sociedad entre comerciantes se otorgue por Escritura pública ante Escribano; en el *num.* 5., que las partes estén obligadas á poner en manos del Prior y Cónsules y casa de contratacion un testimonio en relacion de las Escrituras de sociedad que otorguen poniendo los socios al pie de él las *firmas* de que han de usar durante el término de la compañia. En el *num.* 8. que si fenecida la sociedad la renovasen sus individuos ya en los mismos términos y con los propios compañeros, ya variando en personas y circunstancias, deberán hacer los sócios igual manifestacion al Prior y Cónsules; habiendo de executarse lo mismo quando durante la compañia muden de compañeros por muerte, ó ausencia de alguno, ó por otros motivos. Ordénanse estas disposiciones, segun dice Savarg, quien extendió el proyecto de la ordenanza de Francia, de donde se tomó la de Bilbao, para obviar los

fraudes, é impedir que en caso de quiebra de alguno de los sócios, no pudiesen los demás asociados ocultar su responsabilidad, y evitar el pago de las deudas de sociedad á que estuviesen obligados. A pesar de la importancia y precision de estas disposiciones, parece segun se tiene entendido, que así en España como en Francia no está en el mayor uso. El mismo Autor dice, no ser necesarias estas formalidades en las sociedades anónimas, ni en las sociedades en *commanditá*, quando el sócio incógnito que solo responde hasta el importe del capital no es comerciante; bien que reconoce el inconveniente de que en caso de quiebra del sócio conocido, puede por confabulacion entre los dos, ocultar su responsabilidad, y figurarse acreedor de la cantidad de su capital.

Nota 1. Este es un mútuo solapado; el contrato trino no se resuelve por último analisis en otra cosa; y toda la algaravia arbitraria en que se pretende fundar su moralidad, produce conseqüencias que pueden conducir á la contravencion de las leyes; pues no hay mas razon para concluir ó resumir el último interes en 5 por 100, que en ocho, ó diez segun sean las ganancias que se promete el que lo paga. En este contrato ni aun semejanza hay de sociedad, nada hay comun, ni riesgos, ni ganancias; esta es una invencion moderna con que el miedo infundado de incurrir en usura lo ha querido sostener pero si es justo en sí, no necesitaba de tal titulo para ser sostenido; y si es injusto no puede justificarse con este color. El señalamiento del tanto, ó quanto par ciento, estriba tambien en reglas arbitrarias. Las leyes para atajar sus conseqüencias funestas las tienen dadas seguras y ciertas. Véanse las notas siguientes.

Nota 2.. La conseqüencia inmediata de esta doctrina es, que podré exigir en algun caso un 10, ó 20 por 100 contra la ordenacion de las leyes, que solo permiten hasta el 6, aunque no haya hipotecas. Seguramente que tales doctrinas no salvarán de la nota, ni del castigo poco freqüente de usurero, al que baxo el auspicio de ellos tiranice á su próximo, cobrándole mas del interés legal. He dicho en otra parte, y vuelvo á decir que los moralistas que condenan el contrato trino son mas consiguientes. He dicho tambien que el justo precio del interes del dinero tiene sus causas naturales en la opinion y en las leyes. Por otra parte si al mercader le es permitido el interés legal, es superfluo en él acudir al contrato trino en lo que preste á otro mercader, ó á otro que no lo sea. Si no es mercader el que presta, versan las consideraciones y problemas que tengo manifestados en otra parte. Véase la nota siguiente y todas las puestas en el artículo de la usura.

Nota 3. Esto es hacer consistir la moral en solas palabras. Norabuena que el Escribano extienda la escritura en los términos que propone el autor; pero deberá guardarse de autorizarla, excediéndose del 6 por 100 legal. La ley recopilada que permite llevar hasta el 10 por 100 en las negociaciones lícitas, se funda en que este era el precio *máximo* del interés del dinero en aquellos tiempos. Aquella disposicion debe entenderse ahora del 6, que es el *máximo* del interés legal. Tambien se debe notar, que establecidos los principios del contrato trino se sigue por conseqüencia de ellos, que no solo de un mercader, sino de todo individuo de qualquiera profesion, cuyo objeto sea la ganancia, puede exigirse con este titulo el tanto por ciento. Yo no encuentro otro exceptuado, habiendo de estar á tales máximas, que el simple jornalero ú oficial, ó los que para vivir y enriquecerse no han menester empleo alguno de capital. Así con solo cambiar de nombres, son buenas ó malas, legales ó ilegales las acciones humanas, y se establece con la mayor generalidad por un medio indirecto todo el sistema del interés por el mutuo.

CAPÍTULO XIII.

De los Compromisos, y Transacciones.

§. I.

De los Compromisos.

1 Comprometer *es dar potestad los litigantes de unánime consentimiento á una ó mas personas, para que decidan sus controversias y pretensiones* (1). Todos los que tienen facultad de tratar, contratar y parecer en juicio, pueden comprometer sus pleytos, negocios é intereses, mas no ser compelidos á hacerlo en los Jueces que conocen de ellos, aunque sean dudosos, y muy intrincados: no pueden hacer compromiso los que por derecho están privados de tratar, y contratar; por lo que el menor de 14 años que tiene Curador, si compromete sus derechos sin autoridad de este, y despues no quiere cumplir la sentencia arbitraria, aunque dé fiadores y se imponga pena, no está obligado á pagar esta, ni á pasar por aquella: y si es mayor de ellos, debe pasar por la sentencia, y en su defecto pagar la pena, á menos que pruebe haber habido dolo, ó sido gravemente engañado (2).

2 Todos los negocios civiles, y criminales (regularmente hablando) se pueden comprometer en árbitros, y arbitradores; pero los criminales solo en quanto al daño, ó interés de la parte, y no en quanto á la pena, á la servidumbre, ó libertad: ni á la causa matrimonial (3). Y el compromiso puede hacerse antes de poner la demanda ó estando pendiente ante los Jueces superiores, ó inferiores, habiendo, ó no sentencia, y aunque esté pasada en autoridad de cosa juzgada sabiendolo los

(1) Ley 3. §. 1. ley 11. y 32. ff. de Recop. qui arbitr. Cur. Philip. Comerc. terr. lib. 2. cap. 14. núm. 1. (2) Leyes 25. tit. 4. Partid. 3. y 13. tit. 5. lib. 2. Recop. (3) Ley 24. tit. 4. Partid. 3.

nteresados (1); pero es de advertir que por el compromiso, y division no es visto remitir las partes el derecho de sustitucion que les compete (2).

3 Las personas en quienes los litigantes ponen sus contiendas, y pretensiones para que las decidan, se llaman *Arbitros*, que quiere decir Jueces de alvedrio electos para determinar algun pleyto con otorgamiento de los interesados (3). Estos Jueces pueden proceder como *Arbitros* ó como *Arbitradores*: los *Arbitros* deben determinar el negocio con arreglo á derecho, dando la justicia al que la tenga segun lo alegado, y probado, del mismo modo que si fuesen Jueces ordinarios, haciendo que los litigantes principien, ó prosigan el pleyto ante ellos, y oyendo, y recibiendo las pruebas, razones y defensas que hicieren. Y los *Arbitradores*, *comunales amigos*, *ó amigables componedores* tienen facultad de oír la razones de los interesados, avenirlos y componerlos segun les parezca, sin observar el órden judicial, ni tener obligacion de arreglarse á derecho, de suerte que aunque falte este requisito, será válido el juicio, no interviniendo dolo porque si interviene debe enmendarse por hombres buenos que elija el Juez de aquel lugar (4).

4 Puede ser árbitro y arbitrador el menor de 25 años, sabiendo los litigantes que no los tiene (5). La muger Señora de vasallos puede ser árbitro en su territorio, porque tiene jurisdiccion (6); y arbitrador, aunque no sea Señora: pero si está casada, necesita para ello licencia de su marido, bien que algunos afirman que sin ella puede serlo (7). El Clérigo puede ser tambien árbitro, y arbitrador (8). El mudo, sordo, ciego, fatuo, religioso, esclavo y el infame no pueden ser ni árbitros, ni Jueces ordinarios (9).

5 En el adversario puede comprometerse la causa, ó negocio como arbitrador, y valdrá lo que módicamente resuelva, pues de lo contrario se ha de reducir á alvedrio de buen va-

(1) Ley 4. tit. 21. lib. 4. Recop. (2) Ley Cum pater, §. Hæreditate 1. ff. de Legat. 2. Boer. dec. 147. num. 2. Parlador. different. 44 numer. 14. (3) Ley 1. tit. 4. Partid. 3. (4) Ley 23. tit. 4. Partid. 3. (5) Ley 3. tit. 9. lib. 3. Recop. (6) Ley 7. tit. 9. lib. 3. Recop. (7) Cur. Philip. Comerc. terr. § lib. 2. cap. 14. num. 5. (8) Cur. Philip. cap. cit. n. 6. (9) Leyes 7. y. 8. tit. 9. lib. 3. Recop.

ron, (que por tal segun derecho (1) se entiende el Juez ordinario) y no hay obligacion de pasar por su sentencia; pero no como árbitro: y si como tal se compromete en él, no vale, porque no debe ser Juez en su misma causa (2). Y lo mismo se puede hacer en el Juez ordinario, ante quien se hubiere principiado, mas no en los Alcaldes y Oidores despues de comenzado el pleyto ante ellos; pero en el delegado no solo como arbitrador, sino como árbitro (3).

6 No deben ser apremiados los referidos jueces á aceptar el encargo de tales, pero despues de aceptado lo puede compeler el ordinario á la decision del negocio; y estando discordes, tiene facultad de elegir tercero, no nombrándolo las partes, y valdrá lo que los dos resuelvan (4), y á ello puede compelerlos el mismo Juez á instancia de ellas, y no de otra manera, (5), porque le está prohibido interponer de oficio su autoridad á la utilidad privada (6): previniendo que si discordan estas en el nombramiento de tercero, lo ha de hacer el própio Juez.

7 Pero no están obligados, ni deben ser compelidos á la determinacion del negocio, aunque hayan aceptado este encargo, quando las partes despues de haberlo comprometido en ellos, principian pleyto sobre él ante el Juez ordinario: ó lo comprometen en otro: ó los maltratan: ó alguno de ellos tiene que ir á romeria ó á algun encargo del Rey, ó de su Consejo: ó necesidad de cuidar de su hacienda sin poderlo escusar: ó por enfermedad, ú otro grave impedimento que le imposibilite de entender en él (7).

8 Si despues del nombramiento se enemistó alguna de las partes con los árbitros, ó sabe, y puede probar que la otra los sobornó, puede pedir al Juez ordinario que les prohiba entender en el negocio, y debe deferir á su pretension: por cuyas causas puede tambien requerirles ante testigos fidedig-

(1) Regla 31. tit. 34. Partid. 7. (2) Ley 24. tit. 4. Partid. 3.
(3) Leyes 24. t. 4. Part. 3. 17. tit. 5. lib. 2. y 9. t. 6. lib. 3. Rec. Sr. Greg. Lop. en la de Partid. y Aceved. en la 9. cit.
(4) Leyes 26. al fin, y 29. t. 4. Partid. 3. (5) Dicha ley 26.
(6) Ley Dies 4. §. Hoc autem 8. ff. de Damno infecto. (7) Ley 30 tit. 4. Partid. 3.

nos que no conozcan de él, y si no obstante conocieran, será nula la sentencia, y la parte incurrirá en pena por no pasar por ella (1).

9 Los expresados árbitros y el tercero en discordia han de jurar quando aceptan el encargo, ó á lo menos antes de proferir la sentencia: que por ódio, enemistad, amor, temor, dádivas, promesas, ni por otra causa no dexarán de cumplir fielmente su oficio segun su inteligencia (lo que se practica, sin embargo de que el Autor de la Curia Philip. en el lib. 2. cap. 14. núm. 11. dice que no es necesaria esta solemnidad); pero no pueden proceder en el negocio en los dias en que á los demas Jueces está prohibido juzgar, á menos que las partes les den potestad para ello (2). Y lo mismo milita para declarar las sentencias en lo que estén obscuras, ó reformarlas, ó deshacer el error ó equivocacion padecida, ya sea dentro, ó fuera del término concedido, ó de los dias feriados: por lo que será muy oportuno que los litigantes les confieran estas facultades.

10 Deben sentenciar el negocio en el lugar que las partes señalaren, y en defecto de señalamiento en el en que se lo cometieren, y dentro del término que les prefinieren, y para ello citarlas; y estas pueden prorogarles el término, ó darles poder para que ellos mismos se le prorogen: y no habiendo prorrogacion, ó aunque la haya, si espira todo el término sin decidir el negocio, no pueden entender despues en él por falta de jurisdiccion, y si entendieren, será nulo todo lo que practiquen; pero no señalándoles término, les concede el derecho tres años desde el dia de su aceptacion, y pasados, se acaban sus facultades. Previendo que aunque las partes quieran prorogarselos, no están obligados á admitir la prorogacion, y que si una quiere, y la otra lo contradice espira el poder, pero la contradictora debe pagar la pena impuesta en el compromiso (3).

11 Si dexan pasar dolosamente el término sin determinar el negocio, ó lo determinan maliciosamente haciendo injusticia, á mas de incurrir en pena arbitraria, deben responder

(1) Ley 31. tit. 4. Part. 3. (2) Leyes 32. tit. 4. Partid. 3. y 3. tit. 9. lib. 3. Recop. (3) Leyes 27. tit. 4. Partid. 3. y 233. del Estilo.

á la parte damnificada del perjuicio que se la irrogue, no pudiendo exigirlo de la otra, y si todos intervienen en hacer el daño, está obligado cada uno por el todo á resarcirlo y pagándolo uno, no tiene accion la parte contra los otros (1).

12 No pueden ser recusados los árbitros sino por causa justa nacida y sabida despues del nombramiento, probada ante el Juez Ordinario, y declarada por este, y lo mismo procede para con el tercero; pero todo lo que practican despues de la recusacion, es nulo (2).

13 Falleciendo alguno de los Jueces ántes de la decision del pleyto, no pueden los otros determinarlo, á ménos que las partes litigantes les hayan conferido competente facultad, previniendo este caso. Lo mismo milita quando el Juez entra en religion, ó pierde la libertad, ó es deportado, ó la cosa litigiosa se pierde, ó muere, ó una de las partes la quita á la otra, y esta se obliga á no demandársela, ó quando alguna fallece ántes de la decision; pero en este caso si en el compromiso les confirieron facultad especifica para decidir el litigio aunque falleciese, pueden proseguir en él, con tal que ántes emplacen á los herederos de la difunta, y no de otra suerte (3). Mas si está decidido, y notificada la sentencia, y consentida por el muerto, no pueden reclamarla sus herederos, y ántes bien se ha de executar.

14 De la sentencia de los árbitros puede interponer apelacion la parte agraviada, y de la de los arbitradores pedir reduccion á alvedrio de buen varon, y nulidad (4); lo qual procede, aunque renuncien con juramento esta accion y beneficio, si la determinacion es injusta, pero no, siendo moderada, porque el ponerse las partes en sus manos, y dexar en su arbitrio la decision, es en la firme creencia y concepto, de que determinarán recta y moderadamente, y por lo mismo la renunciacion y juramento se debe entender segun la mente de los contrayentes, y naturaleza de la obligacion en que se interpone (5).

(1) Ley 8. tit. 7. Partid. 7. Cur. Philip. Comer. terr. lib. 2. cap. 14. núm. 26. (2) Ley 31. tit. 4. Part. 3. Cur. Philip. cap. cit. núm. 12.
(3) Ley 28. tit. 4. Partid. 3. (4) Leyes 23. y 35. tit. 4. Part. 3. y 4. tit. 21. lib. 4. Recop. (5) Ley Si libertus ita juraverit, ff. de Opera

Si apela, ha de ser ante el superior mas digno de uno de ellos, excepto que ámbos esten sujetos á uno solo, que entónces debe conocer este (1); y lo mismo se ha de observar, pidiendo reduccion á alvedrio de buen varon, ó nulidad: con esta diferencia, que la reduccion se ha de pedir dentro de diez dias siguientes al de la notoriedad ante el Juez Ordinario del árbitro, ó arbitrador, excepto que este lo sea, que entónces ha de pedirse ante su superior, y la nulidad ante el própio Juez dentro de sesenta dias contados desde el de la notificacion (2).

15 La sentencia arbitraria consentida tácitamente por las partes (que es por no haber apelado, ó pedido reduccion de ella en tiempo hábil) trae aparejada execucion, y se puede executar. Lo mismo procede, aunque no la hayan consentido, constando del compromiso por instrumento público, y haber sido dada en el término prefinido, y sobre el negocio comprometido, sinembargo de que se interponga apelacion, ó se pida reduccion, ó nulidad, con tal que la parte á cuyo favor se profiera, dé la fianza que previene la ley de Madrid, y expliqué en el cap. 7. §. 5. núm. 139. á ménos que en el compromiso se releven de darla; previniendo que la apelacion, nulidad ó reduccion no causa efecto suspensivo, sino devolutivo, y así solo en este se debe admitir: que si el superior la confirma, no ha lugar despues suplicacion, nulidad, ni otro recurso; pero si la revoca, se puede suplicar de ella, quedando en su fuerza y vigor la execucion que se hubiere hecho hasta que se dé sentencia de revista (3).

16 No incurre en pena la parte condenada, aunque no cumpla la sentencia, por estar enferma, tener que ir á servir al Rey, ó á su Concejo, ú otro legítimo impedimento; pero cesando este, debe cumplirla, en su defecto pagar la pena. Tampoco, incurre quando es contra ley, naturaleza, buenas costumbres, ó tan desordenada que no se puede cumplir, ó dada por engaño, falsa prueba, soborno ó sobre cosa, para que

libert. Gutierr. de Juram. confirmat. part. 1. cap. 37. núm. 17. y sig. Aceved. en la ley 4. tit. 21. lib. 4. Recop. num. 44. y sig. y 129. y sig. (1) Señor Covarr. lib. 2. Variar. cap. 12. num. 6. Acev. en la ley 1. tit. 18. núm. 12. y en la 4. dicho núm. y el 149. tit. 21. lib. 4. Recop. (2) Leyes 23. y 35. tit. 4. Partid. 3. y 2. tit. 17. lib. 4. Recop. Aceved. en dicha ley 4. num. 165.

(3) Ley 4. tit. 21. lib. 4. Recop.

los Jueces no tuvieron jurisdiccion, pues probada qualquiera de estas causas no solo incurrirá en la pena, sino que el Juicio y sentencia serán nulos (1).

17 Pueden los árbitros por razon de su oficio prefinir término á los litigantes, é imponerles pena para que cumplan su sentencia, aunque para ello no les hayan conferido facultad, y estos deben cumplirla, y pagar la pena por el desprecio que hacen del judicial precepto, y si no se lo prefinen, tienen quatro meses, y pasados, incurren en la pena; pero si al tiempo de la exâccion de esta dicen que quieren pasar por ella no deben satisfacerla, porque como dice la ley 33. tit. 4. Partid. 3. :: *Mas fuerte cosa es despreciar el mandamiento de los juzgadores, que de la ley porque juzgan; porque mas ligeramente puede ome estorcer de la pena de la ley quando cayere en ella, que de la que ponen los juzgadores en su juicio.*

18 Deben los litigantes imponerse pena convencional para que se exîja al que se resista ó se retrate de pasar por la sentencia arbitraria: y de omitirse la imposicion, no estan obligados á su cumplimiento; pero los Jueces pueden compelerles á que se la impongan, porque no se convierta en escarnio su trabajo, y el que no se conformare con ella, cumple con pagar la pena, y á nada mas puede ser compelido (2), á ménos que se obligue á pagarla, y pasar por la sentencia, que entónces á todo lo quedará (3). Tambien pueden interponer juramento en el compromiso para su mayor estabilidad, aunque sean mayores de 25 años (4); pero en este caso no es preciso.

19 De la forma de ordenar la escritura de compromiso trata la ley 23. tit. 4. Partid. 3. desde las palabras: *E estos avenidores, que de suso diximos; deben ser puestos en esta guisa:::* y con mas extension la 106. tit. 18. de la misma Partida, y se reduce á tres puntos principales: el I, á hacer individual mencion del pleyto, y negocio que se ha de comprometer, en que estado se halla, en qual debe determinarse, dentro de que término, y si los Jueces han de decidirlo como árbitros, ó como arbitradores, ó del modo que quisieren. El II, que los in-

(1) Ley 34. tit. 4. Partid. 3. (2) Leyes 26. y fin. tit. 4. Partid. 3.
(3) Ley 34. tit. 11. Partid. 5. (4) Ley 12. tit. 1. lib. 4. Recop.

teresados les confieran amplio poder, y facultad para ello, y para que nombren tercero en discordia, y se prorroguen el término para su decision, ó que reserven en sí las partes hacer uno, y otro: asimismo para que si alguno de los Jueces, ó litigantes muriere, lo sentencien, ó nó los demas. Y el III, que los própios interesados se obligen á nó reclamar la sentencia arbitraria, apelando ó pidiendo reduccion de ella, y nulidad, ni de otra forma, sino ántes bien á recibirla por pasada en autoridad de cosa juzgada, para que se lleve á debido efecto, y á este fin se impongan mutua pena convencional contra el infractor tantas quantas veces la contravenga, y que la pague, ó nó, ó graciosamente se le remita, se execute sinembargo, y á todo se les apremie en legal forma; y luego la obligacion general de bienes, sumision y renunciacion de leyes que en otros contratos.

§. II.

De las Transacciones ó Concordias.

20 La *transaccion es convenio y composicion hecha por dos ó mas personas sobre cosa dudosa, y pleyto no acabado, dando ó remitiendo algo una á la otra* (1). Puede hacerla el que tiene la libre administracion de sus bienes (aunque esté enfermo) puramente, ó con condicion: en juicio ó fuera de él: de palabra ó por escrito: con juramento ó sin él; y con pena, ó con la cláusula de subsistir el pacto hecho; y es un contrato oneroso *obligatorio* á ámbas partes, que puede limitarse á los contrayentes, ó pasar á sus herederos, y por derecho real y canónico produce accion y obligacion civil (2).

21 Quatro cosas se requieren para la estabilidad de la transaccion: la I, que se haga sobre cosa nominada y dudosa, porque si se hace sobre qualquiera indistinta é innominada: ó aunque se especifique, si los contrayentes ya sea el reo ó el actor, saben que no tienen derecho á ella, es nula la transac-

(1) Leyes 1. ff. y 38. Cod. de Transact. (2) Leyes 2. tit. 16. lib. 5. Recop. 1. ff. y Sanum mente 27. Cod. hoc t. Arg. ley 7. §. 8. ff. de Pact. c. 5. hoc t. cap. de Pact. y Murillo, lib. 1. Decretal. tit. 36.

cion (1); ó si el Derecho prohibe hacerla sobre lo que se quiere transigir, de que trataré en los núm. 24. y 25., porque el privado no puede derogar el público (2).

22 La II, que si se hace sobre pleyto, esté principiado y no acabado, y su exîto sea incierto y dudoso, porque si está sentenciado, y la sentencia executoriada ó declarada por pasada en autoridad de cosa juzgada, no vale la transaccion, pues segun derecho la cosa juzgada se tiene por verdadera (3), por cuya razon si alguno de los interesados hace la transaccion despues de executoriada la sentencia, y pagar al otro, podrá repetirlo, y la transaccion será nula (4); á diferencia del compromiso, que aunque el pleyto lo esté, se puede comprometer, como queda sentado en el núm. 2. al fin. Advirtiendo que las leyes, pragmáticas y sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, ó executoriadas, nunca se estienden á las causas que antes de darse ó crearse fuéron definidas y concluidas por medio de la transaccion (5).

23 La III., que no sea graciosa, sino onerosa; quiero decir, que alguno de los contrayentes dé, prometa ó remita al otro alguna cosa, ó la reciba de él, y la retenga (6), porque la transaccion es traslacion de derecho, y es preciso que de una parte á otra se traspase algo, ya sea dándolo, remitiéndolo, recibiéndolo ó reteniéndolo; y en esto se diferencia de la amigable composicion que se hace graciosamente sin intervenir intereses de parte á parte: bien que en la práctica se usa promiscua é indistintamente de las voces *transaccion*, y *amigable composicion*, ó *concordia*. Y la IV, que los contrayentes no reserven en sí accion alguna sobre la cosa litigiosa que se transige (7), ni queden obligados á eviccion, aunque un tercero por razon de dominio ú otro derecho la quite al que se quedó con ella en virtud de la transaccion, como no lo queda el otro;

(1) Leyes Sub pretextu 19. Cod. hoc tit. y In summa 65. ff. de Condit. indebiti. (2) Ley Jus publicum 38. ff. de Pact. cap. Si diligenti 12. de Foro compet. y cap. Quæ contra 64. de Reg. jur. in 6. (3) Leyes 207. ff. de Reg. jur. y 32. tit. 34. Partid. 7. (4) Leyes Eleganter 23. §. 1. ff. de Condit. indebiti, y si causa 32. Cod. de Transact. (5) Cap. Exposita, de Arbitr. Autent. Ut cum de Appellatione Parlador. different. 44. num. 15. (6) Ley Transactio 38. Cod. de Transact. (7) Dicha ley Transactio.

pero sí á la que se entregan uno á otro, y no es la litigiosa (1).

24 No puede ser transigida la causa matrimonial (2), porque el matrimonio por derecho natural es indisoluble (3), y su vínculo no pende de la voluntad de los contrayentes despues de celebrado, y así debe determinarse por el Juez eclesiástico con prévio y maduro conocimiento de causa (4); por cuya razon tampoco puede comprometerse en árbitros, ni arbitradores (5); pero los esponsales de futuro pueden transigirse, porque dependen del libre asenso ó disenso de los interesados. Es nula la transaccion, compromiso ó remision que hace con sus acreedores, ó con otro en perjuicio de estos el que se alza con sus bienes (6); de lo qual trataré en el Juicio de Concurso de acreedores, lib. y cap. 3. de mi segunda parte.

25 Los alimentos y otras cosas que los testadores legan en sus testamentos y codicilos cerrados, no pueden ser transigidos hasta que estos se abran, y los interesados se cercioren de su contexto, y la transaccion hecha antes sobre ellos ó sobre la herencia, no vale, ni la que se hace dentro de los nueve dias siguientes á la muerte del testador (7). Tampoco puede ser transigido por dinero el delito de adulterio; (bien que el marido puede apartarse de la acusacion no recibiendo precio) pero sí otros capitales, con tal que sea antes de la sentencia (8); ni aquellos porque el reo no merece pena de muerte, ó de sangre, excepto el de falsa acusacion (9).

26 La transaccion tiene fuerza de cosa juzgada (10). Puede hacerse no solo despues de principiado el pleyto, sino antes de moverse para evitarlo (11). Y su principal efecto es poner

(1) Gom. lib. 2. Var. cap. 2. num. 38. & ibi Ayllon, n. 39. (2) Cap. Ex parte sua 11. de Transact. & ibi glos. verb. Sacramentum: y cap. Causa 11. de In integ. restit. (3) Matth. cap. 19. his verbis: Quos ergo Deus conjunxit, homo non separet. (4) Cap. Accedentibus de Exces. Prælat. (5) Cap. Caus. 9. in fin. de In integr. restit. Begnudel. Biblioth. en la pal. Transact. §. 3. num. 27. (6) Ley 2. tit. 19. lib. 5. Recop. (7) Leyes 1. tit. 2. Partid. 6. de His 6. y Cum hi 8. §. 2. ff. de Transact. ley fin. tit. 3. Part. 6. 13. tit. 9. Partid. 7. y Auth. Ut cum de Appellatione cognoscit. §. Meminimus. (8) Leyes transigere 18. Cod. hoc tit. In capitalibus 1. ff. de Bonis eorum, qui ante sententiam: y 22. tit. 1. Partid. 7. Cur. Philip. part. 3. Juicio Criminal, §. 8. y §. 9. num. 10. (9) Dichas leyes 22. tit. 1. Partid. 7. y transigere 18. (10) Ley Non minorem 20. Cod. de Transact. (11) Ley Cum te 2. Codic. de Transact.

fin y término á todos los movidos, ó impedir que se fomenten (1); pues una vez fenecidos legítimamente con buena fé por medio de ella, no pueden volverse á suscitar contra la voluntad de una de las partes, aun quando pretexte la otra haber hallado nuevos instrumentos concernientes al pleyto, á menos que esta haya cometido dolo, ó se los haya substraido en su perjuicio, y vistose aquella por este motivo precisada á celebrar la transaccion, pues entónces puede rescindirse (2), porque el dolo y engaño á nadie deben patrocinar (3). Lo qual procede, aunque intervenga rescripto del Príncipe (4); ó alguno de los contrayentes se arrepienta (5), y mucho ménos si en la transaccion se interpone juramento (6).

27 Pero puede rescindirse y revocarse por seis causas: la I, por dolo ó falsedad cometida en ella, (aunque sea jurada) previniendo que el que lo comete no tiene facultad de pedir la rescision (7). La II, por error substancial, porque el error quita el consentimiento (8). La III, por miedo justo que cae en varon constante (9). La IV, por error de cálculo, á menos que sobre el mismo error se transija (10). La V, por mutuo consentimiento de los interesados, pues del modo que se liga el contrato se puede disolver (11). Y la VI, por la lesion enormísima; bien que no falta quien afirme que no puede rescindirse, ni invalidarse por esta causa (12). Previniendo que el que la impugne, debe restituir ante todas cosas á su adversario lo que con motivo de ella le dió (13).

28 Al modo que permite una ley recopilada (14) interponer

(1) Ley Fratris 10. Cod. hoc titul. (2) Leyes Cum te 5. causas 16. sub prætext. 19. y 29. Cod. hoc tit. y Postquam liti 4. Cod. de Pact. (3) Cap. Ex litteris 2. de dolo, & contumacia, cap. Sedet 15. y ex tenore 16. de Rescriptis, cap. Tuæ 12. de Clericis non residentib. y todo el tit. 16. Partid. 7. Ant. Gom. y Ayll. lib. 3. Var. cap. 7. (4) Ley Causas 16. Cod. de Transact. (5) Ley Quamvis 39. Cod. hoc titul. (6) Ley Si quis major ann. 41. Cod. hoc tit. (7) Leyes Sub prætextu 19. Transact. finita 30. y penult. Cod. hoc tit. y 134. al fin. ff. de Reg. jur. (8) Leyes Sub prætext. 20. Cod. hoc tit. y Si per errorem 15. ff. de Jurisdictione omnium Judic. (9) Ley interpositas 13. Cod. hoc tit. (10) Ley únic. Cod. de Errore calc. (11) Ley Si diversa 14. Cod. hoc titul. (12) Ferrar. Biblioth. verb. Transact. num. 29. Begnudel Biblioth. §. 5. num. 38. Parlad. different. 44. num. 8. y 9. (13) Ley Si divers. Cod. de Transact. ley Cum te fundum. Cod. de Pact. inter emptor. & venditor. Señor Molin. de Primog. lib. 4. cap. 9. num. 43. Afflict. decis. 220. numer. 4. (14) Ley 12. tit. 1. lib. 4. Recop.

juramento en los contratos que para su mayor estabilidad y firmeza lo requieren, y son los de menores, mugeres casadas, Clérigos por lo que á ellos toca, aunque intervenga Lego, Concejos; Iglesias, Hospitales y Comunidades eclesiásticas y seculares, y en los de compromiso, venta, donacion, dotes, arras y otro qualquiera de enagenacion, no obstante que los celebren legos: así tambien puede interponerse en el de transaccion, ya sean ó no legos, y mayores de 25 años los contrayentes, sin que el Escribano incurra por ello en pena, porque la transaccion es especie de enagenacion, queda mas firme con el juramento, y el infractor incurre en infamia de derecho (1). Pero se advierte al Escribano que siempre que pueda omitir el juramento, aun en los en que se permite interponer, no los ligue con él; pues sin embargo de que quedan mas afianzados conteniéndolo, no porque sea necesario para su validacion y subsistencia, sino para que los contrayentes no puedan alegar lesion, ni otra excepcion contra él; lo resiste nuestro derecho, porque tiene prescriptas las cláusulas que á cada contrato corresponden para su estabilidad segun su naturaleza; la permision no es precepto, y se evita que el Juez eclesiástico se intrometa en negocios puramente *seculares* á pretexto del juramento, y los perjuicios y otras funestas conseqüencias que diariamente se experimentan; y así huya lo posible de ligarlos con él, respecto de que léjos de imponérsele pena por omitirlo, se le prohibe que lo ponga, excepto en los en que aunque se le permite, no se le manda.

29 Si los contrayentes se imponen pena convencional para que el que se retracte de cumplir el contrato la pague, no está obligado á mas que á satisfacerla, como lo dice la ley 34. tit. 11. Partid. 5.::: *Pena ponen los omes á las vegadas en las promisiones que facen, porque sean mas firmes, é mejor guardadas: esta pena á tal es dicha en latin* conventionalis, *que quiere tanto decir, como pena que es puesta á placer de amas las partes, é por ende decimos, que maguer la pena sea puesta en la promision, que non es tenudo el que la face de pecharla, é de facer lo que prometió, mas lo uno tan solamente*: y lo mismo resuelve la 35. siguiente en el caso de que se prefina dia para el cumplimiento

(1) Ley 4. tit. 6. Partid. 7.

de lo pactado, en esta forma::: *So cierta pena, é á dia señalado prometiendo un ome á otro de dar ó de facer alguna cosa, si aquel dia no oviere dado, ó fecho lo que prometió, tenudo es de pechar la pena, ó de dar ó de facer lo que prometió, qual mas quisiere aquel que recibió la promision, é non se puede escusar que lo non faga, maguer el otro nunca gelo hubiese demandado.*

30 Y para que el contraventor pueda ser compelido á cumplir el contrato, y á pagar la pena, se expresará todo en la Escritura, y de esta suerte á todo estará obligado tantas quantas veces se aparte de ella, como lo dice la referida ley 34.::: *Fueras ende si quando fizo la promision se obligó diciendo, que fuese tenudo á todo, á pechar la pena, é á cumplir la promision en todas guisas quantas vegadas viniese contra el pleyto: ca entonce bien se puede demandar la pena, é la cosa prometida.* Y si el que se obliga con pena á pagar alguna deuda, no la satisface íntegramente al tiempo estipulado, solo incurre en la pena á proporcion de lo que no haya pagado (1); cuya pena no debe exceder de otro tanto, quanto importe la suerte y obligacion principal, y si esta es de dinero, puede ascender al dos tanto aquella (2). Véase la cláusula que dexo estendida en el cap. IV. §. I. núm. 43.

31 La Escritura de transaccion debe contener para su firmeza lo siguiente: Lo I, el nombre de los contrayentes, la relacion puntual, y lacónica de sus pretensiones, y si hay pleyto, ante quien pende y su estado. Lo II, las condiciones, y forma del convenio con que se hace la transaccion. Lo III, declararla por bien hecha, y que no interviene dolo, ni lesion en ella. Lo IV, que se desistan los contrayentes de qualquiera accion que tengan, y puedan instaurar uno contra otro, aunque sea por lesion en mas, ó menos de la mitad del justo precio, invencion de nuevos instrumentos, error de cálculo, ú otro motivo y que se cedan, donen y remitan mutuamente su importe. Lo V, que den por roto, nulo y cancelado el pleyto, si lo hubiere, se obliguen á observar exâctamente la transaccion y convenio, y se impongan pena convencional contra el transgresor tantas quantas veces se aparte, y

(1) Leyes 199. del Estilo. (2) Leyes 10. tit. 5. lib. 4. del Fuero Real, y 247. del Estilo.

oponga á ella, ó la reclame, y que pague, ó no la pena, ó se le remita, se lleve no obstante á debido efecto en todas sus partes, y juren su observancia, si quisieren. Y lo VI, la cláusula guarentigia, sumision y renunciacion de leyes que otro qualquier contrato. Y se advierte que por la transaccion no se causa alcabala, ni tampoco por la litis estimacion, *que es precio que se da por cosa litigiosa*, ya sea dado por el actor, ó por el reo con autoridad judicial, excepto que se haga con dolo por defraudarla: acerca de lo qual vease *á Parlad. diff.* 44. *num.* 16. hasta el fin, y á los que cita.

§. *Final.*

Escrituras correspondientes á este Capítulo.

Escritura de compromiso.

32 En *tal* parte á *tantos* de *tal* mes y año ante mí el Escribano, y testigos, Fedro, y Juan de tal vecinos de ella dixeron que están siguiendo Autos ante tal Juez, y Escribano sobre tal cosa, los quales tuvieron principio en tal dia por demanda que el citado Fedro puso á dicho Juan pretendiendo, &c. *Aquí se expresará brevemente la pretension que introduxo, y con que motivo, y se relacionarán los Autos, su estado, y luego proseguirá la Escritura en esta forma*): y habiendo reflexionado lo dudoso de su exito, y que se les ocasionarian crecidos gastos, dilaciones y disturbios, para evitarlos, determinaron comprometer sus acciones, y pretensiones en personas de ciencia, y conciencia de toda su satisfaccion; y para que tenga efecto, en la via, y forma que mejor lugar haya en derecho, cerciorados del que les compete, de su libre, y espontanea voluntad = Otorgan que comprometen las pretensiones en dichos Autos introducidas por ámbos en Don Antonio, y Don Diego de tal, Abogados de los Reales Consejos, y vecinos de esta Villa, á quienes eligen, y nombran por Jueces árbitros, arbitradores, y amigables componedores, y confieren tan ámplio poder, y facultad como necesiten, y plena jurisdiccion, para que dentro de tanto tiempo contado desde el dia siguiente al de la aceptacion de este encargo, (cuya prorrogacion reservan en sí),

poniendo los Autos con citacion de los otorgantes, ó sin ella, ni otro requisito aunque legalmente sea necesario, en el estado correspondiente para su instruccion, ó en el que se hallan, los vean, sentencien y determinen definitivamente, aunque sea en dias feriados, observando, ó no el órden judicial en su substanciacion, procediendo atendida la verdad, y buena fé, sin sutilezas del Derecho, segun los méritos de los autos, y los papeles, y justificaciones que reciban, y se les presenten; y en lo que sea verdaderamente dudoso, quitando al uno, y dando al otro á su arbitrio como tuvieren por conveniente; y conozcan igualmente no solo en lo principal sino en los incidentes que resultaren sin limitacion, hasta que todo quede enteramente evacuado sin resulta alguna; y sino se conformaren en la decision, ó en qualquiera otra cosa anexa, y dependiente, elijan por tercero á quien les parezca, el qual dé su voto, y parecer, adhiriéndose al que de los referidos Jueces contemple mas arreglado; y asimismo puedan declarar su sentencia en lo que esté obscura, modificarla, ó deshacer qualquiera error, ó equivocacion padecida á instancia de qualquiera de las partes, aunque haya espirado el término referido, pues para esto se entiende prorrogado, y subsistente; por cuya sentencia, decision y Autos, que previamente proveyeron, se obligan los otorgantes á estar, y pasar y por ninguna razon aunque sea admisible en Juicio, y pedir reduccion á alvedrio de de buen varon, ni nulidad, excepcionar, apelar, agraviarse de ella, ni reclamarla total, ni parcialmente, á menos que sea por atentado, injusticia notoria, error substancial, y lesion enormísima, pues á este fin la consienten, y aprueban desde ahora en todas sus partes, renuncian el auxîlio de las leyes 23. y final, tit 4. Partid. 3. y 1. y 4. tit. 12. lib. 4. Recop. que sobre ello disponen, y lo permiten, y quieren que se execute incontinenti sin remision, y asimismo que si alguno apelare de ella, ó pidiere reduccion, ó nulidad, ó la reclamare, no sea admitido judicial, ni extrajudicialmente, y antes bien se le condene en las costas, y daños que al colitigante se ocasionen, é irroguen, deferido su importe en la relacion jurada de este sin otra prueba de que se relevan; que incurra en pena de *tantos* reales que convencionalmente se imponen, y en que se dan por condenados, para que se exija todo al infrac-

tor por la via mas breve, y sumaria que haya lugar tantas quantas veces la contraviniere sin mas declaracion; y que pagada, ó no la pena, ó graciosamente remitida, sea compelido no obstante á la observancia de dicha sentencia, y se lleve á debido efecto, pues para que le tenga cumplido segun queda estipulado, renuncian la ley última de dicho titulo, y Partida, en quanto dice, *que el que pagáre la pena, no esté obligado á obedecer la sentencia de los avenidores, y que no siendo impuesta pena, tampoco lo esté, si dice luego que no se conforma con la sentencia*, y las demas que les favorezcan con los términos que prefinen para apelar, y pedir reduccion, ó nulidad; bien entendido, que aunque afiance, no ha de poder usar de estos remedios, ni admitírsele sin que deposite precisamente en dinero efectivo el importe de dicha pena, costas y daños; y sinembargo ha de ser visto por el mismo caso habér consentido, y aprobado enteramente la sentencia, y á haber por firme este, obligan sus bienes muebles, raices, &c.

Nota. Si los otorgantes no quieren dar facultad á los Jueces para elegir tercero, se omitirá la cláusula en que se les concede. Si quieren dársela para prorrogarse el término en que han de decidir el negocio, se omitirá la reserva que contiene la Escritura anterior, y en su lugar se pondrá la de prorrogacion; y lo mismo se observará en quanto á si uno de los litigantes, ó Jueces muriese antes de la decision para que lo sentencien, ó no, y que sus herederos pasen por esta, aunque no esté consentida, ni notificada. Si quieren interponer juramento, pueden, aunque sean mayores de 25 años; y si alguno es menor de ellos, ó goza del beneficio de menor edad, precederá para la mayor estabilidad del contrato, y sus efectos la solemnidad judicial que se requiere en los de los menores, la qual se insertará en el compromiso, renunciará el beneficio de menor de edad, y auxîlio de restitucion por entero, y jurará la observancia de la sentencia; pero si el menor de 25 años no tiene Curador, puede por sí solo otorgar el compromiso, y si no quiere pasar por la sentencia despues de cumplidos los 14 años, no debe pagar la pena: mas si lo tiene, y con su concurrencia compromete, y se agravia de la sentencia, incurrirá en la pena, á menos que pruebe haber sido leso, como lo dice la ley 25. tit. 4. Partid. 3. y queda sentado en el num. 1.

Si no hubiese Autos principiados, no se ha de hacer mencion de ellos, y sí solo dar facultad á los Jueces para formarlos. Si es cosa de testamentaría, y los interesados quieren que los Jueces despues de declarado su derecho, hagan la particion, y aplicacion, se expresará así, con tal que procedan á esta consentida que sea la sentencia, y no antes: y en fin segun el caso ocurra, se arreglará á él el Escribano, mudando, ampliando, ó restringiendo las facultades á los Jueces, pues el mismo asunto le dará las luces de lo que debe hacer, porque el extender para cada uno una Escritura, sería proceder casi á infinito

Aceptacion de los Jueces.

33 En *tal* parte á *tantos* de *tal* mes y año yo el Escribano á pedimento de Pedro, y Juan de tal contenidos en la Escritura de compromiso precedente, hice saber el nombramiento que incluye, á Don Antonio, y Don Diego de tal, Abogado de los Reales Consejos, Jueces electos por los referidos para el efecto que dicha Escritura expresa, en sus personas, y enterados dixeron que aceptaban, y aceptan el encargo que les está hecho, y baxo de juramento que hacen por Dios nuestro Señor, y una señal de Cruz en legal forma, se obligan á usar bien, y fielmente segun su inteligencia el oficio de Jueces árbitros, arbitradores y amigables componedores, y no executar lo contrario por respeto, amor, temor, odio, interés, ni otro motivo, ni perjudicar á los interesados: esto respondieron, y lo firman, de que doy fé.

Nota: Esta notificacion, y aceptacion se estiende á continuacion de la copia original de la Escritura de compromiso, como igualmente la sentencia, y para hacerla tiene autoridad, y jurisdiccion el Escribano como persona pública creada para dar fé de este, y otros actos judiciales, y extrajudiciales que ante él pasen, sin que necesite de auto de Juez. Si se hiciere á cada Juez con separacion, como regularmente sucede, se extenderá del mismo modo, hablando de persona singular, lo que se previene al Escribano para su inteligencia, é instruccion.

Escritura de transaccion.

34 En *tal* Villa á *tantos* de *tal* mes y año ante mí el Escribano, y testigos Pedro, y Juan de tal vecinos de ella dixeron: que con motivo de haber administrado este diferentes bienes de aquel, resultando contra él en la cuenta final que le dió, algunos agravíos que ascendieron á tantos mil reales, y resistiéndose á satisfacerlos, le puso demanda en tal dia, mes y año ante el tal Juez, y Escribano, pretendiendo que se declarasen por legítimos los agravios, y se le condenase á la solucion de su importe, de que se le comunicó traslado (*aquí proseguirá concisamente la relacion de los Autos hasta el estado que tengan*) como mas por extenso consta de los Autos relacionados, á que se remiten; y teniendo presentes los perjuicios, gastos y dilaciones que han experimentado; considerando quantos mayores se les pueden ocasionar en su prosecucion, y deseando evitarlos deliberaron terminar, y finalizar dichos Autos, para lo qual tuvieron varias sesiones, y conferencias, y mediaron personas caracterizadas, y en vista de las razones, y fundamentos en que afianzaban su intencion, quedaron concordes en formalizar esta Escritura; y para que tenga efecto el convenio estipulado, en la via, y forma que mejor lugar haya en derecho, enterados del que les compete, y dando por cierto y verídico el anterior exhordio, de su libre y espontanea voluntad = Otorga que transigen las pretensiones instauradas, y se ajustan, convienen y conforman en la siguiente:

Aquí se han de poner con la mayor claridad las condiciones, modo, y forma del convenio: lo que uno da al otro, ó le remite: y si la entrega es de presente, dar fé de ella, y si no, expresar los plazos ciertos; á que lo ha de pagar, y luego proseguirá la Escritura.

Con cuyas calidades, y condiciones transigen sus acciones, y pretensiones: y declaran que en esta transaccion no hay dolo, error substancial, ni de cálculo, ni tampoco lesion, ni engaño; y en el caso que lo haya, del que sea en mucha, ó poca suma, se hacen mutua gracia, y donacion pura, perfecta, é

irrevocable en sanidad con insinuacion, y demás firmezas á su seguridad congruentes, y renuncian la ley 1. tit. 11. lib. 5. de la Recop. que trata de la lesion en mas, ó menos de la mitad del justo precio, los quatro años que prefine para rescindir el contrato, ó pedir suplemento á su justo valor, que dan por pasados como si lo estuvieran, y las demás leyes que permiten se anulen las transacciones por dolo, error substancial, ó de cálculo, ignorancia, lesion enormísima, coaccion y miedo grave que cae en varon constante, invencion de nuevos instrumentos, ó por otro motivo, ó excepcion legal para que jamás les favorezcan mediante no intervenir cosa alguna de las precitadas en esta transaccion, ni otra de las reprobadas por derecho, y ser igual, y útil á ámbos otorgantes en todas sus partes, como lo confiesan. Se desisten, quitan y apartan de qualquier derecho que puedan tener, y pretender uno contra otro: se lo condonan, y remiten, ceden, renuncian y traspasan íntegramente con las acciones reales, personales, útiles, mixtas, directas, executivas, y demás que les competen sin la menor reserva: dan por rotos, nulos y cancelados los Autos relacionados, para que ningun efecto obren, como si no se hubieran suscitado, ni movido, y por extinguidas, dirimidas y enteramente fenecidas las pretensiones instauradas: y se obligan á observar exácta, é inviolablemente ésta transaccion, y á no oponerse á ella, reclamarla, contravenirla, ni intentar nueva accion contra dicha cuenta por la cantidad referida, ni por otra, aunque contenga mas agravios, ó sean menos de los propuestos; y si lo hicieren, á mas de no ser oídos, ni admitidos judicial, ni extrajudicialmente sino antes bien condenados en costas, como quien pretende lo que no le toca, sea visto por el mismo hecho haberla aprobado, y ratificado con mayores vínculos, y firmezas, y para su mayor, y mas puntual observancia se imponen recíproca, y convencionalmente la pena de *tantos* mil reales, en que desde ahora se dan por incursos, y condenados irremisiblemente, y quieren que se exija al infractor tantas quantas veces se apartáre total, ó parcialmente de esta transaccion, y que se le compela por todo rigor no solo á la solucion de la pena costas y daños que al obediente se irroguen, y haga constar por su relacion jurada sin otra prueba, de que se relevan, sino al cumplimiento de todo lo pactado; pues que se cobre, ó no la pena, ó graciosamente se remita, se ha de llevar

á pura, y debida execucion, y ser firme, eficáz, irretratable é irrescindible esta transaccion en todas sus partes, á cuyo fin se conforman con lo que disponen la ley 34. tit. 11. Partid. 5. en su segunda parte, y la 2. tit. 16. lib. 5. Recop. y para ello dan poder á los Señores Jueces, &c. *Aquí se pondrá la obligacion general de bienes, cláusula guarentigia, sumision, y renunciacion de Leyes que en otros contratos, y* (si los interesados quisieren) *el juramento para la mayor estabilidad de la transaccion; y no habiendo pleyto pendiente, no se hablará de él, ni de la cancelacion de Autos.*

Nota: Las copias de las Escrituras de compromiso, y transaccion en que no hay cantidad cierta, ni sentencia, se han de sacar en el papel correspondiente al importe de la demanda, y regularse por ella; y si hay sentencia, por esta, y entonces se ha de observar lo que en las ventas y censos sin diferencia.

CAPÍTULO XIV.

De los poderes, cesiones y lastos

§. I.

De los poderes.

1 El *poder es potestad que una persona da á otra para que en su nombre practique, y haga lo mismo que ella por sí própia haria en el negocio que le encarga.* Y Apoderado, ó Personero es el que hace las cosas agenas por mandato de su dueño; y se llama así, porque parece, y está en juicio, y fuera de él en lugar de otro (1).

2 Tres modos de dar poder nos enseñan las Leyes 1. tit. 10. lib. 1. del Fuero Real, y 14. tit. 5. Partid. 3. I, el que se hace ante Escribano público del Número: II, el que se otorga ante otro Escribano, sellado con el Sello del Rey, Señor, Prelado, Maestre de alguna Orden, Concejo, ó de otro; y el III, es aquel cuya dacion presencia el Juez, al qual llamaban antiguamente *apud acta*, porque se hacia en los mismos Autos, y para su validacion bastaba que el mandante, ó poderdante dixese al mandatario que le hacia su Procurador en el pleyto que seguia con el colitigante sobre tal cosa, á fin de que pudiese practicar en su defensa todo lo que ocurriese, cuya expresion era suficiente para principiar, y seguir el pleyto; pero hoy no se usa este modo de dar poder, por estar prohibido, y mandado que de todos los instrumentos quede protocolo, y no se dé copia de ellos á los interesados hasta que esten estendidos, y otorgados, como diré en el cap. fin.

3 El que no está baxo el dominio de otro, y es capáz, puede dar poder, y constituir Procurador, ó Apoderado; pero hay casos en que se permite al hijo que salió de la edad pupilar, y está en el de su padre, darlo: el I, para demandar sus bienes

(1) Ley 1. tit. 5. Partid 3.

castrenses, y casi castrenses: y así el hijo que tiene renta eclesiástica puede cobrarla, y dar poder para ello, porque esta se reputa casi castrense, bien que conviene que en ello intervenga su padre, aunque no es preciso; y lo mismo procede para el uso de Patronato própio del hijo. El II, quando su padre lo envia á alguna escuela, ó vniversidad, y despues de llegar á ella, ó en el camino le sucede tal cosa, por la que ha de demandar, ó ser demandado. Y el III, si estando el hijo en el lugar de su padre, y este ausente, ocurre algo porque tiene que seguir pleyto en nombre de su padre; pero en este caso ha de dar caucion, y seguridad de que su padre habrá por firme lo que él, y su Apoderado practiquen (1).

4 Tambien pueden constituir Apoderado el Obispo, Cabildo, Convento, Maestres de Caballería y los Concejos para sus negocios así en juicio como fuera de él (2); y la muger casada con licencia de su marido, y no de otra suerte, á menos que sea para las cosas explicadas en el cap. VII. §. IV. núm. 111. Los Religiosos profesos pueden constituir Apoderado para su defensa, si se ven oprimidos por sus superiores; y asimismo para administrar los bienes, y rentas que gozan con su permiso, defender sus regalías y para lo demas á ello concerniente, y anexo.

5 El menor de 25 años, que tiene tutor, no puede elegir Procurador en juicio sin su licencia, y si lo hace, valdrá únicamente lo que ceda en su utilidad; pero su tutor tampoco puede como tal dar poder en juicio, sino empieza primero el pleyto, ya sea demandando, ó defendiendo (3).

6 Si alguno reputado por libre, que no está en el dominio de otro, es demandado por siervo, puede nombrar Apoderado que le defienda en el pleyto de su libertad, y tambien para demandar á sus deudores, aunque esté contestada la demanda de servidumbre; pero al que es tenido por siervo, y está en poder de su Señor, se le prohibe en el todo, y así debe comparecer por sí mismo en juicio, precedida la vénia de su Señor, y el Juez, apremiar á este á que esté á derecho con él, y tomar suficiente seguridad para que el siervo pueda exponer el suyo; y

(1) Ley 2. tit. 5. Partid. 2. (2) Dicha ley 2. (3) Ley 3. tit. 5. Partida 5. Cur. Philip. part. 1. §. 9.

qualquiera ya sea su pariente, ó extraño, puede defenderle en el pleyto de libertad, no obstante que no tenga su poder, porque todos los derechos la protegen (1).

7 Si alguno tiene hijo ageno en su poder contra la voluntad de su padre, y este quiere sacarlo de él, debe demandarlo por sí mismo, á menos que esté justamente impedido, que en este caso puede dar para ello poder especial á otro, expresando la causa por que por sí no lo demanda (2); y si muchas personas tienen algun pleyto, pueden dar un solo poder, y constituir un Procurador que las defienda en él (3).

8 No pueden ser Apoderados ó Personeros de otro en cosa alguna el loco, desmemoriado, mudo y sordo total, ni el acusado de grave delito, mientras dura la acusacion. La muger puede serlo en juicio por sus ascendientes y descendientes, no habiendo quien los defienda, y estando muy viejos ó imposibilitados, y no de otra suerte; y tambien por librar á sus parientes de servidumbre, y seguir la apelacion de sentencia de muerte dada contra alguno de ellos (4); pero para cosas extrajudiciales no la está prohibido; y aun en juicio se la admite tambien por no haber prohibicion legal, á no ser que haya que tomar autos, pues entonces substituye el poder en Procuradores.

9 Los Religiosos solo pueden serlo en pleyto de su Orden con licencia de su Prelado, y los Clérigos ordenados *in Sacris* en los de sus Iglesias, Rey ó Prelado (5); y segun Decreto de S. M. publicado en el Consejo en 19 de Noviembre de 1764, y Cédula expedida en el Real Sitio de San Lorenzo á 25 del mismo mes y año, confirmatoria de los Autos 1. y 2. tit. 3. lib. 1. Nov. Recop. á que se refiere, tampoco pueden ser Agentes de Pleytos: entender en administraciones, cobranzas, ni dependencias que no sean de sus própias Iglesias, Monasterios, Conventos ó Beneficios, ni mezclarse en negocios agenos mere profanos, y temporales por medio de interpósitas personas con título de substitucion, ni otro alguno; ni por consiguiente admitir poderes para ellos, aunque por substituirlos en nada intervengan por sí mismos (*a*).

(1) Ley 4. tit. 5. Partid. 3. (2) Ley 16. tit. 5. Partid. 3. (3) Ley 15. tit. 10. lib. 1. del Fuero Real. (4) Ley 5. tit. 5. Partid. 3. (5) Dicha Ley 5.
(a) Nota 1.

10 El siervo no puede ser Apoderado en pleytos que no pertenecen al Rey; pero para cosas extrajudiciales, v. gr. administrar los bienes de su Señor, bien puede; y asimismo el que es tenido por libre, aunque esté demandado por siervo (1).

11 Los Caballeros que están sirviendo al Rey, ó á otros Señores en alguna frontera, ó en otro lugar, no pueden ser Procuradores de otro en juicio mientras subsisten empleados; á menos que sea sobre cosa tocante al órden de Caballería; pero no estando en actual servicio, no se les prohibe (2); mas sinembargo de que estén, pueden ser Procuradores por tres causas que expresa la ley 7. tit. 5. Partid. 3. en esta forma::: *E la primera es por librar algun su pariente de servidumbre, á quien demandase alguno en juicio por siervo. E la segunda para defender ó escusar á derecho á todo ome á quien oviese juzgado torticeramente á muerte, teniéndole preso, é non lo queriendo oir. E la tercera si el Caballero fuese puesto por Personero en algun pleyto, é la parte contra quien fuese dado, comenzase por su placer el pleyto con el por demanda, é por respuesta, non lo desechando: ca dende adelante non lo podria desechar maguer quisiese, ante decimos que debe ser Personero del pleyto fasta que sea encimado.*

12 Al menor está prohibido comparecer en juicio en nombre de otro; pero teniendo 17 años cumplidos, puede ser Apoderado, y hacer fuera de juicio lo que qualquiera le encargue (3).

13 Los Adelantados, Jueces, Escribanos mayores de la Corte, y otros Oficiales que por sus empleos son poderosos, no pueden ser Procuradores de otro en ella para cosas judiciales, excepto que concurra alguno de los motivos expresados en el n. 11. lo qual prohibe la ley 8. tit. 5. partid. 3. por dos razónes que expresa en esta forma::: *E esto defendemos por dos razones: la una porque se non embargue aquello que son tenudos de facer de sus oficios: por ser ellos Personeros de otri: la otra porque pueden meter en grandes costas é trabajos á los omes contra quien fuesen fechos Personeros, alongandoles los pleytos por razon del poder que han en la Corte por los oficios que tienen, asi como de suso diximos*; pero hoy han cesado las prevencio-

(1) Ley 5. tit. 5. Partid. 3. (2) Ley 6. tit. 5. Partid. 3. (3) Ley 19. al fin. tit. 5. Part. 3.

nes de esta ley con motivo de haber en los Tribunales número determinado de Procuradores.

14 El que va á negocio del Rey ó del Concejo, y pro comunal de la tierra, no puede ser Personero de otro en pleyto alguno, mientras subsiste con el encargo (1); ni los que tienen negocios própios en la Corte pueden ser nombrados para ir á ella, ó á las Audiencias á los de sus pueblos (2).

15 Ninguno puede comparecer en juicio por otro sin su poder, á excepcion de los siguientes: el marido por su muger, el pariente por sus parientes consanguineos, ó afines hasta el quarto grado, ó por su criado ó deudo, ó por razon de manumision de esclavos, los quales pueden comparecer en juicio unos por otros, aunque sea sin poder del interesado, á menos que este lo resista. Tambien pueden comparecer los herederos que poseen bienes pro indiviso, y sócios que tienen compañia, con tal que antes de entrar en juicio den fianza segura baxo de pena, de que aquel á quien defienden habrá por firme lo que se practicare, é hiciere en el pleyto, y que si no quisiere, ellos y sus fiadores pagarán al colitigante la pena que se les imponga; pero este debe pedir la fianza y caucion antes de la contestacion, porque despues no están obligados á darla aunque se les pida; lo qual se entiende siendo actores el tal pariente, heredero ó sócio, porque si son reos, qualquiera puede comparecer por otro en juicio, aunque no sea su pariente, ni tenga su poder, dando la seguridad mencionada (3), como queda sentado en el cap. 7. §. 6. núm. 158.

16 El Rey, su hijo, el Arzobispo, Obispo, Maestre de alguna Orden, Gran Comendador, ú otra persona distinguida que tenga lugar señalado del Rey, no deben comparecer en juicio por sí próprios en causas civiles con el inferior, pero en las criminales sí: ni ser Apoderados de otro, sino que sea en pleyto del Rey ó de viuda, huérfano ó persona miserable ó infeliz, á quien se haya hecho grande injusticia (4).

17 El Poderdante debe nombrar al Apoderado por su nombre y apellido, ya esté presente ó ausente, y especifi-

(1) Ley 9. tit. 5. Partid. 3. (2) Ley 21. tit. 3. lib. 7. y Autos 4. tit. 5. y 2 tit. 6. §. 15. lib. 3. Recop. (3) Ley 10. tit. 5. Partid. 3. (4) Ley 11. tit. 5. Part. 3. Gom. lib. 3. Var. cap. 1. num. 14. Cur. Philip. part. 1. §. 1.

car con toda claridad lo que ha de hacer en virtud de su poder judicial, ó extrajudicialmente para siempre, ó por tiempo determinado, con condicion ó sin ella (1). Tambien puede constituir muchos Apoderados para que todos juntos sigan sus pleytos, y hagan lo que les encarga, ó dar el poder á cada uno con facultad de para todo. Si todos principian el pleyto por demanda ó contestacion, qualquiera de ellos puede proseguirlo despues; y si la parte contraria se quexa protestando irrogársele perjuicio en tener que entenderse con todos, debe el Juez mandar que se entienda con uno solo, á cuyo fin elegirá el mismo Juez al que le parezca que ha de evacuar mejor la comision. Si no da á cada uno facultad para todo, ninguno podrá hacer mas que lo que por su parte le toque: y si el poder la contiene, está obligado el que empiece á proseguir hasta la conclusion del pleyto ó negocio, y los otros Apoderados en nada tienen que mezclarse, ni deben intervenir (2).

18 No puede el Apoderado para pleytos nombrar substituto sin haber contestado la demanda, á menos que tenga expresa facultad: ni ámbos exceder de lo que el poder contenga, y si exceden es nulo (3): ni tampoco despues de executoriado el pleyto seguirlo sobre la execucion de la sentencia, excepto que el poder contenga esta especialidad, que conviene ponersela para evitar nuevo poder, y gastos á las partes, porque es pleyto nuevo; bien que seqüela del principal, para el que se le confirió el poder; pero el que lo es para cosas extrajudiciales, puede elegirlo, aunque el poder carezca de esta facultad. Previniendo lo I, que el apoderado para pleytos ha de tener 25 años, y el otro 17 cumplidos á lo menos (4). Lo II, que el substituto no puede substituir si el poderdante no le concede específicamente esta facultad, sin embargo de que se diga que se subroga en lugar del Apoderado, y que se entiende ser nombrado por el poderdante para todo lo que el mismo Apoderado, porque el poder tanto vale quanto suena, y nada mas; y asi es preciso que contenga la facultad de subs-

(1) Ley 13. tit. 5. Partid. 3. (2) Ley 18. tit. 5. Partid. 3. (3) Ley 19. tit. 5. Partid. 3. y 11. tit. 10. lib. 1. del Fuero Real. (4) Ley 19. tit. 5 Partid. 3.

tituir tambien, y careciendo de ella no puede hacerlo el substituto. Y lo III, que muerto el Apoderado, cesan las facultades del substituto, porque acabada la potestad del que dá, espira la del que recibe, excepto que el poder exprese lo contrario, pues entonces es visto haberlo nombrado el poderdante, y así podrá continuar en su encargo hasta que se le suspenda; lo que tendrá presente el Escribano.

19 En todos los poderes suelen los Escribanos poner regularmente tres cláusulas; la I es: *Que el poderdante confiere á su Apoderado el poder con libre, franca y general administracion.* La II: *Que se lo dá para que haga en su virtud todo lo que él por sí mismo haria, y hacer podria, presente siendo.* Y la III es: *La relevacion al mandatario, y substitutos que nombre.* De cuyas tres cláusulas las dos primeras suplen muchos defectos de los poderes, pues en fuerza de ellas puede el Apoderado estenderse á mas que á lo que el poder contiene, cómo se prueba de la ley 19. tit. 5. Partida 3. que dice: *Razonar, nin facer non puede el Personero mas cosas en el pleyto, nin meter á juicio de quanto le fuese otorgado ó mandado por razon de la personería; é si á mas pasare, non debe valer lo que ficiere: é por ende decimos que si el Personero quisiere avenirse con su contendor, ó facer alguna postura con él, ó quitalle la demanda, ó dar jura porque se destajase el pleyto, que non lo puede facer, fueras ende si el dueño del pleyto le oviese otorgado señaladamente poderío de facer estas cosas, ó si en la carta de la personería le oviese otorgado libre, é llenero poder para facer cumplidamente todas las cosas en el pleyto que él mismo podría facer, cá entonce quando tales palabras fuesen y puestas, bien podria facer qualquiera de las cosas sobredichas.* Pero en la práctica solo se admite el poder en lo que suena, porque las dos cláusulas se ponen por estilo, y por seguir la fórmula introducida.

20 Y la relevacion puede dirigirse en favor del mandatario de dos maneras: la I, para que si el mandante es condenado en el Juicio civil, no se proceda contra el mandatario á la execucion de la condenacion, sino directamente contra el mandante, segun debe hacerse, porque se constituye su fiador, y no tiene el Apoderado que prestar caucion, ni otra seguridad de pagar juzgado y sentenciado; pero esto se entiende hoy en caso de que el mandante posea bienes inmue-

bles, pues de lo contrario no queda relevado, y tendrá que afianzar si se le pide y manda, por el estilo que hay de ponerla en todos los poderes los Escribanos; por lo que el demandado diestro y cauto si tiene que reconvenir al demandante que está fuera de la Provincia, ó no es idóneo, puede pedir á su Procurador antes de la contestacion que en la causa de reconvencion dé la fianza de estar á derecho, y pagar juzgado, y sentenciado la condenacion que se haga al demandante, no obstante la citada cláusula, por no poseer bienes en lugar cercano de que reintegrarse, cuya excepcion dilatoria se le admitirá; sobre lo qual vease á *Maranta*, *Speculum aur. part.* 6. *de Satisdatione*, *núm.* 11. y no afianzando en este caso, se le debe denegar la audiencia, y no estimarle parte hasta que lo practique, ó la suya á satisfaccion del demandado; pero si este no le pide la fianza, no tendrá accion contra él por la condenacion principal, ni costas del poderdante, porque es visto haber renunciado este auxîlio respecto no usó de él en tiempo, y así deberá repetir por todo contra el demandante, pues de lo contrario no habria quien admitiese poderes, en lo que se irrogaba gravísimo detrimento al público, el que se debe evitar, porque prepondera al de uno ú otro litigante actor, ó reo que suele obtener en juicio con costas; sobre lo qual véase lo que digo en el lib. 3. cap. 2. núm. 348. de mi segunda parte adicionada. Y la otra para no poder reconvenir el mandante al mandatario en el caso de que practique alguna cosa en su perjuicio, pues si la executa, no hay duda que puede pedir le indemnice del daño que le irrogue, como en el núm. 24. diré. De qualquier modo que sea, presupone esta cláusula una fineza y obsequio que el mandante hace al mandatario. Y porque de estas cláusulas, (que llaman generales) y especialmente de la segunda y tercera pueden ocasionarse graves daños á los mandantes por la inordinada conducta de los mandatarios, aconsejo al Escribano que no las ponga sin expreso mandato del poderdante; sobre lo qual veanse los AA. (1).

21 Se acaba el oficio de Procurador ó Apoderado con la

(1) Gutierr. de Juram. confirm. part. 1. cap. 50. Sr. Greg. Lop. en la ley 19. tit. 5. Part. 3. y en la 7. tit. 14. Partid. 5.

vida del poderdante; pero si el Procurador usa del poder antes que este muera, y la demanda está contestada, no espira su potestad, por lo que puede continuar el pleyto hasta su final, del mismo modo que si estuviera vivo, aunque sus herederos no lo ratifiquen, ni le den otro, con tal que no constituyan nuevo Apoderado (1): y así despues de puesta ó contestada la demanda se le tiene por dueño de la instancia, y con él debe substanciarse hasta que se sentencie. Si el Apoderado fallece antes de demandar ó contestar, se acaba la personería; pero si acaece despues su muerte, deben sus herederos proseguir el pleyto, siendo idóneos (2).

22 Tambien se acaba el oficio de Personero ó Procurador luego que el Juez sentencia el pleyto en que entendia; pero si la sentencia es contra él ó contra su parte, puede apelar de ella, aunque el poder carezca de esta especialidad. Asimismo se acaba si de su própia voluntad dexa el encargo, ó el dueño constituye otro Personero en su lugar, ó le revoca el poder (3): cuya revocacion puede hacer siempre que quiera por las causas que expresa la ley 24. tit. 5. Partid. 3.::: *E las razones son estas, como si averiguase que el primero Personero fuese en poder de los enemigos, ó en prision, ó fuese ido en romería, ó embargado de alguna enfermedad, ó oviese á seguir sus pleytos mismos, de manera que non pudiese entender en el de aquel, cuyo Personero era; ó fuese fecho su enemigo, ó amigo de su contendor por casamiento que oviese fecho de nuevo. Cá por qualquier destas razones sobredichas, ó por otras semejantes dellas puede revocar el primero Personero, é dar otro, maguer el mismo, é la otra parte lo contradixese.* Pero por evitar pleytos con la manifestacion de las causas, y toda sospecha de injuria, tuvo por mas equitativo la práctica no seguir lo dispuesto por derecho, y que en qualquier tiempo se hiciese, como se hace la revocacion, *dexando al Apoderado en su buena fama y opinion, expresando que es sin ánimo de injuriarle*, segun lo previene la ley 24. inserta en las palabras *ó si el Personero mismo*: y con esta cláusula no puede alegar que se le agravia, ni el mandante tiene

(1) Ley 23. tit. 5. Partid. 3. & ibi glos. 3. (2) Dicha ley 23. Cur. Philip. Comer. terr. lib. 1. cap. 4. num. 41. y sig. (3) Ley 23. tit. 5. Partid. 3. cit. verb. Otrosi se acaba::

necesidad de expresar las causas, y así se observa judicial y extrajudicialmente sin disputa, pagándole antes de la remocion, y no de otra forma, lo que le deba.

23 Espira igualmente su potestad, y se entiende revocado el pŏder, si el dueño comparece por sí própio en el pleyto, como puede; pero si dice en el pedimento que lo hace sin perjuicio del poder dado, ni de que por su comparecencia se entienda revocado, no se acabará la facultad del Apoderado (1); y lo mismo procede para qualquier acto extrajudicial. Advirtiendo que por la concesion del poder es visto ratificar el que lo da, todo lo que su mandatario ó apoderado hizo ántes de conferírselo (2); y lo mismo procede en el juicio que fué nulo, pues se convalida por el derecho que sobreviene al actor por causa de pretérito (3).

24 El Procurador para pleytos debe dar cuenta á su principal de lo que por razon del tal pleyto recibiere, al modo que está obligado á ello el que lo es para cobrar, y tambien de las costas y otras cosas en que la parte contraria fuere condenada, y de las que hiciere en el pleyto, las que debe abonarle el dueño, á menos que pacten lo contrario (4); y si por su culpa ó negligencia pierde algo el Señor del pleyto, tiene obligacion de reintegrárselo de su própio caudal (5).

25 El Procurador y Abogado no pueden hacer concierto con el sugeto á quien defienden, de que les ha de dar parte en el pleyto si se gana, pena de incurrir en infamia y otras (6): ni sobre sus derechos, y honorarios despues de vistas las Escrituras del litigante (7); y el Abogado que comete *prevaricato* debe morir como aleve, segun lo dice una ley de Partida (8), bien que otra recopilada (9) templa y corrige el rigor de esta pena con privacion de oficio, y si aboga despues de la condenacion, con perdimiento de la mitad de sus bienes.

(1) Cap. Si quidem de Procur. in 6. & ibi glos. & DD. in cap. Non injuste extra de Procurat. Señor Olea, de Ces. Jur. tit. 8. quæst. 1. num. 19. Señor Covarr. Pract. cap. 11. num. 2. (2) Ley Juberrus, ff. Qui satisdare cogant. (3) Ley Si rem, 8. fin. ff. de Procurat. action. y ley Non potest, ff. de Judic. Surd. decis. 6. num. 1. (4) Ley 25. tit. 5. Partid. 3. (5) Ley 26. tit. 5. Partid. 3 (6) Leyes 14. tit. 6. Partid. 3. y Si qui advocatorum 5. Cod. de Postulando. (7) Leyes 7. y 8. tit. 16. lib. 2. Recop. (8) Ley fin. tit. 6. Partid. 3. (9) Ley 17. tit. 16. lib. 2. Recop.

26 El poder para desposarse debe ser especial, y el varon que lo otorga, tener precisamente 14 años cumplidos, edad necesaria para casarse, á menos que su malicia la supla. El poderdante ó novio no necesitaba licencia de su padre para otorgarlo, aunque estuviese baxo la patria potestad, al modo que tampoco para casarse, pero hoy por la Pragmática inserta en la Nota 2., deberá obtenerla si es menor, porque sino no le casarán. En él se ha de expresar quien lo da, á quien, y con quien se ha de contraer el casamiento, de suerte que no haya duda ni equivocacion; pero si lo revoca antes que el desposorio se celebre, no valdrá este, aunque el Apoderado sabiendo ó no la revocacion, use del poder, así porque carece de facultad, como porque al tiempo de su celebracion faltó la intencion al novio ó poderdante, requisito tan preciso, que sin él es nulo qualquier Sacramento. Y por si sucede que en un mismo dia se efectúe el casamiento por el Apoderado, y la revocacion del poder por el novio, es buena prevencion expresar la hora en que esta, y aquel se hacen, con la qual cesarán dudas. De esta materia tratan los tit. 1. y 2. de la Partid. 4. (*a*).

§. II.

De la cesion, y poder en causa própia.

27 *La cesion es como tradicion, y translacion en un sugeto de las deudas, derechos y acciones que por legítimo, y cierto título tiene alguno contra otro.* Y la *delegacion es dar un deudor á su acreedor otro deudor suyo que le pague el débito.* (1). Convienen ámbas en que por ellas se hace la translacion de la accion. Y se diferencian en que la cesion puede hacerse aunque el deudor la ignore, y contra su voluntad; pero la delegacion no, sin que intervenga su consentimiento, y aceptacion; por lo que si uno libra á cargo de otro alguna cantidad, y el deudor

(1) Leyes Per diversas, y Ab Anastasio, Cod. Mandati, ley Julia, ff. de Perit. hereditat. y ley Delegare, ff. de Novation. Sr. Olea de Ces. jur. tit. y quest. 1. num. 101. y quest. 2. num. 50. (*a*) Nota 2.

contra quien se dirige la libranza, la acepta, se llamará delegacion; y en caso de no aceptarla, será cesion (1); bien que á veces estas palabras: *ceder*, *conceder*, *delegar*, *prestar*, *asignar y renunciar*, se entienden en derecho por una misma cosa, acerca de lo qual vease al *Señor Olea de Cesion. jur. tit.* 1. *quest.* 2. que lo explica latamente.

28 La cesion es de dos clases, una de la ley, y otra del hombre: la de la ley es quando la virtud, y autoridad de esta hace que mediante la equidad, ó necesidad, se transfiera en un sugeto la accion, y su exercicio que compete á otro, sin que intervenga acto alguno de este; de la qual trata con mucha extension, y claridad el *Señor Olea* en las diez qüestiones del *tit.* 4. *de Cæs. jur.* Y la del hombre (que es la materia de este §.) es quando interviene hecho suyo, v. gr. venta, donacion, &c. Puede ser *expresa*, ó *tácita*, *principal*, ó *accesoria*, *voluntaria*, ó *necesaria* *Expresa*, la que se hace con palabras expresas, y claras. *Tácita*, la que se induce de los hechos, y se percibe mas con el entendimiento que con las palabras, v. gr. la tradicion del instrumento del crédito, precedida causa apta para la translacion del dominio principal, v. gr. si se vende la accion, y se cede. *Accesoria*, si se vende la herencia, y se ceden las acciones contra los deudores de esta; ó se vende algun fundo, y se ceden las que por razon de él competen al cedente, pues la cesion de los derechos, y acciones que tiene su tendencia á la defensa y manutencion de la cosa corporal vendida, ó dada, se llama accesoria. *Voluntaria*, la que el cedente hace de su espontanea voluntad. Y *necesaria*, quando es compelido á hacerla (2) como sucede en varios casos que traen los AA. (3). Y pueden hacerla todos los que tienen facultad de celebrar contratos por sí sin intervencion de Juez, ni Curador; pues cada uno puede ceder, y renunciar lo que está establecido en su beneficio (4), mas no lo que mira á la utili-

(1) Ley 1. y Neque creditoris, Cod. de Novation. ley Nomen, Cod. Quæres pignori obligari pos. y leyes 14. tit. 7. y 9. tit. 16. lib. 9. Recop. Cur. Philip. Comer. terr. lib. 2. capit. 6. número. 1. al 3. Sr. Olea dicha quæst 2. num. 51. (2) Gallerat. lib. 1. cap. 4. de Renuntiation. número 33. al 37.

(3) Thusc. en la pal. Cessio jur. conclus. 211. Gras. de Cæs. jur. §. 6.

(4) Ley Si quis in conscribendo 51. Cod. de Episcop. & Cleric. ley penult. Cod de Pact. cap. Tuis de Testib. cap. Ad Appostolicam 16. de Regul. jur. y cap. Si de terr. 6. de Privil.

dad pública, y la ofende (1). En quanto á quando la ley mira á la utilidad pública, ó privada, vease al *Señor Covarr. in cap. Quamvis, part.* 2. §. 1 *núm.* 5. *y* 6. pues omito explicarlo por no importar al Escribano.

29 Asi como le está prohibido al menor enagenar sin decreto, ó licencia judicial sus bienes raices, y los muebles que guardándolos pueden conservarse, y sin la de su Curador los demas muebles, segun he sentado en el cap. 7. núm. 93; así tampoco puede hacer cesion de las acciones que á ellos respectivamente le corresponden, sin que intervenga la própia licencia; pero si la accion á cosa inmueble, ó cantidad le compete alternativamente, y la eleccion que contiene la obligacion alternativa, toca al menor que es acreedor, no puede cederla sin decreto, ó licencia, por lo que el Tutor que tiene la eleccion de restituir el fundo, ó su precio, no debe hacer la restitucion del fundo sin ella; bien que si la eleccion toca al deudor, será válida la cesion sin que intervenga el decreto, no obstante que algunos sienten lo contrario (2). Y lo própio milita para con la Iglesia.

30 Como la cesion de acciones es uno de los contratos permitidos, pueden ser cedidas, y renunciadas (regularmente hablando) todas las transmisibles, ya competan contra la persona, ó contra la alhaja (3): y por consiguiente se pueden ceder la accion real, la útil, la condicional, la de reivindicacion, la cedida al cesonario por este, el débito condicional, y á cierto dia, la herencia, la accion de hurto, que segun derecho (4) se dirige á imponer pena por la injuria, y la condicion furtiva, que mira á exîgir la cosa hurtada, la accion de injuria, y todas las que descienden de delito, las que competen al Señor solo, la de restitucion por entero que corresponde al menor, pues es transmisible á sus herederos, y aprovecha á su fiador, porque mira á su comodidad, y el noble oficio de Juez, la obligacion natural: todo posesorio de hecho: la Tenuta, la mision, ó introduccion en la posesion, el dere-

(1) Ley Jus publicam ff. de Pact. cap. Si diligenti 12. de Foro competent.
(2) Señor Olea de Ces. jur. tit. 2. quæst. 1. num. 31. hasta el fin.
(3) Ley ultim. y todo el tit. ff. de Hæreditat. vel action. vend. Sr. Olea de Ces. jur. tit. 3. quæst. 2. num. 1. y 2. (4) Ley Si pro Fure 7. §. 1. ff. de Condition. furtiv.

cho executivo, el de prender de própia autoridad al reo o deudor fugitivo, el de la legítima y Trebelianica, la instancia y el derecho de ella, el de protestar ó hacer protestas, el privilegio del Fisco, y todo privilegio transmisible á los herederos: el que compete al conductor ó colono, la posesion civil que alguno tiene por la cláusula de *Constituto*, ó por estatuto que manda se continúe la del difunto á su heredero, el censo, la deuda ó nombre del deudor, el fideicomiso singular y el condicional, el derecho de la substitucion pupilar, el de arbitrar ó hacer alguna cosa á su arbítrio, el de denunciar ó manifestar algun impedimento, el de retener la alhaja por los gastos hechos en ella, las obras y trabajo del criado ó siervo, el derecho de prenda que alguno tiene en el hombre libre: y otros derechos, y acciones que refieren *Tiraquel de Retract. linag.* §. 26. *glos.* 3. y el *Señor Olea de Ces. jur. tit.* 3. apoyándolas con varios textos, y doctrinas que omito á beneficio de la brevedad.

31 Asimismo puede ser cedido, y renunciado el derecho, y esperanza del que alguno tiene, ya sea por causa de presente, ó por la de futuro. Y para que el Escribano destituido de principios, no se confunda en esta materia debo decirle que el derecho que podemos tener, puede ser de dos clases, ó géneros, el uno *adquirido*, y el otro *adquisible*, ó como los Juristas dicen, derecho en la cosa, y derecho á la cosa (1). El *adquirido*, es el que está perfectamente radicado, y nos compete de tal suerte que como dueños podemos usar de él, y gozarlo sin el mas leve obstáculo (2), por lo que se llama indubitado, y cierto, y los Juristas le titulan derecho en la cosa, que es derecho, y dominio en la cosa, ó alhaja. Y el derecho *adquisible*, ó derecho á la cosa es el que no está adquirido todavía, pero hay esperanza de adquirirlo, y así no se llama con propiedad derecho, sino esperanza de él (3).

32 Este derecho adquisible, ó de futuro es de dos maneras, el uno *deferido*, y el otro no. El *deferido*, ó de preté-

(1) Ley fin. & ibi not. Cod. de Acquirend. possesion. y ley Servus, Cod. de Pact. Dec. consil. 147. num. 4. (2) Ley 1. y tod. el tit. ff. de Acquir. rer. domin. y §. Singulorum, Instit. de Rer. divis. Paris, consil. 9. num. 91. lib. 2. (3) Ley Cum arthemidoram, Cod. Ut in posses. legator. Dec. ibi. Gallerat. de Renunciat. Centur. 1. renunciat. 17. num. 1. al 3.

rito, es aquel que ya recayó en nosotros, v. gr. la herencia que se nos ha dexado, pues aunque no la hayamos adquirido por no haberla aceptado, podemos adquirirla siempre que queramos, por depender su adquisicion, y aceptacion de nuestro libre alvedrio, y espontanea voluntad (1): por cuya razon se dice que compete en realidad, y que por tener poco de incertidumbre respecto poderse aceptar quando se quiera, es indubitable, no solo que puede ser cedido, y renunciado (2), sino que el sugeto á quien realmente, y en esperanza compete, puede contraer, y constituir hipoteca sobre él; por lo que la esperanza que alguno tiene de suceder en el fideicomiso despues de la muerte de su poseedor, se puede gravar, vender y tambien ceder (3), porque trae causa cierta de pretérito.

33 El derecho adquisible, ó de futuro *no deferido* puede ser de dos maneras, el uno *por causa de presente*, y el otro *por causa de futuro*. El primero, es el que aunque en la actualidad se puede adquirir, hay esperanza de adquirirle; cuya esperanza está fundada en alguna causa de presente, v. gr. el débito á cierto dia, ó condicion, que se dice competir solamente en esperanza, y no en el efecto y realidad (4).

34 Este derecho á cierto dia se puede ceder, porque para en quanto á la obligacion no es del caso el que sea pura, ó á dia determinado, pues en ámbos casos nace al instante, y la cosa ó cantidad empieza á deberse (5); no obstante haber diferencia por lo respectivo á su exâccion, mediante no poderse pretender esta hasta que el prefinido se cumpla (6), lo que es al contrario en el débito puro, pues este se puede pedir luego, que es diez dias despues de contraido, porque no solo cedió el dia, sino que vino, y llegó (7).

35 Y el derecho que compete en virtud de contrato condi-

(1) Ley Delata, ff. de Verbor. significat. y ley 1. §. Decretalis, ff. de Succ. edict. Gallerat. de Renuntiat. tom. 1. lib. 4. cap. 3. num. 45. al 48. y Centur. 1. renuntiat. 17. num. 5. (2) Gom. lib. 2. Var. cap. 2. num. 5.

(3) Cencio de Censib. quæst. 27. Hermosill. en la ley 13. tit. 5. Partid. 5. glos. 15. num. 12. Señor Olea de Ces. jur. tit. 3. quæst. 10. num. 6.

(4) Ley. 1. Cod. de Pact. Gallerat. renuntiat. 17. dicha, num. 6.

(5) Ley Centesimis 46. ff. de Verb. obligation. §. Omnis stipulatio, Instit. eod. tit. (6) Ley Publicus, §. 1. ff. de Condit. & demonstrat. y ley Ex his Cod. Quando dies legati cedat. (7) Ley 2. tit. 1. Partid. 5. Dicha ley Centesimis, §. Omnis, ley Cedere diem 213. ff. de Verbor. significat.

cional, se puede ceder igualmente, porque sin embargo de ser cierto que el sugeto á quien se hizo el Legado con condicion, no se debe titular, ni es acreedor miéntras esta se halla pendiente; en los contratos es al contrario, porque aquel á quien se debe alguna cosa ó cantidad, se constituye acreedor de ella al instante (1), y la substancia de la obligacion se contrae al tiempo de la convencion; lo qual no sucede en los testamentos con el Legado condicional, por lo que el derecho de la estipulacion condicional, ya sea casual ó mixta, se transmite á los herederos (2); pero siendo potestativa, no hay transmision á estos (3). Y al modo que la esperanza fundada en el contrato condicional se transmite á aquellos, del mismo modo se puede transferir á otro; por lo que confiscados los bienes del acreedor del que es deudor del Fisco, pása á este (4), y tambien puede donarse la esperanza de la accion condicional (5).

36 El derecho de futuro por causa de futuro es aquel que á nadie corresponde en realidad, ni en esperanza, y solo se puede adquirir por nueva causa superveniente, v. gr. la herencia del que está vivo, en la que la esperanza de suceder ninguna causa tiene de presente (6). Este derecho por ser puramente imaginario y falaz á causa de no tener la mas leve exîstencia (por lo que se le suele llamar delirio de los que velan y se alimentan del ayre), parece que no puede ser cedido, renunciado, ni repudiado (7), porque lo que consiste y compete solamente en esperanza, no se puede transmitir (8), ni decir que se pierde (9). Mas no obstante, como los derechos que consisten en potencia y esperanza son cesibles por concurrir en ellos dos cosas, la una el mismo derecho de futuro, y la otra la esperanza de él, que es hecho nuestro, y no ageno; y sinembargo de que el tal derecho no exîste, es cierta, y es-

(1) Ley Is qui sub condition. 42. ff. de Obligat. & action. (2) Ley Ex conditionali, Instit. de Verb. obligat. ley Si quis 57. ff. eod. tit. ley Necesario 8. vers. Quod si pendente, ff. de Pericul. & commod. rei vendit. y ley Quoties, Cod. de Donation. quæ sub modo. (3) Ley si decem cum petiero, ff. de Verb. obligation. Señor Olea dicha quæst. 10. num. 4. y 7. al 10. (4) Ley inter Socerum 16. §. ult. ff. de Pact. dotal. (5) Ley Spem 3. Cod. de Donat. Señor Olea ibi, num. 11. (6) Ley fin. Cod. de. Pact. Señor Olea ibi, num. 5. Gallerat. renuntiatio 17. dicha, num. 6. (7) Ley Et quæ nondum, ff. de Pignorib. (8) Ley Sed si plures, y ley Qui habebat, ff. de Vulgar. & pupillar. Substitut. y ley Sempronius, ff. de Usu, & usufruct. legat. (9) Leyes Non videtur, y Non potest, ff. de Condit. ob caus

tá presente la esperanza ó deseo de tenerlo, y nadie puede ser privado ni aun por el Príncipe del que le compete en ella (1); por eso puede ser donada, cedida y renunciada, y por consiguiente viene el derecho que en ella consiste (2). Pero es de advertir que para que el Cesonario ó Renunciatario pueda adquirir este derecho, es indispensable que el cedente ó renunciante de quien proviene y se deriva, tenga capacidad para adquirirlo al tiempo que se defiere ó recae en él, porque si entónces está incapaz natural, ó legalmente de su adquisicion, aunque el Cesonario sea capaz de esta, será inútil é ineficaz la cesion; porque nadie puede dar ni ceder lo que no tiene, ni adquirió, y así como el cedente no puede adquirirlo, tampoco podrá el Cesonario por su representacion, porque se retrotrae á un tiempo en que no hay capacidad en el cedente para su adquisicion y transmision. Por cuya razon, y porque la retrotraccion requiere los dos extremos hábiles, como en el lib. 2. cap. 2. núm. 123. de mi segunda parte diré, y aquí ninguno se puede verificar, el primero por falta de dominio, y el segundo, por la de capacidad ó aptitud para adquirirlo; tampoco se puede retrotraer al tiempo de la cesion, renuncia ó profesion si el cedente es Religioso, y así quedará frustrada, é ineficaz la esperanza y la cesion de ella.

37 Quando las palabras con que está concebida la cesion, ó renuncia, se restringen y limitan al tiempo en que se hace, que es el de presente, no se comprehenden en ella los derechos futuros, ántes bien se circunscribe á los que entónces tiene el que la constituye, porque la disposicion que incluye palabras de presente, no se amplia á los que han de venir, y todavía no competen al que la hace (3). Lo mismo procede quando la cesion, renuncia y remision no se refieren especialmente al tiempo presente, ni futuro, sino que se hacen simplemente, pues no se entienden remitidos, cedidos, ni renunciados los derechos futuros, ó futuras sucesiones (4). Y si las ac-

(1) Ley in diem, §. Non autem, ff. de Aqua pluv. arcend. y ley Si constante, vers. Excepris: Cod. de Donation. ante nupt. (2) Gallerat. Centur. 1. y renuntiatio 17. dichas, núm. 8. y sig. Señor Olea ibi, núm. 12. al 15. Card. de Luc. de Renuntiation. discurs. 3. núm. 17. y disc. 6. número. 34.
(3) Ley Si ita scripsisset. 46. ff. de Legat. 2. ley Si ita 7. ff. de Act. & argent. legat. ley Si stipulatus 76. ff. de Verb. obligat. Surd. cons. 152. núm. 24. y 216. (4) Dichas leyes Si ita scripsisset, y Si stipulatus: y ley Si à colono, ff. de Verb. obligation.

ciones se ceden simplemente, se entienden cedidas tambien las que el acreedor tiene contra el deudor á dia cierto, ó por contrato condicional (1). Pero si la cesion se hace generalmente de todos los derechos que el cedente tiene y espera tener, vienen y se comprehenden en ella los futuros que le corresponden por causa de pretérito y de presente, mas no los que por la superveniente, ó de futuro espera recaerán en él (2), excepto que de su voluntad aparezca lo contrario (3). Y lo próprio milita en la renunciacion general, y en la liberacion (4); en el Legado general y usufructo de todos los bienes y en el Mayorazgo de ellos instituido (5). El Escribano tendrá presente esto, y lo que acerca de las renuncias explicaré en el cap. 17. §. 3., y si apeteciere mayor instruccion, vea á *Pablo Gallerato de Renuntiationib.* al *Señor Olea de Cesion. jur.* y á los que citan.

38 Sinembargo de lo expuesto por regla general en el núm, 30. y de parecer que todas las acciones y derechos que compete al cedente se transfieren en el Cesonario, porque este se reviste de la persona de aquel, es su imágen, y sucede en ellas (6); se exceptúan de aquella regla muchas acciones que por especial razon no pueden ser cedidas, vendidas, ni enagenadas, y son todas las personales, por ser anexas á la misma persona. Tampoco se pueden ceder la accion directa como inseparable del que la tiene, y sí únicamente su exercicio: el derecho de usufructuar: la accion al usufructo no constituido; pero sí la de percibir los frutos, y tener la comodidad: la habitacion de casa concedida á alguno para su personal uso; pero sí quando se le dona ó lega la facultad de habitarla: el privilegio, ó merced concedido á la persona: el uso, el derecho que los vecinos tienen para apacentar su ganado próprio en las dehesas de su pueblo: el de elegir á alguno para su propia utilidad, v. gr. á la sucesion de Mayorazgo, ó Capellanía, &c. pero sí el que toca á la privativa del mismo elector

(1) Aflict. decis. 353. núm. 5. Thesaur. dec. 235. Señor Olea tit. 3. quæst. 10. cit. in. 16. al 20. (2) Ley 2. ff. de Statu liber, cap. Cum inter P. de Renunt. Gallerat. decis. 32. y 33. (3) Ley continuus §. cum ita, ff. de Verb. obligation. (4) Surd. decis. 165. núm. 13. y cons. 167. núm. 16. Cancer. part. 3. Var. cap. 15. núm. 132. Vela, disert. 8. núm. 6. (5) Señor Castill. de Usufruct. cap. 44. Sr. Olea, dicha quæst. 10. núm. 22. hasta el fin. (6) Ley Emptor. Cod. de Hæreditat. vel action. vendit. Sr. Olea de Ces. jur. tit. 6. in exord.

en virtud de Legado, ó estipulacion: el de retracto de consanguinidad á extraño, aunque ningun pariente haya, porque es personal, y no admite representacion; ni al consanguineo remoto en perjuicio del próximo: el de comunion, sino que sea con la parte que tiene el sócio cedente: el convencional en caso que se haya pactado que solo el vendedor, y no otro ha de poder retraer la finca vendida con él, y no de otra suerte: el de prelacion para administrar los bienes del ausente, que compete al consanguineo: los derechos que tiene el Señor del dominio directo, excepto que sea juntamente con este, mas no si lo retiene: el que compete al locador para expeler de su casa al conductor á fin de habitarla por sí: el de primogenitura, y de suceder en el Mayorazgo, si no á favor del inmediato, pero sí sus frutos, y rentas por la vida del poseedor cedente: el de sociedad sin consentimiento de los consócios, pues no pasa á los herederos del sócio, como en el cap. 12. dexo sentado: el que compete á la muger para repetir su dote, constante matrimonio, por ir empobreciendo su marido: el de los alimentos futuros sin que intervenga aprobacion judicial quando se deben en virtud de testamento; pero sí quando provienen de contrato, y tambien los pasados, porque estos ya no lo son: la potestad de usar de horca, y cuchillo: el rescripto: el derecho de entrar, ó mezclarse en los bienes: el fideicomiso universal, bien que esto es opinable: las acciones positivas: el derecho extincto: el hecho; pero sí el derecho que de él se origina: el derecho *mere* personal: el anexo á ciertas personas singularmente por privilegio: la accion hipotecaria sin la personal: las obras oficiales: la facultad de declarar, y jurar: el derecho de acusar á alguno por delito privado: el de exigir la alcabala sin consentimiento del Príncipe que concedió el privilegio: la accion contra el fiador sin la principal: los derechos litigiosos deducidos en juicio: el de revocar la donacion por ingratitud: el pacto de que esté al juramento del acreedor acerca de los daños, ó intereses: el derecho que compete á alguno contra el comun: el de edad: la accion popular: ni otras acciones, y derechos que recopila dicho *Tiraquel de Retr. linag. lib.* 1. §. 26. en el que por todas sus glosas refiere las que son, ó no cesibles, y transmisibles, al qual, y al *Señor Olea de Ces. jur.* podrá ver el que desee mas noticias, especialmente en las

13. *quæst. del tit.* 3. y á fin de que sepa que circunstancias requiere la Escritura de poder, y cesion en causa própia para su estabilidad, procedo á explicarlo.

39 El poder en causa própia con cesion de acciones puede hacerse por dos causas: I, por título oneroso, quedando obligado el cedente, ó poderdante á la eviccion, y saneamiento de la deuda, para satisfacer su importe al cesonario, en caso que sea incobrable: en cuyos términos no solo puede ser compelido á reintegrarle de ella, sino de los gastos, y costas que se le causen en las diligencias que practique para su exáccion. Y II, por título lucrativo, y gracioso, y es quando sin haber recibido, ni tener esperanza de recibir cosa alguna del cesonario, le cede voluntariamente las acciones, y derechos que tiene á la deuda por su cuenta, y riesgo, que la cobre, ó no, sin quedar obligado á la responsabilidad; y esta será cesion graciosa, ó por mejor decir donacion, porque procede de mera liberalidad del cedente.

40 De qualquiera suerte que sea deben intervenir en este contrato para su firmeza á lo menos siete cosas precisas: I, que la deuda que se cede, sea del cedente. II, que si lo que motiva la cesion, en contrato oneroso, v. gr. préstamo, se mencione en ella, y siendo esta la causa, que se exprese tambien y sea justa, verídica y no simulada, pues de lo contrario se viciará (1). III, que si interviene dinero al tiempo de su otorgamiento dé el Escribano fé de su entrega, y el cedente al cesonario los títulos que legitimen su derecho contra el deudor, y no teniéndolos en su poder, se obligue á dárselos dentro del término que se prefina. IV, que confiera al cesonario ámplio poder para demandar judicialmente en vía executiva ú ordinaria, segun mejor le convenga, el débito, y seguir en todas instancias y Tribunales los recursos conducentes á la consecucion de su cobro, y de las costas y perjuicios que se le irroguen, cediéndole para ello sus acciones útiles, ó el exercicio de las directas y las demas que le competen, y puede ceder sin reservacion, constituyéndole Procurador actor en su misma causa y negocio, (que se llama así aquel

(1) Ley 64. tit. 18. Partid. 3. Sr. Olea de Ces. jur. tit. 1. quæst. 4. núm. 8. y sig. y tit. 8. quæst. 1.

á quien el dueño cede las acciones útiles, ó el exercicio de las directas, pues estas no pueden ser cedidas como inherentes é inseparables del cedente, por la razon que en el cap. 7. núm. 71. expuse) advirtiendo que si carece de este requisito la cesion, y el deudor se resiste á su paga, quedará frustrada, y será ineficaz la cesion por defecto de potestad para apremiarle judicialmente á su solucion. Pero si el cesonario es su deudor con otros de alguna suma, y transige con él todo el débito en cierta cantidad, con calidad de que le ceda el resto, subrogándole en su derecho para cobrarlo para sí privativamente de los demas deudores ó correos de deber, no se ha de hablar *de perdon ó remision*, porque la remision del resto dicen algunos se debe entender para todos, y que una vez que el acreedor lo perdona, no le queda que ceder: y así huya el Escribano de poner estas palabras, pues será motivo de pleyto, aunque en mi concepto mal fundado, porque la remision es parte de lo que él le debe, y la cesion es á su privativo beneficio de lo que le deben los demas, con quienes no trató ni se transiguió, y quien puede cederlo y perdonarlo todo, mejor podrá parte á quien y como quisiere. V, que contenga las cláusulas mencionadas en el n. 19. VI, que el cedente declare no tener cedida, cobrada ni remitida la deuda, y se obligue á no hacerlo, ni revocar la cesion, asi en quanto á las acciones útiles como al exercicio de las directas, pues puede cederle solamente aquellas que son el fin de la cesion, y no estas, por lo que conviene que las ceda todas. VII, que obligue su persona, (sino goza de fuero) y bienes á su observancia, y la Escritura contenga la cláusula guarentigia, sumision y renunciacion; que otra qualquiera de obligacion; y si se quiere, se interponga juramento en ella, bien que solo la cesion hecha á los estudiantes por sus padres, lo necesita, como queda explicado en el cap. 6. §. 3.

41 Si la cesion es remuneratoria, ó hecha por contrato oneroso de venta, dacion en pago, ú otro, debe contener á mas de las cláusulas explicadas, la de eviccion y saneamiento, y esta no solo ha de ser por lo respectivo á la certidumbre del crédito, (pues puede ser cierto y no efectivo, ni cobrable) sino ampliarse á la solucion de la parte que salga fallida é incobrable; y así el cedente se ha de obligar á que será cier-

to, efectivo y cobrable, y que no siéndolo total ó parcialmente, pagará al cesonario todo lo que no pueda cobrar, y las costas, gastos y perjuicios que por esta causa se le irroguen, y este es el verdadero modo de asegurar al cesonario, excepto que los dos pacten lo contrario; lo qual se prueba de una ley de Partida que trae extendida esta Escritura, y la llama: *Venta del derecho que un ome ha en alguna cosa* (1): sobre lo qual véase al Señor *Olea, de Cesion. jur. tit. 7. quæst. 3. per tot. y quæst. 4.* Y tambien está obligado á entregar á sus expensas al cesonario el instrumento original que legitime el crédito ó cosa que le cede, pues no basta que exprese ante quien está formalizado, como lo afirma dicho Señor *Olea, tit. 7. cit. quæst. 1.* y principalmente en el *núm. 13.* y si le cede solamente parte ó mitad de alguna cosa, quedándose él con lo restante, debe darle una copia del instrumento original con la nota competente, y quedarse con este, porque en igual caso es mejor la condicion del que posee, segun lo advierte desde el núm. 14. hasta el fin, y se practica por inteligentes.

42 Si el cesonario se contenta con el deudor en quien se libra ó delega la deuda, queda el cedente libre é indemne por el mismo hecho de responsabilidad, aunque la cesion sea remuneratoria ú onerosa, en cuyo caso se expresará así en la Escritura, y la firmará; pues de omitirlo, será responsable el cedente; pero si este se obliga á la eviccion, saneamiento y seguridad de su paga, debe satisfacerla; y lo mismo procede quando al tiempo de hacer la cesion no es idóneo y abonado el deudor para pagarla, y el cesonario lo ignora (2).

43 Y si el cedente hace la cesion de su espontánea voluntad por mera liberalidad, puede revocarla, á ménos que se obligue á no hacerlo: ó que el cesonario haya requerido al deudor con ella para que le pague: ó que entre estos dos haya litis contextada: ó que el deudor haya empezado á satisfacerle la deuda; ó que la cesion sea remuneratoria, onerosa ó necesaria, pues en estos cinco casos es irrevocable: y en los tres primeros se hace novacion, y fuera de ellos no (3),

(1) Ley 64. tit. 18. Part. 3. (2) Ley 16. tit. 20. lib. 3. del Fuero Real Cur Philip. lib. 2. Com. terr. c. 6. n. 29. 30. y 31. (3) Ley 3. Cod. de Novat. Sigüenza, lib. 1. c. 38. Cur. Philip. lib. 2. Com. terr. c. 6. núm. 5. y 6.

como diré en el juicio executivo, cap. 2. lib. 3. de mi segunda parte. Y se previene que la cesion de deuda, ó accion hecha á persona cabilosa ó enredadora, ó mas poderosa por razon de su empleo que el cedente, no vale, á menos que lo sea en última voluntad, y si la hace este con dolo, pierde la accion (1). De lo qual trata admirablemente el Autor de la *Cur. Philip. lib.* 2. *Comer. terr. cap.* 6., por lo que omito molestar al Escribano; y de los casos en que sin cesion se transfiere la accion de una persona en otra, el Señor *Olea* en las diez qüestiones del tit. 4. *de Ces. jur.* á quien puede ver el Legista, y á *Gallerat. de Renuntiation. lib.* 1. *cap.* 4. que trata latamente de la cesion.

§. III.

Del Lasto.

44 El Lasto *es un poder y cesion de acciones para cobrar la deuda satisfecha por otro.* Concurren y se nombran en este contrato tres personas á lo menos: I, el principal: II, su fiadora, ó ámbas de mancomun: y III, el acreedor, bien que este es el otorgante, y los demas solo se mencionan. Si el fiador paga al acreedor, debe este darle lasto para que repita contra el principal obligado, y cobre lo que por él satisfizo, con las costas, gastos y daños que se le hayan originado, y causen hasta el real y efectivo reintegro de todo, y á este fin constituirle Procurador actor en su própio negocio, lugar, grado y prelacion con absoluta cesion de acciones y subrogacion en forma. Lo mismo debe practicar quando todos son principales mancomunados, y uno de ellos paga por los demas, de lo qual traté difusamente en el cap. 7. §. 5. núm. 131; pero no es menester numeracion del dinero, pues basta que el acreedor confiese haberlo recibido, como afirma *Rodrig. de Executione, cap.* 3. *núm.* 29. citando á otros, bien que lo mejor es que parezca de presente.

45 En este contrato lo que ha de hacer el acreedor, es

(1) Leyes 30. t. 2. y 15. 16. y final, tit. 7. Partid. 3. Menoch. de Arb. cas. 276. n. 6. y cas. 438. núm. 11. Aviles, *in* cap. Pretor. 3. en la pal. Procuradores. Gratian. in Regul. 339.

confesar la paga, y luego ceder al que le satisface la deuda, el derecho que tiene contra el deudor, porque la paga que confiesa es del que la hace, la cesion es del derecho que tiene contra el deudor, y todo ha de ser en un mismo instrumento y acto; y aunque algunos (confundiendo este instrumento con el poder y cesion en causa própia) dicen que se ha de ceder el derecho primero que confesar la paga, no me conformo con su dictamen, porque la cesion del derecho supone que la deuda está satisfecha por aquel á quien se cede, por cuya razon no queda al acreedor accion á pedirla, pues por el mismo hecho de cederla se presume pagada, y así no debe confesarla antes que se le pague, sino despues en el própio instrumento, como el Escribano lo advertirá en los que por modelo estenderé.

46 No debe poner el Escribano en esta Escritura la cláusula de *eviccion*, ni la de *relevacion*, porque son imprópias, atendida la naturaleza de este contrato, pues el acreedor no hace otra cosa que reintegrarse de lo que legítimamente le pertenece, y por lo mismo no tiene que obligarse á eviccion, ni que relevar al pagador, porque es su deudor, ya esté obligado como fiador, ó como principal mancomunado, y como tal debe satisfacerle su crédito, y si no, no se hubiera obligado; y si lo pierde por insolvencia del deudor principal ó mancomunado, echese á sí própio la culpa, pues quando contraxo la obligacion se expuso á todo, y á la verdad no es buen fiador el que no paga por el principal obligado.

§. *Final.*

Escrituras correspondientes á este Capítulo.

Poder amplísimo.

47 Don Francisco Hurtado de Mendoza, Conde de *tal*, &c. vecino de esta Villa de *tal* digo: que por quanto la falta de residencia fixa á causa de mis continuas ocupaciones en el real servicio, me ha imposibilitado de tomar conocimiento pleno de los Estados de mi casa, sus rentas, negocios y derechos que la pertenecen; y remediar la de aplicacion, exáctitud y vigi-

lancia que se ha padecido en su manejo, y de que se me han seguido considerables perjuicios y atrasos de sus fincas, rentas y obvenciones con desfalco de unas, pérdida y obscuridad de otras, por estar sin uso muchos derechos que me competen, y disfrutaron mis predecesores, hallarse abandonados otros, y atrasado el curso de los pleytos movidos para su reivindicacion: por tanto deseando ocurrir á estos daños, remediarlos en lo posible, y evitar otros mayores en lo sucesivo, y conociendo que el medio único de conseguirlo es elegir sugeto en quien copulativamente concurran las apreciables circunstancias de integridad ó pureza, inteligencia en negocios, actividad y prudencia, que son las que constituyen un buen apoderado y administrador general: mediante hallarse adornado de ellas D. F. vecino de esta Villa, y no dudando que con el zelo y esmero correspondientes á la confianza que de él hago, llenará mis deseos para que tengan efecto mis justas ideas, y evacuará plenamente á mi satisfaccion este encargo; he deliberado conferirle ámplias facultades á dicho fin, y poniéndolo en execucion, en la via y forma que mejor lugar haya en derecho, cerciorado del que me compete = Otorgo que doy todo mi poder cumplido, ámplio, general y tan bastante como legalmente se requiere, al expresado Don F. vecino de esta Villa, para que en mi nombre y representacion se presente ante S. M. (que Dios guarde) y le suplique me haga las honras y mercedes que fueren de su real agrado, á cuyo fin le dé los memoriales correspondientes, acompañados de las relaciones de méritos que en servicio de su Real Corona tengo hechos, é hicieron mis predecesores y causantes, y practique quantas diligencias sean del caso, y tenga por convenientes con los Ministros y Oficiales reales á quienes corresponda, hasta conseguirlas. Para que dirija y gobierne mis Estados, y los que recaygan en mí de dentro y fuera de estos Reynos, administre sus bienes por sí ó por personas particulares que elija, conservando ó removiendo á los actuales administradores, y reciba de todos suficientes fianzas para la seguridad de los caudales que entraren en su poder, ó los admita sin ellas, segun le parezca. Para que nombre Abogados, Agentes y Procuradores que soliciten y defiendan los pleytos, negocios y derechos que tengo pendientes, y en adelente se me ofrezcan en todos los

Tribunales eclesiásticos y seculares de dentro y fuera de estos dominios; y asimismo Contadores y Oficiales para el buen régimen, cuenta y razon de las rentas de mi casa y Estados, asignando á todos y á cada uno de ellos los sueldos y emolumentos que como tales deben gozar, y le parezcan correspondientes á su mérito y trabajo, y expidiéndoles los competentes títulos sellados con mis Armas. Para que venda conforme á derecho qualesquiera Estados ó fincas de los Mayorazgos que gozo, percibiendo ó depositando su producto, invirtiéndolo en otras que me sean mas útiles con agregacion á los respectivos Mayorazgos de donde se separen, haciendo las subrogaciones y declaraciones necesarias, á fin de que conste; y enagenando tambien los bienes libres, y percibiendo sus precios de una vez, ó á plazos segun se conviniere con los compradores. Para que acepte con beneficio de inventario, y no de otra suerte todas las herencias que por *testamento* y *ab intestato* me puedan venir y tocar por qualquier pariente ó extraño. Para que tome posesion real, actual, corporal, ó *quasi* no solo de ellas, sino de los Mayorazgos referidos, y de otros en que puedo y debo suceder; y asimismo de los Patronatos que estan vacantes y vacaren en lo sucesivo, y demas cosas á ellos anexas. Para que administre, beneficie y gobierne igualmente los bienes de las herencias mencionadas, y otros que recaygan en mí por sucesion, legado, venta, cesion, donacion, adjudicacion en pago, y por otro qualquier título sin limitacion, arrendándolos todos á las personas por el tiempo, precio y forma de pagas que estipulare, prorrogando los arrendamientos á los conductores, ó despojándolos, y haciéndolos á otros. Para que haga en las casas y edificios que poseo y poseyere, los reparos mayores, menores y aumento de viviendas que fueren precisas para su subsistencia y mayor produccion, ajustándolos con maestros inteligentes en los precios mas cómodos, pagando su importe de las rentas que produzcan, ó buscándolo á intereses ó sin ellos, é hipotecando á la seguridad de su paga los mismos edificios. Para que dé y tome cuentas á los que debo darlas y tomarlas, nombrando Contadores y personas inteligentes, haciendo que los contrarios nombren por su parte, ó se conformen con los que elija, y tercero en discordia, ó de oficio en rebeldía, exponiendo y aclarando los agravios que incluyan, hasta que

queden sin ellos, y no conteniéndolos, aprobándolas enteramente. Para que comprometa en Jueces árbitros ó arbitradores, todas las pretensiones y pleytos que tengo pendientes, y se me movieren, ó instaurare en adelante, obligándome á estar y pasar por la sentencia arbitraria que profirieren, pagando la pena convencional que se imponga tantas quantas veces la contraviniere, y practicando en este asunto lo que por derecho se permite. Para que transija todos los créditos, acciones y derechos que tengo y tuviere á mi favor ó contra mí, y esten en litigio no fenecido, ó fuera de él, conviniéndose y ajustándose en las cantidades que le pareciere, y formalizando las Escrituras de transaccion con las penas, requisitos y circunstancias que conduzcan á su estabilidad. Para que dé á censo enfiteútico con las condiciones que pactáre, y por capital duplicado los bienes raices libres que poseo, reservándome como Señor del directo dominio el derecho de licencia, comiso y tanteo, ó cincuentena, y la pension anua que corresponda. Para que reduzca á redimibles por tres cincuentenas, y su duplicado capital los ceasos enfiteáticos que tengo á mi favor, ó contra mí, formalizando las Escrituras correspondientes, y en su defecto conceda licencia para la venta á personas no prohibidas de las alhajas que los tengan, ó use del derecho de tanteo en el término legal, si lo tuviere por mas útil; y vendiéndose á manos muertas, haga que las pongan en manos libres, ó que me paguen cada quince años una cincuentena cierta y determinada, y que los enfiteútas me reconozcan por dueño y señor del dominio directo, y paguen los réditos anuales, y cincuentenas, que por las enagenaciones se causen. Para que dé á censo de por vida con las condiciones, y por el premio ó rédito anuo que estipulare segun la naturaleza de este contrato y legal permision, los bienes raices libres y vinculados que gozo y gozare, con tal que estos sean únicamente por la mia, á ménos que intervenga real permiso que las amplíe, el que pueda impetrar. Para que imponga censos consignativos, ó al quitar sobre mis bienes libres y vinculados, interviniendo y obteniendo real facultad para gravar estos, sujetando é hipotecando algunos por especial hipoteca á su responsabilidad, y por la general los demas que poseo y adquiriere, y otorgando las Escrituras concernientes con las cláusulas y firmezas permi-

tidas por Derecho real y canónico. Para que otorgue redencion y liberacion de los que se redimieren, y subrogacion en caso que algun tercero entregue con esta calidad sus capitales por los censuarios, percibiéndolos si fueren libres, y no siéndolo, depositándolos con seguridad, á fin de que se vuelvan á imponer en fincas fructíferas, saneadas y quantiosas con arreglo á la Bula de San Pio, extravagantes de Martino V. y Calixto III. y Leyes de estos reynos: lo que pueda hacer, ó en su defecto emplearlos á beneficio de los Mayorazgos á que tocaren, siempre que tenga proporcion en lo que mas útil le parezca. Para que quite, y libere los que tenga contra mis bienes libres y vinculados, citando de redencion á los Censualistas, y haciendo que entreguen las Escrituras primordiales de su ereccion, otorguen las de liberacion y se pongan las notas conducentes en los títulos de pertenencia, Contaduría de hipoteca y demas partes que convengan, á fin de que siempre conste de su gravamen, extincion y pago. Para que reduzca los réditos anuos de los censos que tengo á mi favor, al premio en que se conviniere con los Censuarios, y haga que los Censualistas practíquen lo mismo con los que estan impuestos contra mí, dexando en los demas vivas, ilesas y en su fuerza y vigor las Escrituras primitivas de su constitucion. Para que dé y tome en fiado á interes ó sin él las cantidades que para mis urgencias necesitáre, ú otros le pidieren, formalizando á favor de quien se las prestare, y haciendo que se otorguen al mio las Escrituras de obligacion necesarias. Para que conceda esperas á mis deudores, y las solicite y consiga de mis acreedores por el tiempo, y en los términos que pactare. Para que apee, deslinde y amojone no solo los términos de tales Villas y Lugares de que soy Señor, sino de los que recayeren en mí, y de todos los bienes raíces que poseo y gozare, nombrando agrimensores y personas inteligentes, obligando á las otras partes á que elijan por la suya, ó se conformen con los electos y tercero en discordia, ó de oficio en rebeldía, impetrando los despachos que para hacerlo sean precisos. Para que descubra y aclare los bienes que me tienen usurpados, y consten en mi archivo, ó por otros papeles pertenecerme, echando á los intrusos, y administrándolos como los mencionados anteriormente. Para que denuncie las obras nuevas que me fueren nocivas, haciendo que se de-

muelan, á fin de que mis posesiones no experimenten detrimento por ellas, y que se cierren las puertas y ventanas que en las contiguas se abrieren, é impidiendo y privando la servidumbre á los que sin justo título la tengan por ellas. Para que perciba y cobre de S. M. (que Dios guarde) y de sus Tesoreros, Receptores, Depositarios, y de otras qualesquier personas y Comunidades eclesiásticas y seculares todas las cantidades de maravedís, trigo, cebada, centeno y otras semillas, aceyte, vino, seda, lana, lino y demas especies que se me estan debiendo y debieren en lo sucesivo por arrendamientos, compromisos, transacciones, cuentas, vales, censos, ventas, traspasos, empréstitos, fianzas, legados, herencias, mejoras, feudos, sueldos, pensiones, atrasos, consignaciones, trueques, dotes, arras, cesiones, retrocesiones, renuncias, donaciones, compañías, depósitos, empeños, letras de cambio, juros, efectos, diezmos, veintenas, decenas, penas convencionales, multas, condenaciones, lastos, adjudicaciones, tercias, alcabalas, portazgos, martiniegas, foros, almojarifazgos, execuciones, sentencias, encomiendas y por otro qualquiera contrato, causa, motivo ó razon, aunque aquí no vaya expresada; y de lo que recibiere, formalice á favor de los pagadores y deudores los recibos, cartas de pago, finiquitos y otros resguardos que le sean pedidos con fé de entrega, ó renunciacion de sus Leyes, y con las demas estabilidades conducentes, y lastos al de los que pagaren por otros, ya sea como sus fiadores ó mancomunados, y satisfaga lo que debo, y adeudare, recogiendo los documentos concernientes á mi seguridad. Para que en el término prescripto por Derecho real y canónico presente en personas dignas los Curatos, Capellanías y demas piezas eclesiásticas de que me toca hacer presentacion, sin cometer simonía, ni perjudicar por esta, ni otra causa mis regalías. Para que visite las Villas Lugares de que soy, y fuere Señor, reasumiendo y exerciendo la jurisdiccion todo el tiempo que hiciere mansion en ellas, del mismo modo que yo puedo hacerlo sin restriccion, á cuyo fin le nombro en este caso por Alcalde mayor, y Gobernador, con suspension en el interín del que la esté exerciendo: ocupe los lugares preeminentes que por razon de señorío, patronato ó por otro título debo ocupar así en Ayuntamiento como en las Iglesias, y demas

partes que se ofrecieren, tomando de ello testimonio, y haciendo se le guarden en mi nombre las preeminencias y prerogativas que me están concedidas, y debo gozar, excepto las que me son privativas y personalísimas. Para que elija anualmente, Gobernadores, Alcaldes Mayores, Jueces de Residencia y Visita, Escribanos, Alguaciles y otros Ministros de Justicia, y Alcaydes de los Castillos y Fortalezas de las Villas y Lugares referidos, Depositarios é Interventores, despachándoles los títulos competentes, á fin de que sean admitidos al uso y exercicio de sus oficios, se les guarden las preeminencias que les tocan, y se les contribuya con los emolumentos á ellos asignados sin desfalco; é igualmente apruebe las elecciones que hagan las Villas mencionadas, nombrando de los que propusieren los mas aptos, idóneos y timoratos para su desempeño, y tomando para el acierto los informes necesarios. Para que nombre religiosas y doncellas huérfanas á la obtencion y goce de las prebendas y plazas señaladas por los fundadores de las Memorias, Conventos y Colegios de que soy único Patrono de sangre, y en las que haya Compatronos, asista á las juntas á que fuere convocado, y haga que se celebren, siendo necesario, tomando cuentas á los Administradores de sus bienes, removiéndolos con causa y sin ella, y practicando todo lo que sus fundaciones mandan, y me permiten sin limitacion, ni alteracion. Y para que principie, prosiga y concluya todos los pleytos, causas y negocios civiles y criminales que tengo pendientes, y en adelante se me ofrezcan con qualesquiera personas, Concejos y Comunidades eclesiásticas y seculares de todos estados y dignidades, siendo actor y demandado, ya sea sobre las cosas contenidas en este poder, ó sobre otras sin excepcion, aunque requieran especifica y especial mencion, pues la doy por hecha como si lo fuera; á cuyo efecto comparezca ante S. M. (que Dios guarde) Señores de sus Reales Consejos, Chancillerías, Audiencias, Juntas y Tribunales, y ante su Santidad, Mon Señor Nuncio en estos Reynos, Jueces *in Curia*, y demas superiores é inferiores eclesiásticos y seculares competentes, ante los quales, y cada uno ponga demandas de Tenuta, pidiendo se me dé la posesion real, actual, corporal ó *quasi* de los Estados y Mayorazgos que vacaren, y en que debo suceder, y se declare haberse transferido en mí segun la

ley de Toro la civil y natural, con arreglo á sus llamamientos por las vacantes legales, y de hecho que hubiere, y asimismo que se me dé la administracion de sus bienes libremente, y sin fianzas, formando artículo sobre esto, y haciendo todo lo demás que en semejantes casos se practica, siguiéndolos hasta difinitiva en el Consejo, y en las Chancillerías las de propiedad con los coopositores hasta conseguir plenamente la declaracion en vista, y revista; ó acudiendo á su Magestad para que mande se siga el Juicio de propiedad en el Consejo; y ponga tambien las demás que convenga así para reivindicar lo que se me ha usurpado, y de que estoy desposeído, como para defender, y conservar lo que poseo; contexte las que me pusieren ó responda que se entiendan conmigo en persona; presente Escrituras y otros documentos justificativos, los que saque y compulse con citacion contraria ó sin ella, pida que los contrarios contexten y respondan á las que en mi nombre les pusiere, y los reconvenga en los casos que haya lugar en el própio juicio; haga execuciones, prisiones, solturas, embargos, desembargos, ventas y remates de bienes, consentimientos, oposiciones, apartamientos, juramentos en juicio, de calumnia y decisorios, requerimientos, notificaciones, citaciones, protestas, allanamientos, comprobaciones de instrumentos, letras, firmas y otros papeles, y nombramientos de peritos para ellas, y para otros qualesquier reconocimientos, segun el caso lo requiera, probanzas, ratificaciones de testigos, y abonos de los que hayan muerto, ó ausentádose ántes de su ratificacion: alegue lo conducente; recuse con el juramento necesario á Jueces, Escribanos, Notarios y otros Ministros, y siendo Eclesiásticos ú Ordinarios, Delegados, Consejeros, Alcaldes de Corte, ú Oidores de las Reales Audiencias y Chancillerías, exprese las causas de la recusacion, y las pruebe en el término, ante las personas, y con arreglo á lo que el derecho canónico, leyes reales, y autos acordados previenen, ó se aparte de las recusaciones; saque apremios, acuse rebeldías, pretenda y goce términos y prorrogaciones de ellos, ó los renuncie; ponga excepciones perentorias y dilatorias, perjudiciales y anómalas, pida costas, las que jure y cobre, y asimismo restitucion por entero, declaraciones de los Autos y Sentencias que esten obscu-

ras ó diminutas, y nulidad de ellas, reformaciones por contrario imperio, ó como mas haya lugar de los interlocutorios que me sean gravosos, y lo demas conveniente; forme artículos, los que prosiga hasta su final decision, ó se aparte de su prosecucion, é igualmente interrogatorios, á cuyo tenor se exâminen los testigos de que se valga; tache y contradiga lo que de contrario se presentáre, dixere y alegare, y en el término legal pruebe las tachas que opusiere así de testigos como de documentos, y peritos; decline jurisdiccion de los Jueces incompetentes; introduzca recursos contra la fuerza de los procedimientos de los Eclesiásticos, ya sea para conocer en negocios que no les toque por defecto de jurisdiccion, ó conocer y proceder del modo que no deben, ó por no otorgar las apelaciones en ámbos efectos, y asimismo los de injusticia notoria, solicitando se declare haber lugar á ellos, y la revocacion de las sentencias ó autos injustos, depositando la pena establecida por Derecho Real para que se admitan, y los demas que conduzcan, y le parezcan arreglados, redarguya de falsos civil y criminalmente los instrumentos de que las partes contrarias quisieren aprovecharse; pida posiciones ó declaraciones á estas en qualquier estado del pleyto, acumulaciones de autos siempre que haya cosa juzgada, litis pendencia, ó continencia de causa, y lo demas conducente y útil: y asimismo retencion de Bulas, Breves pontificios, y de las gracias y privilegios, que con vicios de obrepcion y subrepcion conceda S. M., ó su Real Cámara en detrimento mio, siguiendo este recurso en el Consejo y Sala de Justicia á quien corresponde su conocimiento; concluya, oiga autos y sentencias interlocutorias y difinitivas, consienta las favorables, y apele y suplique de las adversas, y en los casos y negocios de segunda suplicacion por derecho prevenidos introduzca tambien las súplicas, y afiance con la pena de las mil y quinientas doblas, ó las deposite; gane Reales Provisiones, Sobrecartas, Paulinas, Censuras, y otros despachos, los que haga leer é intimar en donde y á las personas contra quienes se dirijan; y finalmente haga y practique en todas instancias, juicios y Tribunales todos los pedimentos, actos, autos y diligencias judiciales y extrajudiciales que se requieran, é yo por mi mismo haria sin la menor limitacion ni reservacion hasta conseguir executoria con execucion y entera evacuacion de ella,

y quanto intente en mi utilidad sin necesitar nuevo poder, ni especial facultad para dicha evacuacion y execucion; pues lo apruebo todo, y quiero sea tan subsistente como si por mi própio lo practicára. Que el mas eficaz y absoluto poder que para todo lo expresado, y cada cosa necesite, el mismo le confiero con incidencias, dependencias, anexîdades, conexîdades, libre, franca y general administracion, relevacion y facultad de substituirlo en todo ó parte, revocar los substitutos, y elegir otros de nuevo, y los substitutos substituirlo tambien en quanto á pleytos; é igualmente para que en su virtud pueda conferir todos los especiales que por derecho sean precisos, y se ofrezcan para los recursos, actos y juicios que en este no queden especificados, pues quiero se entiendan y estimen por tales como si lo fueran, y los poderes como otorgados por mí própio. Y á haber por firme lo que con arreglo á las específicas facultades que incluye, executare por sí, ó por medio de sus substitutos y apoderados, obligo mis bienes muebles, raices, rentas, derechos y acciones presentes y futuros; doy el competente á los Señores Jueces que de mis causas y negocios pueden y deben conocer conforme á Derecho, para que me compelan á su observancia, como por sentencia difinitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, que por tal lo recibo; renuncio todas las Leyes, Fueros y Privilegios de mi favor; y así lo otorgo y firmo ante el presente Escribano de S. M. en esta Villa de tal á tantos de tal mes y año, siendo testigos N. N. y N. vecinos de ella, y al Señor otorgante yo el Escribano doy fé que conozco.

Poder para suplicar á la Sala de Mil y Quinientas.

48 En *tal* parte á *tantos* de *tal* mes y año ante mí el Escribano, y testigos Don Francisco de Saldo, vecino de ella, dixo: que ha seguido pleyto con Don Juan de tal ante los Señores Presidente, y Oidores de tal Chancillería, y Escribanía de Cámara de Don N. sobre tal cosa, quienes por la sentencia de Revista que profirieron en *tal* dia, condenaron al otorgante en &c. y por serle gravosa, determinó suplicar segunda vez para ante S. M. en cuya conseqüencia en la via, y forma que mas haya lugar en derecho: = Otorga, y confiere todo su poder cumplido, es-

pecial y tan bastante como es necesario, á Antonio de Pales, Procurador de la referida Chancillería, para que en su nombre, y representando su persona, acciones y derechos, comparezca ante los expresados Señores, y suplique segunda vez de la nominada sentencia, y admitida la suplicacion, y dada la fianza, ó hecho el depósito de las 1500 doblas que previene la ley recopilada, con testimonio de todo se presente ante S. M. á fin de que se sirva cometer el conocimiento, y determinacion del citado pleyto á los Señores Jueces que fueren de su real agrado, y hasta que esto se consiga, practíque todas las diligencias convenientes, para lo qual le confiere el mas eficáz poder que necesite con incidencias, dependencias, libre, franca y general administracion, obligacion, y relevacion en forma; y á haber por firme lo que en su virtud practíque, obliga, &c.

Nota. Aunque en el poder anterior omití las cláusulas: *de que el poderdante ratifica quanto el Personero haya actuado sin facultad despues de la sentencia de Revista: le concede facultad para que le obligue á la paga de las Mil y Quinientas doblas, é informacion de abono de ellas; substituya el poder, revoque los substitutos; y se aparte de la segunda suplicacion á fin de que no incurra en la pena*: puede el Escribano ponerlas, como tambien expresar los términos que el Derecho Real prefine al interesado para suplicar, presentarse ante S. M. y apartarse de la suplicacion, y son: para suplicar veinte dias siguientes al de la notificion de la sentencia, en los quales debe hacer la suplicacion ante los Jueces que la profirieron: y acreditarles el abono de la fianza, ó depósito de las 1500 doblas, á fin de que se la admitan. Admitida la súplica, y aprobada la fianza, ha de acudir con testimonio de todo ante la Real Persona dentro de quarenta dias contados desde la suplicacion; y si quiere apartarse de esta, debe hacerlo en el discurso de tres meses, que son noventa dias, contados igualmente desde ella, (y lo mismo he visto practicar en el recurso de injusticia notoria en quanto al apartamiento, no obstante que el Auto acordado nada dice acerca de esto) y pasados estos respectivos términos, no se le admita aunque sea menor, de lo qual trata el tit. 20. lib. 4. Recop. No solo puede suplicar segunda vez la parte agraviada, como lo dice la ley 1. de dicho tit. y lib. *queremos que la parte que se sintiere agraviada*, &c. sino su Procurador en su nombre, segun de ella se colige, ibi::

O en cuyo nombre fuere suplicado, &c. pero este ha de tener poder especial en que se mencione el mismo pleyto, sentencia y persona colitigante, porque si es general, no sirve, por no tener potestad para practicar cosa por la qual el interesado sea obligado á pena, ó gravado, como se prueba de la Clement. *Non potest*: *de Procurat.* y por lo mismo no será admitida, aunque el poder contenga las cláusulas de: *Jurar de calumnia*, *interponer suplicacion con pena de qualquier sentencia*: *libre*, *franca y general administracion*: *y poder practicar todo lo que requiera*, *y exija especial mandato*, *y el mandante haria por sí mismo.* Sobre lo qual véase á *Paz*, *tom.* 1. *part.* 7. *cap. unic. núm.* 3. *al* 11. Lo mismo digo, y he visto practicar en el Consejo para introducir recursos de fuerza, é injusticia notoria, y otros extraordinarios, pues deben especificarse en el poder el pleyto, persona colitigante, auto ó sentencia que motiva el recurso, y Juez que los profirió, y tambien la Sala en donde se han de ver, y determinar: igualmente para pedir retencion de alguna Bula, ó Breve pontificio, ó de Cédula, gracia, ó facultad que se solicite, é impetre de la Real Cámara con vicios de obrepcion, y subrepcion en perjuicio de tercero; y de omitirse estas especialidades, no se admite el pedimento, aunque el poder contenga la generalidad de poderlos introducir, y seguir; advirtiendo que el poder para introducir el recurso de injusticia notoria, ha de ser no solo para que se revoque la sentencia, ó sentencias gravosas, sino para que se declare haber lugar al recurso, y el de segunda suplicacion para la revocacion de ellas solamente.

Nota. Suponiendo que en el que intenta la obtencion de algun Mayorazgo, han de concurrir las circunstancias explicadas en el cap. 11. num. 51. digo que el poder que otorgue para instaurar la demanda, ó introducir el remedio que llaman de la *Tenuta*, y el Juicio posesorio sumarísimo que titulan: *artículo de administracion*, debe ser especial, y contener lo siguiente: I, la relacion de quien fundó el Mayorazgo, quando, ante quien, en dónde, y á quien llamó á su obtencion. II, quienes, ó que lineas lo gozaron, y por muerte de quien está vacante. Y III, expresar que por esta segun la fundacion se transfirió en el poderdante la posesion civil, y natural de él por ministerio de las leyes de Toro, y Partida, y sus declaratorias como descendiente legítimo de F. que tenia tal parentesco con el fundador, y era de las li-

neas llamadas. Hecha esta relacion, si el último poseedor hubiere sido legítimo, entrará el otorgante diciendo: *que otorga, y confiere el mas ámplio, especial y eficaz poder que por derecho se requiere, á F. vecino de la Villa de Madrid, y Procurador de los Reales Consejos, para que dentro del término legal acuda ante los Señores del Consejo en Sala de Mil y Quinientas, y con presentacion de los documentos que califican su legítimo derecho, ó presentándolos á su tiempo, y compulsando los que falten, pida se declare que por fallecimiento del citado último poseedor se le transfirió como su inmediato sucesor dicha posesion civil, y natural, y que en su consequencia se mande darle la real, actual, corporal,* vel quasi *en forma del enunciado Mayorazgo, sus agregados, y pertenecidos con el goce de sus rentas, frutos, regalías y aprovechamientos, y obligacion de cumplir sus cargas desde el dia siguiente al de la vacante: echando á qualquiera detentador que en él se haya intrusado: mandando que las Justicias ante quienes se hubiesen formado autos sobre su posesion, los remitan íntegros, y originales con los documentos en ellos producidos al Consejo, y que se le confiera igualmente la administracion de sus bienes libremente, y sin fianzas, sobre lo qual forme artículo de previo, anterior y especial pronunciamiento con protexta de la nulidad en el progreso ulterior antes que se decida dicho artículo; y practique sobre todo, y lo demas conducente hasta su plena consecucion lo mismo que el otorgante haria por sí própio sin reservacion, &c.* y proseguirá como en los demas poderes para pleytos. Pero si alguna linea hubiese sido intrusa, y se supiere desde quando, (ó aunque no se sepa) y el último poseedor fuere de ella; despues de hacer la relacion expuesta, y de las lineas detentadoras, como igualmente de que los ascendientes del poderdante por ausencia, ignorancia de los llamamientos, ó por el motivo que haya habido, no pretendieron su posesion en las vacantes anteriores, se pondrá la cláusula en esta forma: *que pida se declare que desde F. último poseedor de los llamados, ó desde la vacante que sea legal, y mas conforme, y arreglada á la fundacion, se le transfirió, y á sus ascendientes la posesion civil, y natural del Mayorazgo. y mande dar la real, &c. condenando á los herederos del último detentador, y á los demas anteriores á la restitucion de todos los frutos que percibieron como intrusos,* y proseguirá como en el poder precedente, pues no conviene, ni se debe confesar legitimidad al intruso; y con esta cláusula no solo se pue-

de conseguir la restitucion de frutos, si se manda, sino que en caso que la linea legítima no haya espirado en el que se menciona, sino en otro, queda subsanada la asercion, y se le adjudicará el Mayorazgo por la vacante del que se verifique haber sido último, legal y verdadero poseedor: lo que tendrá presente el Escribano, pues no todos lo saben. Y se previene que si dentro de los seis meses siguientes al de la vacante acude alguno á la Chancillería, poniendo la demanda de propiedad, y el demandado, ú otro que pretenda tener derecho al Mayorazgo intenta la Tenuta en el Consejo, se seguirá esta, y suspenderá aquella, como lo he visto declarado, pues el remedio de la Tenuta, ó juicio posesorio una vez intentado en tiempo hábil, que es dentro de dichos seis meses, lo suspende todo hasta que se declare, y así no se puede seguir junto con el de propiedad, como en otros negocios, segun en el cap. 11. núm. 50. dexo sentado.

Cabeza de poder de Concejo.

49 En *tal* Villa á *tantos* de *tal* mes y año ante mí el Escribano, y testigos el Concejo, Justicia y Regimiento de ella, que lo componen los Señores Don F. Corregidor, y Justicia mayor, Don F. F. y F. Regidores, y Oficiales de él, &c. juntos en la Casa Consistorial, y de Ayuntamiento, como lo tienen de costumbre, por sí, y en nombre del referido Concejo, y Capitulares que les sucedieren, por quienes prestan voz, y caucion de que habrán por firme todo lo que en virtud, y con arreglo á las facultades de este instrumento se practicáre, baxo de expresa obligacion que hacen de los bienes, y rentas de este Concejo, dixeron: que, &c. *aquí se pondrá el relato de lo que motiva la dacion del poder: luego lo decisivo, ó dispositivo de él, segun el fin para que se confiera: y despues las cláusulas ganerales con las de los contratos de menores, y juramento de observar lo que en virtud del poder se hiciere*, porque los Concejos, Iglesias, Comunidades, y Fisco gozan del beneficio de menor edad, y deben ser restituidos siendo lesos, como los menores, segun la ley final tit. 19. Partid. 6.

Cabeza de poder de Convento.

50 Estando en la sala de *Profundis* del Monasterio de San Benito extramuros de esta Villa de *tal* á *tantos* de *tal* mes y año ante mí el Escribano, y testigos el R. P. M. Fr. Francisco de Sal Abad de él, Fr. Pedro Prior, y Fr. F. F. y F. &c. todos Religiosos profesos Conventuales que expresaron ser de este Monasterio, y la mayor parte de los que tienen voto de Comunidad, juntos, y congregados á son de campana, como lo acostumbran quando tienen que tratar las cosas tocantes al servicio de Dios y utilidad de este Monasterio, por sí, y en nombre de los ausentes, é imposibilitados de presenciar este acto, y de los que les sucedieren, por quienes prestan caucion de tener por firme este pacto, estar á juicio, y pagar juzgado, y sentenciado, de que aprobarán este instrumento, y los que en su virtud, se formalicen, baxo de expresa obligacion que hacen de los bienes, y rentas presentes, y futuros de este Monasterio, dixeron: que &c. *Aquí se pondrá lo mismo que dexo prevenido en el poder de Concejo.*

Nota. Sabiendo el Escribano la naturaleza, y cláusulas de los contratos, sabrá extender los poderes en cuya virtud se han de ordenar; y se le previene que estos han de contener la cláusula guarentigia, y demas generales; que si se ofrece extender algun contrato en su virtud, ha de declarar, y asegurar en él el Apoderado *que no le está revocado, suspenso, ni limitado*, sin que sea preciso decir que lo tiene aceptado, y acepta, pues por el uso de él es visto aceptarlo, que si es especial para otorgar un contrato, se ha de unir original, é insertar en él: y si para mas, sacarse un traslado, é incorporarlo, ó á lo menos citarlo individual, y substancialmente en la Escritura, y dar fé de que es bastante; pero no ha de poner el Escribano la obligacion de la persona, y bienes del Apoderado, sino del sugeto que presenta, porque en el contrato no hace mas oficio que el de mandatario, á menos que lo otorgue tambien por su hecho própio como interesado con el mandante: ni sujetarle á otro fuero que al que el poder exprese, ni tampoco hacer mas renunciaciones que las que este contenga, de modo que se debe ceñir, y no exceder de las específicas facultades del poder; y si contiene la de que le obligue, y someta á qualesquier Jueces, le someterá al de su

domicilio, ó al del Lugar en que el contrato se celebra, que son los que surten fuero. El poder para presentar instrumentos en Juicio fuera del término legal, ha de ser especial, y jurar en él el mandante, ya sea actor, ó reo, que no supo, ni tuvo noticia de ellos hasta entonces, y que no los presenta de malicia, ni por diferir, ni alargar el curso del pleyto, sino solo por convenir á la defensa de su justicia, y derecho, pues esto es conforme á las leyes 1. y 2. tit. 2. lib. 4. Recop.

Poder para desposar.

51 En *tal* parte á *tantos* de *tal* mes y año ante mí el Escribano, y testigos Francisco Lopez natural, y vecino de ella, de *tal* estado, hijo legítimo de legítimo matrimonio de F. y Fulana difuntos dixo: que á honra, y gloria de Dios, y para su santo servicio está tratado de casarse en faz de la Santa Madre Iglesia con Maria Fernandez de estado doncella, hija legítima de F. y Fa. vecinos de tal Lugar, á cuyo acto no puede concurrir personalmente por sus graves ocupaciones, y larga distancia; y para que por este motivo no dexe de tener efecto, en la via, y forma que mejor lugar hay en derecho, cerciorado del que le compete, de su libre, y espontanea voluntad: = Otorga, y confiere todo su poder cumplido, especial y tan bastante como es necesario, á Gregorio *Sanchez* vecino del citado Lugar, para que en su nombre, y representando su persona, se despose por palabras de presente, que constituyen legítimo, y verdadero matrimonio, con dicha Maria Fernandez, precedidas las amonestaciones que prescribe el Santo Concilio de Trento, y manda nuestra Santa Madre la Iglesia, ó dispensacion de ellas; y si admite, y recibe al otorgante por su esposo, y marido, la reciba, y otorgue en su nombre por su esposa, y muger, pues desde ahora la quiere, otorga y recibe por tal, aprueba, y ratifica el matrimonio que en la forma referida se celebre, para que tenga la misma validacion que si por sí própio lo solemnizára, mediante contraerlo con libre, deliberado ánimo, é intencion, sin respeto, miedo ni violencia; y se obliga á no reclamarlo con pretexto alguno, ni revocar este poder, á cuyo fin confiere el mas absoluto, y eficaz con todas las facultades que para el caso re requieren, al nominado Gregorio Sanchez. Y al cumplimiento de lo que en su vir-

tud practíque, obliga su persona, y bienes presentes, y futuros, da el competente á los Señores Jueces que de esta causa deben conocer conforme á derecho, para que á ello le compelan como por sentencia, &c. (*a*).

Nota. El poder para casarse debe ser especial, como tambien el que se dé para poner demanda de esponsales, ó matrimonial, ó estupro, contraerlos, recibir la dote, otorgar capitulaciones matrimoniales, y ofrecer arras, pues el general no es bastante; y en estos poderes se han de nominar los contrayentes, ó interesados, y de otra suerte no se deben admitir, ni admiten.

Substitucion de Poder.

52 En *tal* Villa á *tantos* de *tal* mes y año, ante mí el Escribano, y testigos Francisco Lopez, vecino de ella usando de la facultad que por el poder precedente le está conferida, otorga que lo substituye en todo, y por todo (ó en tal cosa) en Antonio de *tal* vecino tambien de esta Villa, á quien releva, segun es relevado, obliga los bienes en dicho poder obligados, otorga substitucion en forma, y lo firma, á quien doy fé, conozco, siendo testigos, &c.

Nota. La substitucion de poder suele hacerse regularmente á continuacion de la copia original, ó traslado de él, y así se admite en los Tribunales superiores, é inferiores sin reparo; pero si se extiende separada, haciendo protocolo (como se debe segun la ley recopilada) se ha de insertar en ella copia testimoniada del poder para que no se dude de sus facultades, ya se substituya en todo, ó parte; y si el Apoderado no quiere substituirlo en el todo, expresará el efecto para que lo substituye, dexándolo en lo demas en su fuerza, y vigor.

Revocacion de Poder.

53 En *tal* parte á *tantos* de *tal* mes y año, ante mí el Escribano, y testigos Francisco de *tal* vecino de ella dixo: que en *tal* dia confirió poder especial para *tal* cosa (ó general) á Pedro de *tal* ante N. Escribano Real, el qual determinó revocar por justas causas que le impelen, y para que tenga efecto, en

(*a*) Nota

la via, y forma que mejor lugar haya en derecho, dexando como dexa al citado Pedro en su buena fama, y opinion, y sin que sea visto por este acto injuriarle: = Otorga que le revoca totalmente (ó en tal cosa) el referido poder, para que no use mas de él con pretexto alguno: anula, é invalida todo quanto en su virtud practique desde hoy, y requiere á qualquier Escribano de S. M. que si por derecho fuere preciso, le haga saber esta revocacion, y á las demas personas á quienes toca, y tocar pueda, á fin de que no le tengan por parte en los actos, y asuntos que comprende, poniendo de ello testimonio á su continuacion, sin que para su notoriedad, ni dar el testimonio necesite preceder auto de Juez, ni otra diligencia, ni dexe de ser efectiva esta revocacion, aunque no se notifique. Así lo otorga, y firma, á quien doy fé conozco, siendo testigos, &c.

Nota. Dudan algunos si es necesario hacer notoria la revocacion del poder al Apoderado para que surta efecto, y auto de Juez para notificársela; y se responde que así como el mandato no se puede extender á mas que la voluntad del mandante, tampoco el mandatario: que lo que este practique desde la revocacion en adelante, aunque la ignore, es nulo, y que por lo mismo no es preciso hacerla saber, concurriendo las siguentes circunstancias: I, que sea constituido para acto extrajudicial. II, que el acto sea tal que no pueda executarlo sin expresa voluntad del dueño. III, que la revocacion no ceda en perjuicio de tercero, ni del Apoderado: (previniendo que no se llama, ni es perjuicio el quitar á este las facultades de usar del poder), y IV, que el acto sea tal que el dueño no tenga necesidad de practicarlo por sí; pero si se quiere hacérsela saber, no es menester auto de Juez, pues así como el dueño puede conferirle el poder, y revocárselo sin este requisito, así tambien el Escribano intimarle la revocacion sin él, aunque sea en dia feriado, y colendo, interviniendo expreso mandato del dueño, porque la misma solemnidad, y formalidad se requiere para el contrato que para el distracto, y la notoriedad de la revocacion es subsidiaria á esta, y una diligencia meramente monitoria, extrajudicial, no contenciosa, y de jurisdiccion voluntaria del Escribano, el qual como persona pública siendo requerido por el poderdante, ó su nuevo Apoderado, no debe excusarse á hacerla, ni á poner á su continuacion testimonio de ello con expresion del requerimiento para

que conste: en cuyos términos es mas seguro que se haga saber á los demas que el poder comprehende expresa, y tácitamente, v. gr. colonos, inquilinos, deudores, Ordinario Diocesano, Compatronos, &c. que al Apoderado, á fin de que les conste que este carece de facultad para exercer con ellos las funciones de tal, y que si las exerce son nulas: pues interpelados de esta suerte, surtirá la revocacion sus verdaderos efectos, aun quando el mandatario la ignore; y este es el medio mas eficaz, y seguro, y de omitirlo, si el poder es, v. gr. para cobrar, y los deudores no saben la revocacion, pagarán bien al Apoderado, aunque este la sepa, y puede irrogarse perjuicio al dueño, y constándoles, si le pagan, será por su cuenta, y riesgo; y lo mismo milita para otro qualquier acto; con cuya interpelacion cesará todo perjuicio, y será superflua la notoriedad al mandatario, pues por el mismo caso de nombrar el dueño otro en su lugar, espira su potestad, como lo dice la ley 23. al fin, tit 5. Partid. 3. y queda sentado al principio del num. 22. sobre lo qual vease á *Francisco Ventura de jure Patronatus, theorema* 12. *núm.* 22. *y sig.*

Poder, y cesion en causa própia graciosa.

54 En *tal* parte á *tantos* de *tal* mes y año, ante mí el Escribano, y testigos Francisco Fernandez, vecino de ella, dixo: que otorga confiere todo su poder cumplido, y tan bastante como por derecho se requiere, á Antonio Lopez, que lo es de tal Lugar, para que haya, perciba y cobre para sí judicial, o extrajudicialmente *tantos* reales de vellon, que F. vecino de él le esta debiendo por Escritura que otorgó á su favor en *tal* parte, *tal* dia, mes y año ante *tal* Escribano, y de lo que recibiere, formalice á su favor los resguardos necesarios con fé de entrega, ó renunciacion de sus leyes, y con otras firmezas convenientes, pues los aprueba, y ratifica, como si por sí propio los otorgara; y si fuere preciso, comparezca en juicio, y hasta conseguir plenamente su cobro, haga quantos pedimentos, actos, autos y diligencias practicaria el otorgante por sí mismo sin limitacion en todos Tribunales superiores, é inferiores, para lo qual, y disponer del referido debito á su arbitrio, le confiere el mas eficaz poder que necesite, con libre, franca y general administracion, incidencias, dependencias, anexidades, y facultad de substituirlo

en quien, y las veces que le parezca, revocar los substitutos, y elegir otros: le cede sus acciones reales, personales, útiles, mixtas, directas, executivas y demás que le competen, y puede ceder: le constituye Procurador actor en su própia causa, y negocio, y pone en su lugar, grado y prelacion con subrrogacion en legal forma: y le entrega á mi presencia, de que doy fé, la Escritura de obligacion original como documento legítimo de pertenencia del enunciado crédito, á fin de que use de ella con esta cesion, como le convenga; previniendo que queda de su cuenta, cargo y riesgo, y no de la del otorgante qualquiera falencia que haya en el cobro de la expresada cantidad, mediante cedersela por mera liberalidad, y no por otro motivo: y declara que la prenotada deuda es cierta, que no la tiene cedida, ni remitida, y se obliga á no cederla, remitirla, ni revocar total, ni parcialmente esta cesion, y si lo hiciere, quiere que no valga ni se admita en juicio, ni fuera de él, y que por lo mismo sea visto haberla aprobado, y ratificado Y al cumplimiento de este obliga sus bienes, &c.

Poder, y cesion en causa própia por contrato oneroso.

55 En *tal* parte á *tantos* de *tal* mes y año ante mí el Escribano, y testigos, Francisco Fernandez vecino de ella, dixo: que está debiendo á Antonio Lopez, que lo es de *tal* Lugar, *tantos* mil reales que le prestó en *tal* dia, segun resulta de la Escritura de obligacion que hizo á su favor en tal parte á tantos de tal mes y año ante N. Escribano de su Número, y por haber espirado el término pactado para su solucion, y hallarse imposibilitado actualmente de hacerla, para que se reintegre de ellos, ha resuelto cederle un crédito de igual suma que le pertenece contra la Real Hacienda, como consta de certificacion dada por Don N. Contador de la Contaduría general de la distribucion de ella en tantos de tal mes y año, á conseqüencia de Real Orden comunicada por el Señor Marqués de tal, Secretario del Despacho universal de Hacienda en *tantos* de dicho mes, y para que tenga efecto, en la mejor via, y forma que haya lugar en derecho: = Otorga, y confiere el mas ámplio, irrevocable, y eficáz poder que se requiere, al prenotado Antonio Lopez para que haya, perciba y cobre de su Magestad, que Dios guarde, sus Tesoreros, y demás personas, á cuyo cargo está la satisfaccion de los créditos contra la Real Hacienda, los referidos *tantos* mil reales, segun se vayan

librando, y mandando pagar, y de lo que percibiere, formalice los recibos, cartas de pago y resguardos que le sean pedidos, con fé de entrega, ó renunciacion de sus leyes, y con las demás cláusulas necesarias, pues los aprueba, ratifica y quiere sean tan subsistentes, como si por sí própio los formalizara, á cuyo fin le confiere el mas eficáz poder que necesite, con libre, franca y general administracion, y facultad de substituirlo en quien, y las veces que le pareciere: le cede sus acciones reales, personales, útiles, mixtas, directas executivas y demás que le competen, y puede ceder sin reservacion: le constituye Procurador actor en su misma causa, y pone en su lugar, grado y prelacion con absoluta subrogacion en forma, y quiere que hasta conseguir el percibo íntegro de los nominados *tantos* mil reales, pueda practicar por sí, ó por su Apoderado sin intervencion del otorgante quantas diligencias, actos y autos judiciales, y extrajudiciales se requieran, y disponer de ellos á su arbítrio, y eleccion, como de cosa suya adquirida con justo título: é igualmente que para su cóbro se le tenga por parte legítima, ó á quien su accion represente, y no á otra persona: que como verdadero dueño de ellos se ponga en su cabeza la certificacion correspondiente, y quando llegue el caso del pagamento, las órdenes competentes: y que se le siente en los libros de las respectivas oficinas, en donde se debe tomar la razon, tildando, y borrando el nombre del otorgante para que conste, á cuyo fin le entrega la certificacion original, de que doy fé; y asegura, y declara que es cierta la deuda de los mencionados *tantos* mil reales: que no los tiene cedidos, obligados, remitidos, ni en otra forma enagenados, y se obliga á no disponer de ellos en manera alguna, ni revocar esta cesion en todo, ni parte; y si lo hiciere, ha de ser nulo, y visto por el mismo caso haberla aprobado, y ratificado y tambien se obliga á que le serán efectivos, y cobrables enteramente; y que no se le pondrá impedimento en su cobranza, y si se le pusiere, ó salieren fallidos total, ó parcialmente, ó su Magestad mandáre cortar, y suspender su satisfaccion, le satisfará en continente todo lo que dexe de cobrar, y las costas, daños y perjuicios que por la incertidumbre, falencia ó suspension se le causen, é irroguen, aunque esta sea solo por un año, deferido su importe en su relacion jurada, ó de quien le represente, sin otra prueba de que le releva: á todo lo qual quiere ser compelido por todo rigor,

obliga su persona, y bienes muebles, y raices, derechos y acciones presentes, y futuros, dá amplio poder á los Señores Jueces de esta Villa, para que le apremien á su cumplimiento, como por sentencia definitiva, &c.

Lasto á favor de uno de dos mancomunados.

56 En *tal* parte á *tantos* de *tal* mes y año, ante mí el Escribano del Número, y testigos Francisco Lopez, vecino de ella dixo: que Diego, y Antonio Fernandez de la misma vecindad se obligaron de mancomun por el todo á satisfacerle *tantos* mil reales á *tales* plazos, por Escritura que otorgaron á su favor en esta Villa á tantos de tal mes y año ante F. Escribano Real, y por haber espirado el plazo sin darle la debida solucion, pidió execucion contra el referido Diego por la expresada cantidad, su décima, y costas, la que despachó en *tal* dia ante mí el Señor Don F. Corregidor de esta Villa, y habiendole requerido que la pagase, respondió que estaba pronto á ello, con *tal* que le diese el correspondiente lasto para repetir contra el mencionado Antonio, á lo que condescendió el Otorgante, y poniendolo en execucion, en la via, y forma que mas haya lugar en derecho: = Otorga que recibe en este acto del prenotado Diego Fernandez los nominados *tantos* mil reales en *tales* monedas, que sumadas los importaron, de cuya entrega, y recibo doy fé, por haber sido á mi presencia, y de los testigos infraescriptos, y como pagado, y satisfecho de ellos, formaliza á su favor la mas firme, y eficáz carta de pago que á su seguridad conduzca; y en su conseqüencia le confiere el mas ámplio poder que sea necesario, para que por sí ó por medio de quien el suyo tenga, sin intervencion del otorgante pida, reciba y cobre judicial, ó extrajudicialmente por su cuenta, y riesgo del enunciado Antonio los mencionados *tantos* mil reales, ó la parte que de ellos debe satisfacerle con arreglo al convenio que tengan hecho, y las costas causadas, y que se causen hasta el real, y efectivo pago de todo, le dé los resguardos necesarios con las firmezas convenientes, y practíque en los Tribunales superiores, é inferiores competentes todos los actos, autos y diligencias judiciales, y extrajudiciales que conduzcan á conseguir la total solucion, y reintegro de lo que le toca; pues para ello se le confiere con libre, franca y general administracion: le constituye Procurador actor en su própia causa: le cede todas

las acciones reales, personales, útiles, mixtas, directas, executivas y demas que tiene, y de que puede usar contra el expresado Antonio, y sus bienes sin limitacion: le pone en su mismo lugar, grado y preferencia con subrogacion en forma: y le entrega la Escritura de obligacion original, para que use de ella con esta, como le parezca contra dicho Antonio, y ningun efecto surta á favor del otorgante quien mediante estár reintegrado de su débito, y no quedarle accion para demandarlo, la dá por rota, y cancelada por lo que á sí toca, y la dexa viva, é ilesa, y en su fuerza, y vigor para con dicho Diego; y se obliga á haber por subsistente este lasto, y no revocarlo, ni reclamarlo con pretexto alguno; y si lo hiciere, sea visto por el mismo caso haberlo aprobado, y ratificado y al cumplimiento de este obliga sus bienes muebles, raices, &c. (*a*)

Lasto á favor de un fiador que como tal pagó la deuda que contraxo con otros confideyusores, y el principal.

57 En *tal* Villa á *tantos* de *tal* mes y año, ante mí el Escribano, y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella dixo: que Juan Fernandez de la própia vecindad le pidió prestados veinte mil reales de vellon, y el otorgante condescendió con su pretension con tal que afianzase con personas legas, llanas y abonadas que con él se obligasen como principales á su responsabilidad, y con efecto se constituyeron por tales Pedro, Diego y Antonio de *tal* vecinos de esta Villa, quienes para mayor seguridad del Otorgante formalizaron la correspondiente Escritura en *tal* parte á *tantos* de *tal* mes y año ante N. Escribano de su Número, y por haber espirado el plazo estipulado, reconvino extrajudicialmente al enunciado Pedro sobre su solucion, á la que se allanó con la condicion de que le dé el competente lasto, y en su conseqüencia: = Otorga que recibe en este acto del nominado Pedro los expresados *tantos* mil reales en *tales* monedas, que contó, y pasó á su poder real, y efectivamente á mi presencia, y de los testigos infraescriptos, de que doy fé, y como pagado enteramente de ellos, formaliza á su favor el resguardo mas eficáz que á su seguridad conduzca; y le confiere ámplio, é irrevocable poder con libre, franca y general administracion para que por su cuenta, y riesgo perciba, y cobre íntegramente, ó á prorrata del princi-

(*a*) Vease la adicion á este capitulo.

pal, y confideyusores los nominados *tantos* mil reales, que como *tal* fiador le satisfizo, y las costas que se le originen en su exâccion, y de todo otorgue á su favor los resguardos convenientes con las estabilidades necesarias, y siendo preciso comparezca en juicio, y practique en los Tribunales superiores, é inferiores quanto el otorgante haria por sí mismo sin limitacion, hasta conseguir plenamente su reintegro, pues para que sea efectivo, le cede todas las acciones reales, personales, útiles, mixtas, directas, executivas y demás que tenia contra los referidos deudores sin reservacion, le constituye en su própio lugar, grado y antelacion, y Procurador actor en su própia causa, y negocio con absoluta subrogacion en forma, y le entrega á mi presencia, de que doy fé, la Escritura de obligacion original, la qual en quanto al otorgante queda cancelada, y de ningun valor, y por lo tocante á dicho Pedro, viva, ilesa y en su fuerza, y vigor, á fin de que en virtud de este lasto use de ella á su eleccion; y se obliga á haberlo por firme, y no revocarlo, ni reclamarlo total, ni parcialmente, y si lo hiciere, sea visto por el mismo caso haberla aprobado, y ratificado, dá ámplio poder á los Señores Jueces que de sus causas deben conocer, para que le compelan á su cumplimiento como por sentencia difinitiva, &c.

Nota. Las copias originales de todos los poderes, aunque, sean para testar, que son las que se sacan de sus Protocolos, y los traslados por concuerda de ellas deben darse en papel del Sello segundo, excepto las de los que son para pleytos, pues á estas corresponde el del tercero, bien que los traslados de las de todos se admiten en los Tribunales de esta Corte en papel del Sello quarto, por no señalarselo específicamente la ley, ni hablar de ellos; pero para evitar dudas, y cargos, los sacará el Escribano en el referido, porque todas son capias testimoniadas, y los traslados deben seguir la naturaleza de las originales; y las de las substituciones si de ellas se hace Protocolo sin insercion del poder, siguen tambien la naturaleza de este. Las de cesiones, y lastos aunque Don Pedro Melgarejo dice que ya sean de mucha, ó poca cantidad, requieren el del segundo, no me conformo, porque estos instrumentos en lo principal no son poderes, sino enagenaciones, y como tales se han de sacar en el papel que las ventas, censos y empréstitos segun sea la cantidad sin diferencia, y las de substituciones, y revocaciones de poderes siguen igualmente la naturaleza de estos.

NOTAS AL CAPÍTULO XIV.

Nota. 1. Se tendrá presente la Real Cédula de 20 de Julio de 1802 en que se dan las reglas que han de observar los dueños jurisdiccionales en el nombramiento de Alcaldes mayores, y en conferir sus administraciones y poderes. Dice: Don Carlos, &c. Sabed: Que excitado el mi Consejo del zelo de mis Fiscales, y á conseqüencia de una Real Orden que tuve á bien comunicarle, formó expediente para tratar, y proponer los medios de remediar los males, y perjuicios, que causan en el Reyno muchos dueños jurisdiccionales, que por ahorrar sueldos de dependientes, y por conservar las antiguas miserables dotaciones de sus Alcaldes mayores, reunen en una persona este ministerio con el de administradores de sus rentas y estados, y nombran tambien por tales Alcaldes mayores á personas que no residen en los pueblos, sino quando les acomoda en contravencion todo á lo dispuesto por las leyes. Instruido el asunto con los informes, y noticias que tuvo el mi Consejo por oportunas, y exâminado con la consideracion que merece su importancia, me hizo presente su dictámen en consulta de 18 de Junio próximo, y por mi Real Resolucion á ella, conformándome con su parecer, he tenido á bien mandar lo siguiente:

I. No se dispensará, sin consultarlo con mi Real Persona, la residencia que por ley del Reyno deben tener de continuo los Corregidores, ó Alcaldes mayores, ya sean de Realengo, ó Señorio particular, en sus respectivos pueblos.

II. Los Ayuntamientos de los pueblos de Señorio no admitirán nombramientos de Alcaldes mayores, ni pondrán en posesion de sus varas á sugetos, que ademas de dar la competente fianza de la ley, no tengan la qualidad de Abogados de mis Reales Consejos, Chancillerías, ó Audiencias, á fin de que reuniendo su mayor instruccion á las otras circunstancias, de que deben estar asistidas para regentar jurisdiccion, actúen con inteligencia, y ahorren á sus súbditos los derechos de Asesorías que en otro caso les son muy gravosas.

III. Tampoco permitirán que exerzan jurisdiccion los Administradores, criados, ó dependientes de los mismos dueños jurisdiccionales, á quienes estos den racion, salario, ó ayuda de costa, pública ni secretamente, con arreglo á lo prevenido en la ley 10. tit. 3. lib. 7. de la Recop. cuyo cumplimiento encargo estrechamente á los expresados dueños de los pueblos.

IV. Estos dotarán competentemente las varas de Alcaldes mayores, asignándolos por lo menos la quota fixa de 500 ducados anuales, sin incluir el rendimiento del juzgado, lo qual se entienda con la calidad de por ahora, y hasta que el mi Consejo vea si conviene igualarlos en dotacion á los de Realengo, asi como se les ha igualado en su dotacion por sexênio.

V. Siendo como es carga bastante pesada en los pueblos el establecimiento de Alcaldes mayores solo permito que en adelante los haya en los de 300 vecinos arriba: y aun en este caso no en todos, sino en aquellos, que por sus circunstancias, y estado exijan que se les administre justicia por un Juez letrado como mas imparcial, y perito.

VI. Conforme á lo mandado en los capitulos 6. y 10. de mi Real Cédula de 7 de Noviembre de 1799 para con los Corregidores de letras, y

Alcaldes mayores de Realengo, no estarán los de Señorío obligados á dexar las varas pasado el sexênio, ni aun en caso de promocion, mientras no llegue el sucesor.

VII. Los dueños jurisdiccionales procurarán evitar huecos á los tales Jueces colocados en sus estados, atendiéndoles siempre para otras varas de ellos, y no dando entrada entretanto á nuevos pretendientes.

VIII. Ultimamente, quiero que los dueños jurisdiccionales no confieran sus administraciones, ni poderes á los Escribanos de los pueblos, Jueces, Regidores, ú otras personas públicas, ó del gobierno de ellos.

Nota 2. En la Pragmática sancion de 28 de Abril de 1803 se prescriben las reglas, que han de observarse en lo sucesivo en la celebracion de los matrimonios, y quando los hijos de familia han de pedir la licencia de sus padres. Véase esta Pragmática en el tom. 1. cap. 1. pag. 226. donde se halla á la letra.

Nota 3. Véase la Real Cédula citada en la nota precedente de este capítulo.

ADICION.

Nada dice el Autor sobre los poderes que pueden, y que segun dice Sabari conviene que se otorguen por Escritura pública entre comerciantes, comitentes y comisionistas, con los que se precaven dudas y disputas de mucho interes acerca de la pertenencia de las deudas en caso de quiebra. A este propósito se establecerán algunas reglas generales, y harán algunas observaciones especiales sobre los pactos y capitulos, que corresponde se declaren en los poderes, contratos ó papeles en que un comerciante da comision para vender, ó comprar géneros; con otras advertencias no inútiles á los que manejen negocios mercantiles. Quando un negociante pone un regente en su casa de comercio ó en el gobierno, y direccion de un navío mercante, ó un arrendador de rentas reales en el departamento de su cargo; en todos los contratos que celebra este regente concernientes al objeto de su encargo, aunque los haga en su própio nombre, se obliga él como deudor principal, y el comitente como deudor accesorio; pues el comitente en virtud del poder, y comision que dió se entiende consentir de antemano en todas las operaciones de su comisionado. Esta obligacion accesoria de los comitentes es muy diversa de la de los fiadores, y de los *mandatores pecuniæ credendæ*; estos se obligan en negocio ageno, y los comitentes mas en negocio própio que en el de su comisionado. Si el comisionado se mira como deudor principal, y el comitente como deudor accesorio, esto no es sino porque el contrato se celebró con aquel, y no con este, que quizá no tuvo noticia del contrato, y solo se estima deudor accesorio por su adhesion general á los contratos del comisionado, que son mas en beneficio del comitente que suyo.

Para que haya lugar á esta obligacion accesoria de los comitentes, es menester que el comisionado ó regente haya hecho en su própio nombre el contrato, aunque en negocios del comitente; si los hizo en su calidad de factor, ó de apoderado de su principal, no es él quien contra sí se obliga; es su comitente por el ministerio de él. Para que un comisionado ó factor que contrae en su própio nombre, obligue á su comitente, es necesario que lo haga en los negocios á que le propuso, y que no exceda los límites de su comision, ley 1. §. 7. 12. *ff. de exerc. act.* v. gr. la compra, y venta de géneros que executa el regente de una casa de co-

mercio; las compras que hace el Capitan de un navío, de las cosas necesarias para su habilitacion. Los préstamos de dinero que toma un regente, comisionado ó factor, se estiman hechos para los negocios de su cargo, y obligan á su principal, quando el préstamo contiene una declaracion del fin para que se tomó, y este fin conviene á los objetos de su comision. Por exemplo, si un Capitan toma prestado para componer y reparar su navío en un puerto á donde arribó despues de una tempestad, con declaracion de ser el dinero para este fin, queda obligado el comitente, aun quando el comisionado extravie el dinero, y no haga aquel uso para que tomó el dinero, con tal que la declaracion hecha en el contrato sea verisimil, y la cantidad tomada no exceda mucho de lo necesario para el objeto que declara. *Ley* 1. §. 8. 9. *ley* 7. *princip.* §. 1. *ff. de exerc. act.* La comision, ó poder de los factores, comisionados ó regentes de qualesquier negociados, se entiende que dura hasta que la revocacion sea conocida del público: y aunque todo mandato, comision, encargo ó poder se acaba con la muerte del mandante, la utilidad del comercio exîge que la comision de estas personas continúe aun despues de la muerte del negociante que las propuso, hasta que la revoque el heredero ú otro sucesor. Así contratando en los negocios de su comision, obligan al heredero del negociante, ó á la herencia vacante, sino dexó alguno: *ley* 17. §. 2. *y* 3. 11. *ff. instit. act.* Por lo mismo, un factor ó comisionado para dirigir un ramo ó departamento de rentas reales, obliga á los sucesores del arrendador. El comitente puede oponer todas las excepciones reales, que su comisionado, pero no el defecto ó vicio que tenga la obligacion de este por la incapacidad de su persona; porque habiéndole nombrado el, no puede redarguir la eleccion que hizo, ni venir contra su próplo hecho.

Suelen tambien los comerciantes dar comisiones, órdenes ó poderes á otros negociantes que se ciñen al comercio de comision, ú á los que reunen á él comercios por su cuenta própia; para que vendan, ó para que compren géneros. El buen órden en estos negocios pide que previamente se convengan en diferentes artículos. Lo primero que deben mirar un comitente, y un comisionista para arreglar el premio de comision de venta, es la calidad de los mercaderías que los comitentes envían; si es de gran volumen, si de poco, grande ó mediano precio. Hay mercaderías de gran precio, por la que no se paga sino uno, y medio por ciento, como las perlas, los diamantes, y joyas, los rieles y barras de oro y plata, que aunque de poco bulto son de mucho valor. Hay otras mercaderías de menos consideracion, como las telas de oro, y plata, terciopelos, y otros géneros de seda, y paños finos, por cuya comision de venta se paga algo mas, por exemplo, 2 por 100. Hay otras que ocupan mucho tiempo para hacer cantidad considerable de dinero, mucho lugar donde colocarlos, mucha solicitud y fatiga para procurar su venta, así los comitentes deben convenirse en abonar mas premio por esta comision. Para obviar, se dice en los *números* 16. 17. 18. 19. *y* 20. *cap.* 12. *de las Ordenanzas de Bilbao*, las dudas, ó diferencias que se han experimentado acerca de los derechos que por razon de semejantes comisiones deben llevarse, se ordena, y manda: que por todo género de mercaderías de lana, seda, fierro y otras cosas, sean comestibles, potables ó combustibles, que se vendieren, y compraren de comision, así de estos Reynos, como de fuera de ellos se cargue, y cobren á sus dueños por razon de comision 2 por 100, ademas del corretage y otros gastos que tuvieren, excepto de los géneros que se siguen;

es á saber: quando se vendiere fierro que venga por mar, ó tierra de ferrerías de este Señorío, y provincias comarcanas, se llevarán de comision tres quartillos de real de vellon por cada quintal: por saca de lana de las que se embarcaren de cuenta de sus dueños, á razon de 10 reales de vellon: por cada carga de mercaderías que se recibieren para remitir á varias partes de Castilla, 1 por 100 de su valor: por cada carga de bacallao de las que tambien se remiten á varias partes de Castilla, 7 reales y medio de vellon, inclusos los gastos del embalage: del bacallao cecial, salmon, trigos, maiz, habas y otros granos comestibles que vinieren por mar, respecto del mayor trabajo, y embarazo que se considera en su venta, y despacho, se llevarán 3 por 100 de su valor; por cada fanega de castaña que se embarcare á razon de un real de vellon. Quando se vendieren, ó negociaren en comision qualesquiera géneros en trueque de otros, y los que así se recibieren en trueque se remitiesen por mar, ó tierra á sus próprios dueños se pagará el derecho de comision á razon de 1 por 100 por el retorno, ademas de lo correspondiente á la principal comision; pero si los géneros recibidos en trueque, se vendieren en esta Villa, ú en otra parte, el comisionario en tal caso por el nuevo mayor trabajo tendrá otros 2 por ciento, ademas de la comision principal. Siempre que se recibiere dinero de cuenta de personas de fuera de esta Villa, ya sea de letras, ya de otra manera, se cargará de comision medio por ciento. Así bien se cargará otro médio por ciento por todas las letras que se libraren en virtud de órden, ó por hacer remesas en pago de las mercaderías que se hayan vendido. Todo esto se entiende á menos que haya algun convenio particular

Tambien deben ponerse de acuerdo sobre si el comisionista ha de quedar garante, ó responsable de la solvencia de los deudores á quienes venden las mercaderías; porque en tal caso, es justo que los comitentes paguen mayor comision; pues corren de su cuenta todos los riesgos, y tienen que hacer bueno el valor de los géneros, véndanse al contado ú al fiado.

Han de pactar asimismo los comisionistas, y los comitentes el tiempo en que deben hacer los pagos de las sumas provenientes, de las ventas de sus genéros; porque si los comisionistas no son garantes de la solvencia de los deudores, deben hacer remesa á los comitentes á medida que perciben el dinero de la venta de sus mercaderías, ó darles aviso para que dispongan de él, ora librando letras de cambio contra ellos, ora ordenandoles lo pongan en otra parte segun las órdenes que reciban. Pero si los comisionistas son garantes de la solvencia de los deudores, en este caso deben, ó corresponde de que gozen un plazo antes de hacer las remesas, ó de librar contra ellas; cuyo plazo, que es de tres meses por práctica de muchas plazas de Europa, ha de contarse desde el dia en que venzan los términos de los pagos de las mercaderías que se hayan vendido al fiado. Este plazo que los comitentes dan á los comisionados es muy racional; porque no pagando con aquella puntualidad que se desea á los mercaderes de por menor á quienes de ordinario se venden las mercaderías, se concede este tiempo á los comisionistas para hacer efectivas estas deudas; pero es muy justo que vencido el plazo sean pagados los comitentes, hayan cobrado ó no los comisionistas.

Igualmente se han de convenir con los comitentes sobre si estos librarán contra ellos lo que se les debe; ó si los comisionistas deberán hacer-

les remesa en los tiempos convenidos. Si el comitente libra, no tiene el comisionista riesgo alguno; pero si este toma letras de cambio antes de haber recibido órden del comitente, podria correrlos, si se protestan, en caso que los libradores hiciesen quiebra. Por esto para seguridad de los comisionados, conviene que en la escritura ó papel que se extienda de sus pactos ó convenciones, se prevenga que los comisionistas no han de ser garantes de las letras de cambio que remitan, ú á los comitentes, ú á otros de su órden. Es oportuna esta precaucion; pues quando ocurran quiebras no dexan de moverse contextaciones sobre estos puntos. Es máxima constante entre negociantes, que quando un comitente da órden á un comisionista para que le remita letras de cambio, estas son á riesgo del comitente; pero hay casos en que los comisionados son responsables por las razones que se declararán en adelante.

Conviene tambien ponerse de acuerdo con los comitentes sobre los gastos que los comisionistas deben hacer por cuenta de aquellos, ya por conduccion de géneros, ya por los cambios que haya que pagar para remitirles dinero: ya por otros motivos. Todos estos gastos deben ser pagados por los comitentes ó los comisionistas que deben percibir su comision libre de gastos, y de todo dispendio, salvo los portes de cartas que no se suelen abonar en cuentas, á menos que los comitentes remitan despachos de embaxadores, ú otros papeles de esta especie.

Por último es necesario que los comitentes y comisionistas se convengan sobre los intereses que se han de abonar á estos, en caso que anticipen dinero sobre las mercaderías que les envien. Será bueno, como ya queda insinuado, que todas las condiciones se extiendan por escrito en papel firmado por ámbos; y aun seria mejor en escritura pública, porque si los comitentes quiebran durante la negociacion no diese que sospechar á los acreedores el papel de contrata; pues dirán quizá haberse forjado despues de la quiebra. En tales ocasiones nada omiten los acreedores para destruir los unos los créditos de los otros, y salvarse de la calamidad. "Concluida la venta de qualesquiera géneros, ó efectos, dice *el núm.* 11. *de dicho cap.* 12., formarán los comisionistas la cuenta, especificando en ella, en la misma forma que en el libro de facturas, las fechas, cantidades vendidas, nombres del comprador, ó compradores, precios, plazos é importe para que de esta suerte se sepa todo con individualidad, y consiguientemente si falló algun comprador al tiempo del pagamento, ó plazo; y abonarán el neto rendimiento al dueño, baxados los gastos, derechos, corretage y comision, y se le remitirá dicha cuenta con la mayor brevedad, avisándole dexar abonada la cantidad líquida, ó neta sin perjuicio, hasta la cobranza de lo que tuvieren entonces por cobrar de los compradores, á menos de que si faltare á estas circunstancias, ó qualquiera de ellas, y se omitiere en las partidas el nombre de las personas compradoras, se tendrán semejantes partidas por vendidas á dinero de contado."

Los comisionistas deben en continente dar aviso á sus comitentes, á medida que los deudores paguen las mercaderías; así podrán disponer de estas sumas, pues no es lícito en conciencia á los comisionistas valerse para sus negocios próprios del caudal de los comitentes, á menos que estos lo consientan pagándoles por ella los intereses, á la manera que los comisionistas los cobran quando les hacen alguna anticipacion. Quando sus principales les ordenen que les hagan remesa del dinero que tengan en su poder, deben to-

mar buenas letras de cambio en quanto les sea posible, esto es, que los que las den tengan reputacion de abonados, y solventes, para que en el caso de protexta puedan conseguir fácilmente el reembolso de su dinero de los que se las libráron, ó endosaron. Deben tambien economizar los cambios, quando tengan que pagarlos por las letras que remitan. Si los comitentes libran sobre los comisionistas el dinero que les deben, han de aceptar y pagar puntualmente á su vencimiento; de no hacerlo, á mas de serles responsables de los gastos de protexto, cambios, recambios, daños é interés que los comitentes hayan tenido que pagar por el retorno de las letras, les harian notable agravio en su reputacion, y les darian harto motivo, ya para creer que los comisionistas no están corrientes en sus negocios, ya para temer estar ellos comprometidos en la misma suerte. Deben guardarse mucho los comisionistas de aceptar letras en ningun caso sin tener fondos á la mano; sea que procedan de la venta de mercaderías, sea que los comitentes les hayan enviado buenas letras para pagarlas. Pero ya que los comisionistas sean de bastante crédito y caudal para pagar las letras que los comitentes hayan librado contra ellos, sin tener fondos á la mano para su seguridad, no deben aceptarlos, sin tener á lo menos su valor en géneros de los comitentes: porque los hay de estos que tratan tanto en mercaderías como en operaciones de banco; y por aprovecharse de una ocasion de ganar, ofrecen hacerles fondos ó enviarles géneros para que acepten las letras, y no se curan despues de poner, ó no en apuro á sus comisionistas, con tal que ellos hagan su negocio.

Sería muy oportuno que los comisionistas que venden por comision sin ser responsables de la solvencia de los deudores, pusiesen en sus libros de lo diario los asientos de las mercaderías que vendiesen fiadas, en estos términos: *Debe Don Francisco Lopez de Madrid, por cuenta de Don Juan Martí de Barcelona*, porque así se evita la confusion de sus negocios particulares con los de los comitentes; y á este efecto conviene que en el libro mayor á mas de la cuenta corriente, formen cuenta de las mercaderías vendidas por su cuenta. Esto contribuiria á la mayor seguridad de los comitentes; porque si por desgracia quebrasen los comisionistas, es cierto que los comitentes podrian reclamar y repetir las sumas que debiesen los deudores; pues estaban puestas en los asientos por cuenta de ellos, y no de los comisionistas que en ello no tenian otra intervencion que la de amigos para vender los géneros por cuenta de sus principales, y no por la suya, aunque se hallasen vales á nombre de los comisionistas, con tal que tuviesen la expresion *por mercaderías vendidas en este dia*; porque habiendo consonancia entre el dia de la venta de las mercaderías, y el de la data de los vales, villetes ó pagarés, no puede haber dificultad, y deben ser entregados á los comitentes. Esto se entiende con tal que los vales, villetes, ó pagarés no tengan la circunstancia de ser pagables á la órden del portador, y la órden se haya pasado, endosado ó negociado á un tercero.

Como hay mercaderes ó negociantes, que no solamente venden géneros por comision, sino suyos própios, deben explicar en los asientos de su libro diario por cuenta de quien se venden, y llevar cuentas separadas en el libro mayor á donde saquen las partidas del libro diario. Así se evitará confusion. Sobre esto se dice en el num. 13. cap. 12. de dichas ordenanzas. "Por quanto sucede muchas veces, que un comisionario vende en diferentes tiempos á uno ó mas compradores, mercaderías propias suyas, y otras de comision á ciertos plazos, ó sin ellos, haciendo para el comprador cuenta comun de todas; y despues este paga porcion de dinero sin distincion para todo de

»su cuenta, y ántes de cerrarla da punto á sus negocios quedando debiendo »cantidad de dinero, de que (por lo que deben) resultan entre los comiten»tes y comisionarios varios debates y pleytos; y para evitarlos, se ordena y »manda, que los dichos comisionarios lleven cuenta exâcta de todas las mer»cadérias que así vendieren con distincion de propias y de comision, y á »quien pertenecieren, como tambien de cuenta de quien reciben las cantida»des que el deudor pagáre, para que sucediendo el caso de quiebra ú otro »accidente no prevenido, procedan segun justicia distributiva, aplicándose á »sí mismos y á los demas interesados las prorratas que les correspondan res»pectivamente en la quiebra. Y para mayor inteligencia se declara, que si el »dinero que dieron el comprador ó compradores fué ántes de cumplirse al»guno de los plazos, ó cumplidos todos, en estos casos pertenecerá á los in»teresados en comun sueldo á libra segun sus haberes; pero si le entregaren »despues de cumplidos algunos de los plazos, ha de pertenecer á él, ó á ellos; »y si el dinero entregado excediere del valor ó importe del tal plazo ó pla»zos cumplidos, se aplicará el dicho exceso á los demas no cumplidos suel»do á libra."

En quanto á los comisionistas compradores para ponerse á salvo y evitar pleytos y dudas, no solamente deben excusar quanto les sea posible constituirse deudores con los vendedores, cuidando de comprar los géneros por cuenta de los principales, sino que á fin de que conste esta circunstancia harán que los vendedores en su libro de lo diario abran cuenta con los comitentes, asentándoles baxo el nombre de aquellos para quien los compren, tomando una factura, en que se haga expresion que las mercaderias son por cuenta de ellos. Así no quedarán responsables, ni obligados los comisionistas á otra garantía que á la de que los géneros compradores lo fuéron por cuenta de sus principales; se precaverán dificultades para el caso de insolvencia de los comitentes, y se ocurrirá á las tentativas de la mala fé de los mercaderes y fabricantes que en sus libros los pongan como deudores en lugar de los principales. Aun no bastaria esta precaucion en los comisionistas, si no la tienen en el modo con que se han de escribir estos asientos para que no haya duda de quien es el deudor; si solo el comitente, ó los dos unidamente. A este proposito conviene saber, que los fabricantes y mercaderes escriben de tres maneras en sus libros de lo diario las mercaderias que venden á los comisionistas. La primera es pura y simplemente en esta forma: *Debe el Señor Don Pedro Sanchez para pagar v. g. tres meses.* No hay duda que en los términos en que está hecho este asiento, solo el comisionista está obligado á pagar los géneros vendidos, y que el vendedor no tiene accion alguna personal, y directa contra el comitente; la razon es, porque el mismo vendedor al vender su mercaderia no reconoce otro deudor que el comisionista que en su própio nombre trató con él, por esto el vendedor no podria repetir contra el comitente, á quien se hubiesen enviado las mercaderias, sino por via de embargo, en caso que al tiempo de la quiebra del comisionista fuese todavía el comitente su deudor.

La segunda manera de escribir es, quando se dice: *Debe el Señor Don Francisco Marin, comerciante de Cádiz:: entregado al Señor Don Pedro Sanchez su factor, ó comisionista.* Este asiento señala el deudor que es Don Francisco Marin, y no Don Pedro Sanchez su comisionista: de suerte que no queda deudor del que vende, ni garante de modo alguno, salvo de la remesa al comitente, esto es, que si el comitente negase haberlas recibido, es cierto que si no lo justifica el comisionista será responsable de la deuda al

vendedor de ellas, y habrá de pagárselas; porque el vendedor confió en la buena fé del comisionista, al declarar que era Don Francisco Marin, para quien compraba las mercaderías.

La tercera manera de escribir en el libro de lo diario es en estos términos: *Debe el Señor Don Pedro Sanchez por cuenta del Señor Don Francisco Marin.* Este asiento señala dos deudores, á saber el comisionista y el comitente; y si quebrase el comisionista *Don Pedro Sanchez*, y este se hallase acreedor del comitente *Don Francisco Marin* por dichas mercaderías, el vendedor podria reivindicar la suma que debiese *Marin*; porque Sanchez no es en rigor sino una caucion, garantía ó fianza de *Marin* con el vendedor, como parece del mismo libro, pues las mercaderías están sentadas en él por cuenta de *Marin*, y no por la de *Sanchez*; todo esto camina en al supuesto que Marin estuviese conforme en las deudas, porque no estándolo, solo Sanchez seria el deudor por las razones dichas. Pero si Marin hubiése escrito al vendedor, que entregase las mercaderías á Sanchez su comisionista, en tal caso, que Sanchez las hubiese ó no remitido seria á cargo de Marin, y no del vendedor, que cumplió la órden que se le dió. Dicho modo de hacer los asientos es invencion de mercaderes italianos para tener responsables á su favor los comisionistas, los comitentes.

Si los fabricantes dan algun exceso de medida, debe ceder á beneficio del comitente, y no apropiárselo el comisionista á quien no debe cargar las piezas por mas varas que las que pagaron á los fabricantes, los comisionados deben contentarse precisamente con el beneficio de su comision, lo demas es una injusticia y un hurto sujeto á restitucion. Los mercaderes y negociantes que venden sedas, lanas y otras materias á los fabricantes que las emplean en sus manufacturas, y que al mismo tiempo se mezclan en el comercio, no deben quando compran las mercaderías pagarlas á los fabricantes parte en seda, lana ú otra materia, y parte en dinero, porque es muy cierto que los fabricantes siempre las venden entónces mas caro que quando se las pagan en dinero contante: los fabricantes ú artistas presumen siempre, y es verisimil, que las materias ó simples que se les dan son de menos calidad y mas caras, que si las comprasen voluntariamente sin verse forzados á esta dura condicion; de manera que los comisionistas sacan ventaja indirecta en perjuicio de sus comitentes, que seguramente tendrian mas baratas las mercaderías, si se pagasen todas en dinero contante, y no parte en dinero, y parte en otros efectos.

CAPÍTULO XV.

De las Prohijaciones, Legitimaciones, Emancipaciones, Aprendices y Pupilos.

§. I.

De las Prohijaciones.

1 Prohijar es: *recibir uno por su hijo al que verdadera y naturalmente lo es de otro* (1). La prohijacion puede hacerse de dos maneras, que son: *por otorgamiento del Rey*, ó *por el del Juez*. La que se hace por autoridad real, se llama *Arrogacion*, que quiere decir: Prohijacion de hombre que no tiene padre, y si lo tiene no está en su poder (2). Y la que se hace con autoridad judicial se llama *Adopcion*, que es lo mismo que prohijacion de hombre que tiene padre carnal, y está en su poder: la qual puede hacerse teniendo ó no padre el prohijado: si lo tiene, conviene que el hijo, ya sea natural ó legítimo, consienta la prohijacion de palabra, ó callando, y no contradiciéndola; pero si no lo tiene, ó aunque lo tenga si no está en su poder, es preciso que la consienta expresamente, pues no basta que calle (3); y por esta prohijacion nace impedimento canónico para contraer matrimonio (4).

2 El hombre libre que está fuera del poder paterno puede prohijar, concurriendo en él las circunstancias que la ley 2. tit. 16. Partid. 4. prescribe en esta forma:: *Pero ha menester el que quisiere esto facer, que haya todas estas cosas: que sea mayor que aquel á quien quiere prohijar, de diez y ocho años, é que haya poder naturalmente de engendrar, habiendo sus miembros para ello, é non seyendo tan de fria natura, porque se le embargase.*

(1) Proem. y ley 1. tit. 16. Part. 4. (2) Leyes 7. tit. 7 y 1. tit. 16. Partid. 4. (3) Leyes 7. tit. 7 y 1. tit. 16. Partid 4. (4) Leyes penult. y ultim. tit. 7. Partid. 4. Sr. Covarr. de Matrim. cap. 6. Molina de Just. & Jur. disput. 227.

Por lo que aunque sea impotente por enfermedad, por haberlo castrado por fuerza, ó por otro accidente, no se le prohibe prohijar, respecto no haberle imposibilitado la naturaleza (1).

3 La muger no puede prohijar sino con licencia del Rey, y entónces solo en el caso que dicha ley 2. expresa en esta forma:: *Otrosí ninguna muger non ha poder de porfijar, fueras ende en una manera, si oviese perdido algun fijo en batalla en servicio del Rey, ó en facienda en que se acertase con el comun de algun Concejo. Cá si por esta razon quisiere porfijar á otro, por haber conorte de aquel que perdió, puedelo facer con otorgamiento del Rey, é non de otra guisa.*

4 Nadie puede prohijar al siervo aunque esté manumitido (2); ni el Tutor á su menor, á ménos que sea despues de haber cumplido 25 años, y en este caso ha de intervenir beneplácito del Rey, y no de otra suerte (3). El menor de 7 años no puede ser prohijado, porque carece de la competente capacidad para consentir; pero siendo mayor de ellos, y menor de 14, sí con licencia del Rey, y no en otros términos, informándose previamente el Rey de si el Prohijador es pobre ó rico, pariente ó extraño: si tiene ó no hijos legítimos que le hereden, y edad para poder engendrar: si es de buena vida y fama: que bienes pertenecen al prohijado, y si consiente serlo; y si por este exámen é indagacion conoce que le es útil la prohijacion, debe concederle licencia para hacerla, obligándose el Prohijador por Escritura ante Escribano público, y dando seguridad de entregar todos los bienes del prohijado á la persona que debe heredarlos, en el caso que muera dentro de la edad pupilar; y aunque el Rey no le mande constituir la obligacion, debe hacer la entrega, pues el acto de la prohijacion no puede perjudicar el derecho que los consanguíneos tienen á heredar ab intestato al prohijado (4). Las mismas diligencias debe practicar el Juez para la adopcion.

5 Tal fuerza tiene la prohijacion hecha por via de *Arrogacion*, que por el mismo hecho de ser prohijado el que está sin

(1) Ley 3. tit. 16. Partid. 4. (2) Ley 5. tit. 16. Partid. 4. (3) Ley 6. tit. 16. Partid. 4. Gom. lib. 1. Var. cap. 9. núm. 12. (4) Ley 4. tit. 16. Partida 4.

padre, pasa al poder del prohijante con todos sus bienes, y este no puede echarle de él sin que preceda alguna de las causas que expone la ley 7. tit. 16. Partid. 4. en esta forma:: *E non le puede sacar de su poder el Porfijador aquel quel porfijare, si non fuere por razon derecha á tal, que la pueda probar ante el Juzgador. E esto podria facer por dos razones, la una es quando el porfijado face tal tuerto, ó tal cosa porque se ha de mover á muy gran saña aquel quel porfijó. La otra es quando á tal porfijado como este establece alguno otro su heredero en su testamento so tal condicion, diciendo así: To establezco á F. por mi heredero si le sacare de su poder aquel que le porfijó.* Y aunque por alguna de dichas causas salga de su poder, está obligado á volverle todos los bienes que entró en él, y si le echa ó exhereda sin motivo justo, debe restituírselos; y las ganancias que adquirió mientras estuvo en su poder, excepto el usufructo que produxéron, y ademas tiene derecho el prohijado á la quarta parte de sus bienes despues de su muerte (1), si carece de descendientes legítimos, pues teniéndolos, solo lo tendrá al quinto.

6 Pero si la prohijacion es por vía de *adopcion*, no pasará el adoptado al poder del adoptante, á menos que sea su descendiente (2), y si pasa por algun motivo, puede echarle de él con causa ó sin ella, y entónces nada heredará de los bienes del prohijador, excepto que muera ab intestato sin descendientes (3); y de esto se prueba que el adoptado tampoco heredará cosa alguna de los bienes del adoptante contra su testamento (4). Y aunque la ley 9. tit. 16. Partid. 4. permite al adoptado heredar los bienes del adoptante extraño igualmente con sus descendientes, como si fuese su hermano carnal, está derogada en esta parte, pues solo heredará el remanente del quinto, si no dispone de él, que es lo que puede dexarle en virtud de la ley 28. de Toro, porque la legítima no puede ser gravada, ni los extraños instituidos por herederos, ni heredar juntamente con los legítimos, como queda sentado en el cap. 1.

(1) Leyes 7. al fin, y 8. tit. 16. Partid. 4. (2) Ley 9. tit. 16. Partid. 4. (3) Ley 8. tit. 16. Partid. 4. (4) Señor Greg. Lop. en la glos. fin. de la Ley 8. tit. 16. Partid. 4. vers. *Et adverte*:: Gutierr. de Matrim. cap. 102.

§. II.

De las Legitimaciones.

7 Legitimar *es hacer como de legítimo matrimonio al que realmente no lo es, quitándole el legal impedimento que le priva de obtener, y gozar las preeminencias concedidas á los legítimos, y poniéndole en el estado de estos.* Diferenciase la *legitimacion* de la *dispensacion*, en que esta es solamente para casos y cosas determinadas; pero aquella siendo plenísima, sirve para todo, porque deroga y quita en la raiz el impedimento (1). Pues la dispensacion *es relajacion del derecho comun hecha con conocimiento de causa por el que tiene potestad de dispensar.* Y se puede considerar de quatro modos, que expresa *Ferraris* en la palabra *Dispensatio*, y omito por no importar al Escribano.

8 Los hijos ilegítimos de que traté en el cap. 1. pueden ser legitimados por varias personas, que son los Reyes, Emperadores y Príncipes Soberanos en sus respectivos dominios á deprecacion de sus padres; y siéndolo, gozarán desde la legitimacion en adelante de las honras y preeminencias concedidas á estos, como si hubieran nacido de matrimonio legítimo; pero no podrán ser Clérigos, ni obtener Dignidad eclesiástica en virtud de esta legitimacion, porque los Príncipes seculares no tienen jurisdiccion, ni potestad para dispensar en las cosas eclesiásticas (2).

9 Tampoco gozarán del privilegio de hidalguía si sus padres no la gozan, por cuya razon deben pagar todos los pechos y contribuciones que satisfarian no habiendo sido legitimados (3); ni la legitimacion perjudica á los legítimos descendientes; y así aunque contenga la cláusula *de que puedan heredar á sus ascendientes*, nada mas heredarán de sus bienes por *testamento*, ni *ab intestato*, habiendo descendientes legítimos, que el remanente del quinto, que es lo que sus ascendientes pueden dexarles por via de alimentos; pero no se diferencia-

(1) Señor Covarr. de Matrim. part. 1. cap. 8. §. 8. Gutier. de Matrim. Quæst. Canon. cap. 74. (2) Ley 4. tit. 15. Partid. 4. (3) Leyes 20. tit. 11. lib. 2. y 12. tit. 2. lib. 6. Recop.

rán de los legítimos en suceder á los otros parientes, y en las honras y preeminencia de sus padres (1), para cuya obtencion, y la de oficios honoríficos puede habilitarles la Cámara, y á los Clérigos para dar alimentos á sus hijos, y para otras cosas (2).

10 El Papa como tal puede dispensar en toda la Christiandad á los que son libres, y no legítimos, ó habilitarlos para que reciban Ordenes, y obtengan Beneficios y Dignidades eclesiásticas, ó lo uno, y no lo otro á su eleccion, y de lo que ha de ser, dará la regla su rescripto, pues no siendo amplísimo, solo gozarán y obtendrán aquello para que en forma específica les fuere concedida la legitimacion ó dispensacion; y como Príncipe soberano tiene potestad de legitimar para todo á sus vasallos, usando de ámbas (3).

11 Los padres pueden legitimar á sus hijos naturales, llevándolos á la Corte del Rey, ó al Concejo de la ciudad ó villa en que habitan, ó á otra, entregándolos de su própia voluntad para su servicio, y diciendo públicamente que son sus hijos habidos en tal muger soltera (nombrándola), por cuyo acto quedan legitimados, si se convienen, y aceptan la entrega de sus padres; lo qual pueden hacer estos, aunque los tengan legítimos, á menos que la madre sea su sierva, pues en este caso les está prohibido, excepto que la manumitan, y ninguno tengan legítimo (4). Tambien quedan legitimados si se ofrecen espontaneamente á servir al Emperador, Rey, ciudad ó villa, diciendo de quien son hijos, y sus padres no los tienen legítimos, en cuyo caso heredarán á sus padres *ab intestato*, mas no á sus parientes (5); pero si los tienen legítimos, no se legitiman por este acto (6).

12 Pueden igualmente los padres legitimar á sus hijos naturales por testamento, si no los tienen legítimos, diciendo: *que quieren que F. y Zutano sus hijos naturales procreados en Fulana de estado soltera, sean sus herederos legítimos.* En cuyo caso si los padres mueren baxo de esta disposicion, y sus hijos acuden despues con ella al Rey, suplicándole se digne confirmar la le-

(1) Leyes final, tit. 15. Partid. 4. y 10. tit. 8. lib. 5. Recop. (2) Auto 9. cap. 2. tit. 6. lib. 1. Recop. (3) Ley 4. tit. 15. Partid. 4. (4) Ley 5. tit. 15. Partid. 4. (5) Leyes 7. al fin, y 8. tit. 15. Partid. 4. (6) Ley 8. tit. 15. Partid. 4.

gitimacion, debe hacerlo, serán habidos por legítimos, gozarán los honores de tales, y heredarán los bienes paternos (1).

13 Tambien se les permite legitimarlos por instrumento en sanidad; pero para que valga esta legitimacion, no han de expresar en él: *que son sus hijos naturales, sino que son sus hijos, y los conocen por tales*, porque si lo expresan, no valdrá, como se prueba de la ley 7. tit. 15. Partid. 4. que dice: *Instrumento, ó carta faciendo algun ome por su mano misma, ó mandandola facer á alguno de los Escribanos públicos, que sea confirmada con testimonio de tres omes buenos, en que diga: que algun fijo, que ha, nombrandolo señaladamente, que lo conoce por su fijo: es esta otra manera en que se facen los fijos naturales legítimos; pero en tal conocencia como esta non debe decir que es su fijo natural, cá si lo dixese, non valdria la legitimacion.* Y la razon es, porque presume el derecho que hubo matrimonio, y mientras no se pruebe lo contrario, serán habidos por legítimos, y no por naturales.

14 Si el padre procrea muchos hijos en una manceba, y reconoce solamente á uno de ellos por su hijo, quedan legitimados por este reconocimiento los demas, y aunque en él no haga mencion de ellos, le heredarán igualmente que el reconocido (2).

15 Contrayendo matrimonio la hija natural con el que exerce empleo honorífico de los mayores que hay en Ciudades ó Villas, queda legitimada, sin que tenga necesidad de que el Papa, Monarca, ni su padre la legitimen (3).

§. III.

De las emancipaciones.

16 Los padres tienen dominio (que llaman comunmente *patria potestad*) sobre sus hijos legítimos, mas no las madres (4); y aunque por el derecho de las Partidas se amplia este poder á los nietos y demas descendientes legítimos, está derogada esta disposicion por la ley 47. de Toro, que manda

(1) Ley 6. tit. 15. Partid. 4. (2) Ley 7. tit. 15. Partid. 4. Señor Greg. Lop. en ella, Sr. Covarr. de Matrim. cap. 8. §. 7. (3) Ley 8. tit. 15. Partid. 4. (4) Leyes 1. y 2. t. 17. Partid. 4.

que el hijo ó hija casados y velados se tengan por emancipados en todas las cosas para siempre; por lo que si por el casamiento con velacion salen de la patria potestad, no pueden sus hijos entrar en la de su abuelo, pues una vez que espira, no revive sino por delito que el hijo cometa contra su padre; y por esta razon tampoco puede el abuelo substituir pupilarmente á sus nietos, segun dexo sentado en el cap. 1.

17 Este poder ó patria potestad puede provenir de qualquiera de las quatro causas que la ley 4. tit. 17. Partid. 4. expresa en esta forma: *La primera es por el matrimonio que es fecho segun manda la Santa Eglesia. La seganda es como si acaesciese contienda entre algunos si eran padre ó fijo, é fuese dado juicio acabado entre ellos que lo era. La tercera es como si el padre oviese al fijo librado de su poder, é despues desto ficiese el fijo algun yerro contra el padre quel oviese á tornar á su poder. La quarta es por adopcion, que quier tanto decir como profijamiento; é esto seria como si el abuelo de parte de la madre porfijase á su nieto, cá en tal manera caeria el nieto en poder de tal abuelo.* Pero los padres solo lo tienen sobre sus hijos nacidos de legítimo matrimonio, y no en los naturales, incestuosos, ni demas; y los que nacen de las hijas, deben estar en poder del abuelo paterno, en caso que no tengan padre, porque la patria potestad es privativa de la línea masculina (1). Advirtiendo que miéntras el hijo está en poder de su padre, no puede celebrar con él contrato alguno sino que sea de peculio castrense, y quasi castrense; pero en saliendo de él, valen los que ámbos celebren (2).

18 Los bienes de los hijos son de quatro clases, á saber: *Profecticios, adventicios, castrenses y quasi castrenses*: los *profecticios* son los que adquieren con los de sus padres, ó les vienen por su respecto ó línea, y de ellos toca á estos la posesion, propiedad y usufructo, y son suyos privativamente, porque los ganan estando baxo de su poder (3). Los *adventicios* son los que ganan por industria ú obra de sus manos, ó por donacion y herencia de sus madres, ó de alguno de los parientes de éstas ó de extraño, ó por ventura ó hallazgo de tesoro, ú otra manera semejante, y el usufructo de ellos es del padre por razon

(1) Ley 2. tit. 17. Partid. 4. (2) Leyes 2. tit. 5. y 6. tit. 11. Partid. 5. y 8. tit. 11. lib. 1. del Fuero Real. (3) Ley 5. tit. 17. Partid. 4.

de la patria potestad; pero la propiedad toca privativamente á los hijos. Llámanse *adventicios* porque no vienen del padre, ni por su línea, ni respecto, ni son adquiridos con los suyos, y así el padre está obligado á defenderlos en juicio, conservarlos íntegros y restituirlos á sus hijos quando se casen; y si se mantienen solteros, debe haber el usufructo que produzcan miéntras lo esten (1).

19 Los *castrenses* se llaman así, porque este adjetivo *castrense* se deriva del substantivo latino *castra*, que se entiende de tres maneras: la primera y mas comun es todo castillo, fortaleza y lugar cercado de muros: la segunda el exército unido para pelear: y la tercera es la Corte del Emperador, Rey ó Príncipe Soberano; y los bienes que ganan los hijos en alguno de estos lugares en el Real Servicio, son suyos en posesion, propiedad y usufructo, y ningun derecho tienen á ellos su padre, madre, hermanos, ni otro pariente, por lo que pueden hacer de ellos lo que quisieren durante su vida (2); pero por última disposicion se han de arreglar á lo que manda la ley 6. de Toro, sobre lo qual véase al Señor *Greg. Lop.* en la 6. tit. 17. Partid. 4. glos. 8. versic. *Hodie* :: y lo que dexo explicado en el cap. 1. §. 7. núm. 131. Y los *quasi castrenses*, (cuyo nombre se les dá por semejarse á los *castrenses*) son los que adquieren los Maestros què enseñan públicamente alguna ciencia, y los Jueces y Escribanos del Rey, Regidores y otros por razon de oficio público honorífico que exercen, é igualmente la donacion que el Rey, ú otro Señor de vasallos les hace; en los quales tiene el hijo el mismo dominio que en los castrenses (3). Tambien reputan algunos por quasi castrenses los que se ganan por enseñar las siete artes liberales, que son: *Gramática*, *Retórica*, *Dialéctica*, *Arithmética*, *Música*, *Geometría* y *Astronomía*, y por razon de Dignidad ó Beneficio eclesiástico, aunque á la verdad no encontré textos que por tales declare á las siete artes.

20 En virtud de la patria potestad puede el padre empeñar á su hijo si se halla en extrema necesidad de hambre, é imposibilitado de redimirla de otra suerte, ó cercado de los ene-

(1) Ley 5. tit. 17. Partid. 4. (2) Ley 6. tit. 17. Partid. 4. (3) Ley 7. tit. 17. Partid. 4.

migos en defensa de algun castillo sin tener que comer, todo lo qual se prohibe á la madre; y el hijo empeñado saldrá del dominio del que lo recibió en empeño, pagando el importe de este, y lo que el recipiente gastó en enseñarle alguna ciencia, arte ú oficio, segun regulacion de inteligentes (1).

21 Por siete causas espira la patria potestad: la primera por muerte natural del padre (2), pues en falleciendo, no puede dominar á sus hijos, porque no exîste. La segunda por muerte civil, la qual es una pena que se le impone judicialmente por haber cometido algun delito enorme, ya sea condenándole para siempre á trabajar en las labores del Rey, v. gr. Presidios, Arsenales y Minas, ó á servir á los que trabajan en ellas, por lo que se llama *siervo de pena*; ó quando es desterrado para siempre á Isla, ú otro lugar determinado, y se le confiscan sus bienes, por lo que le llamaban *Deportado* (3); pero siendo *Relegado*, como decian los Romanos (que es el desterrado para siempre, ó por tiempo cierto á algun pueblo, pero sin que se le confisquen sus bienes,) no pierde la patria potestad, ni su hacienda, nobleza, ni libertad, ni tampoco se le prohibe testar (4).

22 La tercera, quando es *Banido ó encartado*, (segun llama la ley) que es el que cometió algun delito grave, está prófugo y se le emplaza por edictos para que se presente, y por no presentarse, le condena el Juez en rebeldía á que no entre en el lugar de su domicilio, ni en su término ó Provincia, ó le impone mayor pena, ó le confisca sus bienes: y se le tendrá por deportado ó relegado, segun sea la sentencia contra él proferida (5). La quarta por haber cometido el pecado de *incesto*, casadose con parienta suya dentro del quarto grado sin dispensacion, estando viuda, teniendo ciencia cierta del impedimento canónico, ó con Religiosa profesa (6).

23 La quinta por obtener el hijo alguna de las once dignidades del Reyno, que son: *Consejero*, *Proconsul*, *Prefecto pretorio*, *Juez mayor de Ciudad cabeza de Reyno*, *Adelantado mayor Qüestor*, (que es el que recauda las Rentas Reales no como

(1) Leyes 8. y 9. tit. 17. Partid. 4. Señor Covar. lib. 3. Var. cap. 14. núm. 4. (2) Ley 1. tit. 28. Partid. 4. (3) Ley 2. tit. 18. Partid. 4. (4) Ley 3. tit. 18. Partid. 4. (5) Ley 4. tit. 18. Partid. 4. (6) Ley 6. tit. 18. Partid. 4.

Arrendador, sino como Oficial de quien el Rey hace gran confianza, ó el que le lee las cartas que le escriben, y las Leyes que se establecen ántes de publicarse). *Alferez mayor*, *Chanciller*, *Mayordomo*, *Fiscal*, *y Secretario del Rey* (1). La sexta por casarse y velarse el hijo, pues en el instante que se casa y vela en *faz* de la santa Madre Iglesia, y no de otra suerte, sale de la patria potestad para siempre en todas las cosas, así útiles como perjudiciales, y jamas reincide en ella, aunque quede viudo: hace suyo íntegramente el usufructo de sus bienes adventicios, sin que su padre pueda quedarse, ni retenerle el todo, ni parte de él: y si mientras vive lo percibe, y no se lo pide el hijo, deben abonárselo, y entregarle su importe los coherederos, porque es visto que por la reverencia á su padre no se lo demandó, y no que por su taciturnidad se lo donó (2). En los quatro años siguientes al dia de su casamiento está libre de todas las cargas y oficios concegiles, cobranzas, húespedes y soldados, y en los dos primeros de todos los pechos Reales, Concegiles y moneda forera, de los quales no se liberta aunque sea soltero en cumpliendo los 25 años, ni puede resistirse á admitirlos; pero sí siendo casado. Y si llega á tener seis hijos varones vivos, lo está igualmente por toda su vida de dichas cargas y oficios, aunque luego muera alguno de los hijos (3); por lo que acudiendo al Consejo, y con justificacion de tenerlos, pidiendo la Ordinaria, se le expedirá; pero esta esencion se entiende en Castilla, y no en Cataluña, ni en otra parte donde se gobiernan por fueros y práctica diversa, segun está declarado por Real Cédula, expedida en San Ildefonso á 27 de Agosto de 1782 (*a*).

24 Y la séptima causa es la emancipacion, la qual *es libre potestad que el padre da á su hijo legitimo, para que sin su intervencion trate, contrate, comparezca en juicio y haga todo lo que podria practicar si no tuviera padre, á cuyo fin le aparta de su dominio.* Para que sea válida han de concurrir tres circunstancias: la primera que el hijo tenga siete años cumplidos, pues antes de ellos no puede ser emancipado sin Real permi-

(1) Ley 7. á la 14. tit. 18. Partid. 4. (2) Leyes 8. y 9. tit. 1. lib. 5. Recop. Gut. lib. 2. pract. quæst. 10. núm. 4. de Jur. confirm. part. 1. cap. 4. núm. 18. y sig. Aceved. en la ley 5. del tit. 1. lib. 5. Recop. núm. 26. Gom. en las leyes 47. y 48. de Toro. (3) Ley 14. tit. 1. lib. 5. Recop. (*a*) Nota 1.

so (1) (*a*). La segunda que las Justicias den cuenta al Consejo con los instrumentos de justificacion de las causas de la emancipacion, y en vista de su aprobacion, y licencia puedan proceder luego á declararla, pues hoy está prohibido pena de nulidad, que se hagan emancipaciones sin este previo requisito (*b*); lo qual se entiende, ya sea soltero mayor ó menor de 25 años el hijo, porque la disposicion real no distingue (2). Y la tercera, que despues de impetrada la licencia acudan padre é hijo personalmente, y no por Procurador al Juez ordinario de su domicilio, y á presencia de este diga el padre que emancipa y aparta de su poder á su hijo, y este que acepta la emancipacion; en virtud de cuyo espontaneo consentimiento debe el Juez mandar al padre que otorgue la correspondiente Escritura, é interponer á ella, y á lo que el emancipado practique, su autoridad para su mayor validacion (3). Pero en la práctica no es preciso que las Justicias den cuenta al Consejo ántes que se otorgue la Escritura; basta que precedida la justificacion de las causas, se otorgue la emancipacion con insercion de ella, y luego se presente en el Consejo solicitando en su virtud la aprobacion, sin que necesite acudir despues al Juez ordinario, pues asi lo he visto en una que obtuve por encargo, y expresando en la emancipacion que para que valga y pueda usar de ella el emancipado, ha de preceder aprobacion del Consejo, y este pedirla (*c*).

25 La emancipacion ha de ser para todo, y no para una cosa sola, porque la patria potestad es individua, una vez que espira, es en el todo, y el hijo que sale de ella no reincide en el dominio paterno, aunque cese la causa porque se exîmió de él (4), á menos que sea ingrato á su padre, tratándole mal de palabra ú obra (5), que en este caso volverá á su poder, no obstante que lo haya emancipado. En premio de la emancipacion puede el padre retener para sí la mitad del usufructo de los bienes adventicios que su hijo tenia ántes de ser emancipado, y no de los que despues adquiera, antes bien si su hijo se casa luego, deberá volverle la mitad que se reservó,

(1) Ley 16. tit. 18. Partid. 4. (2) Auto 20. tit. 19. lib. 3. Recop. (3) Leyes 15. 16. y 17. tit. 18. Partid. 4. (4) Gom. en ley 47. de Toro, num. 2. (5) Leyes 4. tit. 17. y fin. tit. 18. Partid. 4. (*a*) Nota 2. (*b*) Nota 3. (*c*) Nota 4.

porque por legal disposicion le pertenecen enteramente los bienes adventicios, sin que su padre pueda retenerselos (1), ni su usufructo.

26 Por quatro causas puede ser apremiado el padre á emancipar á su hijo: la I, por tratarlo con excesiva rigidez y severidad. La II, por compeler á sus hijas á que se prostituyan, y á los hijos á que sean ladrones, ó cometan otros delitos. La III, por aceptar el legado que alguno le hizo con la condicion de que emancipase á su hijo. Y la IV. por disipar el padrastro los bienes de su entenado mayor de 14 años, prohijado por él (2).

27 Aunque el hijo esté fuera de la patria potestad, no puede demandar judicialmente á su padre sin su licencia, sino por sus bienes castrenses, y quasi castrenses; y para reconvenirlo por los adventicios, lo que se practica es, poner en el primer pedimento esta cláusula: *precedida la vénia en derecho necesaria*, con la qual se le permite usar contra él de sus acciones civiles, pero no de las criminales de que le resulte infamia, muerte ó perdimiento de miembro: y lo própio milita para con los nietos, y demas descendientes legítimos (3), en los quales se incluyen los yernos, porque representan á sus mugeres, previniendo que si el pedimento no contiene dicha cláusula, no debe admitirlo el Escribano.

§. IV.

De los aprendices y pupilos.

28 Queda explicado el poder que los padres tienen sobre sus hijos legítimos, y las causas por que espira: resta manifestar la mutua obligacion que tienen entre sí, á lo que dan solucion el Proemio, y siete Leyes del tit. 19. Partid. 4. y varios textos divinos, y Autores que se esmeraron en patentizarla. Y en exposicion de esta tan importante materia, digo: que la crian-

(1) Leyes 15. al fin, tit. 18. Partid. 4. y 48. de Toro, Gom. en esta, núm. 6. Acev. en la 9. tit. 1. lib. 5. Recop. núm. fin. (2) Ley 18. tit. 18. Partid. 4. (3) Leyes 3. tit. 2. Partid. 3. y 11. tit. 17. Partid. 4.

za es uno de los mayores beneficios que un hombre puede hacer á otro, ya sea hijo suyo, ó extraño, pues todo racional se mueve á hacerlo por amor al que cria, y engendra mucho mas la crianza, que la natural procreacion sin ella (1), como la experiencia lo acredita.

29 Tienen obligacion los padres de criar á sus hijos por tres razones: la I, de naturaleza, porque son sangre de su sangre, y carne de su carne, por la qual se mueven tambien los irracionales á criar á los suyos: la II, por el amor que les profesan, dimanado de los motivos expuestos, y de que en el hijo revive, y se conserva el nombre de su padre, y le representa aun despues de muerto. Y la III, porque todos los derechos lo mandan así (2). Deben criarlos dándoles no solo el alimento necesario para su vital conservacion, vestido y calzado segun posibilidad, y esfera, y lo demas sin lo que los hombres no pueden vivir, sino educándolos, é instruyéndolos en la Doctrina, Artes, y Ciencias divinas, y humanas, y poniéndolos con maestros que se las enseñen (3).

30 La madre debe criarlos hasta la edad de tres años, que llaman de la *lactancia*, y el padre despues de ellos; pero si la madre no puede por su indigencia, tiene obligacion el padre de darla lo necesario para ello; y si se divorcian, toca al culpado, siendo rico, su manutencion ya sean mayores ó menores de dicha edad, y al inocente tenerlos en su poder, y custodiarlos (4). Mas si el padre es pobre, y la madre rica, debe esta criarlos de sus propios bienes antes y despues de la lactancia; y si ámbos son pobres, están obligados á ello sus abuelos, y visabuelos paternos de los suyos por su órden; previniendo que los hijos, y demas descendientes tienen igual obligacion con sus ascendientes pobres (5).

31 Esta obligacion civil y natural del padre se extiende solo á sus hijos legítimos, y naturales; pero no la civil á los demas ilegítimos, pues á estos deben alimentar sus madres, y ascendientes por esta línea, teniendo medios para ello: y la razon es, porque la madre siempre es conocida, y el padre no:

(1) Prœm. y ley 1. tit. 19. Partid. 4. (2) Ley 2. tit. 19. Partid. 4. (3) Dicha ley 2. Eccles. cap. 4. num. 12. y cap. 7. núm. 25. Ley 3. tit. 19. Partid. 4. (4) Leyes 2. al fin, y 4. tit. 19. Partid. 4.

bien que por derecho natural y equidad canónica á todos debe esta dar alimentos; mas si los hijos son ingratos á sus padres, damnificándoles en su vida, honra ó hacienda, ó tienen lo necesario para alimentarse, cesa la obligacion de los padres y madres, y lo mismo procede de aquellos para con estos, por ser reciproca entre todos (1), sobre lo qual véase lo explicado en el cap. 1.

32 En conseqüencia de esta obligacion, y dominio pueden los padres servirse de sus hijos, sin que estos tengan accion á pedirles salarios; por lo que cumplen con mantenerlos, y educarlos segun su esfera, y posibilidad (2). Pueden asimismo ponerlos á pupilage con maestros que los enseñen, y estos deben hacerlo, sin ocultarles cosa alguna de la ciencia, arte ú oficio que profesan, á fin de que se instruyan á satisfaccion de inteligentes, y á este efecto se les permite castigarlos, de suerte que no los lisien en sus cuerpos, pena de los daños (3). De esta clase de contratos suelen hacerse Escrituras con varios pactos; por la que extenderé se instruirá el Escribano para las que le ocurran. El que quisiere cerciorarse radicalmente de esta materia, vea los Autores que se citan (4). En quanto á lo que se debe practicar quando el hijo demanda al padre para que le mantenga, y este niega ser su hijo, véase la *Ley fin. tit.* 19. *Partid.* 4. Y por lo respectivo á los niños expósitos, y otros que crian algunos extraños *el tit.* 20. *de dicha Partida.*

§. FINAL.

Escrituras correspondientes á este Capítulo.

Pedimento para la adopcion.

33 Francisco Lopez vecino de esta Villa, ante Vmd. como mas haya lugar digo: que con motivo de hallarme viudo en edad abanzada, con caudal considerable, y sin herederos forzosos, ni

(1) Leyes 5. y 6. tit. 19. Partid. 4. cap. Cum haberet. 8. de No, qui duxit in Matrimonium quam polluerat adulterio, cerca del fin. (2) Ley 3. tit. 20. Partid. 2. (3) Ley 11. tit. 8. Partid. 5. (4) Lara de Vita hominis cap. 13. núm. 60. y sig. Barbos. vot. 2. núm. 11. Sr. Castill. de Almans. cap. 66. núm. 61. Gutierr. de Juram. confirm. part. 1. cap. 5.

esperanza de tenerlos, he resuelto adoptar á Juan Ibañez hijo de Andres Ibañez difunto, el qual está pobre, y huerfano, y tiene catorce años de edad, como consta de la certificacion de su Bautismo que presentó, y consiente ser adoptado: Mediante lo qual, y que de executarse la adopcion se le sigue notoria utilidad, para que tenga efecto:= A Vmd. suplico se sirva haber por presentada dicha certificacion, mandar se me reciba informacion al tenor de este pedimento; y constando su certeza en la parte que baste, deferir á mi pretension, y concederme licencia para formalizar la Escritura de adopcion correspondiente, interponiendo á ella su autoridad, y judicial decreto para su mayor estabilidad, pues así procede de justicia que pido, y para ello, &c.

AUTO.

34 Por presentada la certificacion que se refiere: recíbase la informacion que esta parte ofrece ante el presente Escribano, á quien para ello se da comision en forma, y hecha se trayga para proveer: el Señor N. Corregidor de esta Villa de tal lo mandó á tantos de tal mes y año: = Don N. = Ante mí N.

INFORMACION.

Testigo primero.

35 En *tal* Villa á *tantos* de *tal* mes y año yo el Escribano de su Número usando de la comision que por el Auto precedente me está conferida, y con arreglo al pedimento presentado por Francisco Lopez, recibí juramento por Dios nuestro Señor, y una señal de cruz en forma de derecho de Antonio Perez vecino de ella, el qual lo hizo como se requiere, y baxo de él prometió decir verdad, y lo que supiere sobre lo que fuere preguntado, y siéndolo por mí al tenor del pedimento referido, dixo: que conoce de vista, trato y comunicacion al mencionado Francisco, y á Juan Ibañez hijo de Andres Ibañez difunto, por cuya razon sabe, y le consta que el enunciado Francisco es anciano, rico, de buena vida y fama: que no tiene descendientes, ni otro heredero legítimo: y que el prenotado Juan ya habrá cumplido catorce años de edad, porque segun hace memo-

ria, nació en el de *tantos*, sobre lo que se remite á la partida de su Bautismo; y parece al declarante que de adoptarlo el expresado Francisco se le seguirá mucha utilidad y beneficio, pues cumpliendo como buen hijo adoptivo, le instituirá por su heredero, y le quedará lo suficiente con que alimentarse decentemente de lo que actualmente se halla imposibilitado, porque está pobre, huérfano y no tiene oficio con que ganar de comer: que es lo que sabe, puede declarar, y todo la verdad baxo de dicho juramento, en que se afirma, ratifica y lo firma, (ó no firma por no saber) expresa tener *tantos* años poco mas, ó menos de edad, que con ninguno le tocan las generales de la ley, de que le preguntè, doy fé:= Antonio Perez= Ante mí N.

Conforme á este testigo han de declarar otros dos, y luego corresponde el siguiente

AUTO.

36 En *tal* Villa á *tantos* de *tal* mes y año el Señor D. N. Corregidor de ella habiendo visto estos autos, hecho comparecer á su presencia á Francisco Lopez, y Juan Ibañez contenidos en ellos, y exâminado la voluntad, y consentimiento de ámbos, tomó de la mano al citado Juan, y lo entregó al enunciado Francisco, el qual lo recibió por su hijo adoptivo, y en su consequencia le concedió ámplia facultad para que otorgue la Escritura de adopcion con las cláusulas por derecho prescriptas para su estabilidad, interpuso á ella su autoridad en legal forma, mandó que estos autos se unan á su protocolo, é incorporen en sus traslados para documentarla, y lo firma, de que doy fé:= D. N.=Ante mí N.

Eccritura de adopcion.

37 En *tal* Villa á *tantos* de *tal* mes y año ante mí el Escribano de su Número, y testigos Francisco Lopez vecino de ella dixo: que con motivo de hallarse anciano sin herederos legítimos, ni esperanza de procrearlos, y con caudal copioso, determinó adoptar á Juan Ibañez, hijo de Andres Ibañez difunto, y á este fin precedidas las diligencias por derecho prescriptas, impetró licencia

Señor D. N. Corregidor de esta Villa, que con los demás autos obrados se une á esta Escritura para documentarla, é incorporarla en sus traslados, y su literal tenor dice así: (*Aquí se copian los Autos, y luego prosigue la Escritura*). Concuerdan los autos insertos con los que están en el protocolo de esta Escritura, de que doy fé; y usando el otorgante de la licencia que incluye el último, de su libre, y espontanea voluntad en la mayor via, y forma que haya lugar en derecho: = Otorga que recibe por su hijo adoptivo al nominado Juan Ibañez, y en su conseqüencia promete, y se obliga á tratarlo, educarlo, cuidarlo y alimentarlo como si fuera su hijo legítimo, y á instituirlo por su heredero en el caso que subsista en su poder al tiempo de su fallecimiento, y si por natural olvido, ó por otra causa no lo hiciere, quiere que sea habido por instituido, como desde ahora le instituye por tal, y que en dicho caso herede sus bienes íntegramente. Asimismo se obliga á que si el citado Juan heredáre, ó le donaren algunos mientras esté en su compañia, y luego saliere de ella, se los entregará sin desfalco, ó á quien sea parte legítima para su percibo, en continente que sea requerido, y consiente ser apremiado por todo rigor legal no solo á su entrega, sino á la solucion de las costas, daños y perjuicios que en su exâccion se le causen, cuya liquidacion defiere en su juramento, y le releva de otra prueba. Igualmente se obliga á no reclamar esta Escritura, ni alegar excepción, aunque le favorezca, y si lo hiciere, no se le admita judicial, ni extrajudicialmente, y sea visto por el mismo caso haberla aprobado, y ratificado, á cuyo fin da ámplio poder á los Señores Jueces, &c. (*aquí se pondrán las generales, y prosigue*). Y el mencionado Juan Ibañez, que está presente, enterado de esta Escritura, dixo que acepta la adopcion que contiene, y en reconocimiento de hijo adoptivo se hincó de rodillas, besó la mano al enunciado Francisco Lopez, y le dió las gracias por el beneficio de haberle adoptado; y ámbos así lo otorgaron, y firman, á quienes doy fé conozco, siendo testigos, &c.

Nota. No puse en esta Escritura la cláusula de *donacion en sanidad de todos los bienes del adoptante*, como D. Pedro Melgarejo, Argüello, Ribera, Palomares y otros Autores que he visto, lo hicieron, sin tener presente que la ley 69. de Toro prohibe donar todos lo bienes: aunque sea solo los presentes: que

las 91. y 92. tit. 18. Partid. 3. que traen la forma de extender las Escrituras de arrogacion, y adopcion, no la contienen: y que es contra la naturaleza de este contrato, porque teniendo potestad el adoptante para echar de su poder al adoptado, y exheredarle con causa, ó sin ella, (lo que no puede hacer con el arrogado, por ser preciso que intervenga causa justa para ello) se priva por la donacion en sanidad de exheredarle, (pues como irrevocable será subsistente, y no podrá revocarla, sino por las causas que expliqué en el cap. 6. §. 1. núm. 3. y de usar de la facultad que le concede la ley 8. tit. 16. Partid. 4. y aunque las referidas 91. y 92. tampoco contienen la institucion de heredero, por no ser necesaria, á causa de que si el adoptante echa de su poder, ó exhereda al adoptado, como se le permite, nada llevará de sus bienes, y si no lo hace, y muere ab intestato sin herederos forzosos, le heredará; no obstante, es bueno que se ordene con ella, porque de esta suerte se entienden revocadas sus disposiciones testamentarias anteriores, y se evitan dudas.

Otra. Don Pedro Melgarejo en su compendio de Escrituras públicas extendió una de adopcion otorgada por marido y muger, en la qual hallé tres reparos: el I, la cláusula de donacion arriba expresada; el II, que supone intervenir muger, y no explica el motivo que previene la ley 2. tit. 16. Partid. 4. inserta en el núm. 3. y el III, que carece de la Real licencia, así por lo respectivo á la muger, como al adoptado, que supone es menor de catorce años, pues ámbos la necesitan segun queda sentado en los núm. 3. y 4. y la adopcion del menor de esta edad ha de hacerse ante el Rey, ó con su beneplácito: lo que tendrá presente el Escribano para no cometer absurdos.

Nota. Si el adoptado tiene padre, ha de consentir este la prohijacion, y acudir con el adoptante al Juez: se harán los autos á nombre de los dos, y en el de licencia se omitirá la cláusula de la entrega del adoptado, que hace el Juez al adoptante, y pondrá en su lugar esta:: *Que el padre se desapodera del dominio, y patria potestad que ha tenido, y tiene sobre su hijo, y en señal de verdadero desapoderamiento lo toma de la mano, y lo entrega al adoptante, y este lo recibe por su hijo adoptivo.* Y si interviene licencia del Rey, se ha de insertar en la Escritura, y en este caso no se necesitan autos, ni otra diligencia judicial, porque el

Rey antes de darla, se informa de todo, y la concede con conocimiento de causa.

Legitimacion.

Las legitimaciones suelen hacerse regularmente por el Rey á peticion de los padres, que se reduce á un memorial concebido substancialmente en los términos siguientes.

SEÑOR.

38 Don Francisco de Guzman, y Solís vecino de *tal* parte con el debido respeto á los Reales Pies de Vuestra Magestad dice: que ha tantos años que está casado con Doña Gertrudis de Mendoza, de la qual no tuvo hijos, ni tiene esperanza de procrearlos; y mediante hallarse con uno que siendo soltero engendró en *Fulana* del mismo estado, á quien reconoce por su hijo natural, el qual es benemérito, y promete segun su buena inclinacion, y talentos practicar quanto sea del mayor agrado, y servicio de vuestra Magestad: en esta atencion = Suplica rendidamente á vuestra Magestad se digne hacerle la merced de legitimarlo, habilitándole en forma para que sea habido, y reputado por legítimo, y como tal pueda heredar al suplicante en defecto de legítimos, sucederle en los Vínculos, Mayorazgos y demas en que sucederia si hubiera nacido de legítimo matrimonio, y gozar de todas las honras, preeminencias y prerrogativas concedidas á los que lo son, sin diferencia: cuya gracia espera de la inata piedad de vuestra Magestad, y en ello recibirá merced.

Nota. En virtud de este memorial, firmado por el padre, si el Rey, y en su Real nombre el Consejo de la Cámara condesciende con su pretension, se le despacha por la Secretaría de aquella la carta, ó cédula de legitimacion, de cuya extension trata la ley 9. tit. 18. Partid. 3. y por no tocar al Escribano la omito. Tambien puede el padre hacer la súplica en instrumento, pero por no estilarse omito tambien ordenarlo.

Escritura de emancipacion.

39 En *tal* Villa á *tantos de tal* mes y año, ante mí el Escri-

bano, y testigos Pedro Fernandez vecino de ella dixo: que por el mucho amor que profesa á Juan su hijo legítimo mayor de catorce años, y deseo que tiene de sus aumentos, conociendo que es bastante apto, y capaz para gobernarse, y administrar sus bienes, ha deliberado emanciparlo, á cuyo fin impetró la correspondiente licencia del Real Consejo, que me entrega original para unir á esta Escritura, é incorporar en sus traslados, y su literal tenor dice así: (*Aquí la licencia*). Concuerda la licencia inserta con la que está en el protocolo de este instrumento, de que doy fé, y usando de ella el otorgante, y hallándose con dicho su hijo en presencia del Señor D. F. Corregidor de esta Villa, de su espontanea voluntad en la mejor forma que haya lugar en derecho, cerciorado del que le compete = Otorga que alza, quita y se abdica, y desprende enteramente del dominio y patria potestad que hasta ahora ha tenido sobre la persona, y bienes del referido Juan su hijo, y en su consequencia le confiere el mas ámplio, eficaz é irrevocable poder, licencia y facultad, para que desde hoy en adelante comercie, trate, contrate, comparezca en juicio y administre por sí, ó por sus apoderados los bienes que adquiera, y los que le entrega en este acto, y son: (*aquí se expresarán los que le diere*) de todos los quales, y de los que por qualquier motivo, causa ó razon le pertenecieren en lo sucesivo, use, y disponga á su arbítrio por contrato entre vivos, ó última voluntad segun permiten las leyes de estos Reynos sin dependencia, ni intervencion del otorgante, como de cosa suya própia adquirida con justo y legítimo título: formalice las Escrituras conducentes: pida judicialmente lo que le convenga: y practique quanto pueden hacer el otorgante, y otro qualquiera libre de todo dominio, y potestad; á cuyo fin desde ahora se desiste, quita y aparta entera, y absolutamente del derecho que como padre tenia, y podia tener al usufructo de todos los mencionados bienes, y lo cede, renuncia y traspasa enteramente en el prenotado su hijo, y siendo necesario, le hace de él gracia, y donacion pura, é irrevocable en sanidad con insinuacion, y demas firmezas legales, y pide á dicho Señor Corregidor la apruebe, é interponga á ella para su mayor estabilidad, y validacion la autoridad de su oficio: y en señal de verdadera emancipacion tomó de la mano al nominado su hijo, y lo soltó, y apartó de sí á mi presencia, y del expresado Señor Cor-

regidor, de que doy fé. Y le confiere igual poder para que en fuerza de los títulos de propiedad de los bienes donados, que tambien le entrega en este acto, tome, y aprenda la posesion real, actual, corporal, ó *quasi* de ellos; y para que no necesite tomarla, me pide que de esta Escritura le dé copia autorizada, con la qual sin otro acto de aprehension ha de ser visto haberla aprehendido, y transferídosele, y en el ínterin se constituye por su inquilino tenedor, y precario poseedor en legal forma. Y se obliga á no revocar, ni reclamar total, ni parcialmente esta emancipacion, no interviniendo ingratitud de parte de su hijo, que el otorgante deberá probar; y si lo hiciere, á mas de no ser oído en juicio, ni fuera de él, sea visto por lo mismo haberla aprobado, y ratificado: da poder á los Señores Jueces de esta Villa para que le compelan á su cumplimiento, como por sentencia difinitiva, pasada en autoridad de cosa juzgada, y consentida, que por tal lo recibe, y renuncia todas las Leyes, Fueros y Derechos de su favor. Y el mencionado Juan, que está presente, enterado de esta escritura, dixo que acepta la emancipacion que contiene, para usar de ella: estima la merced que su padre acaba de hacerle, por la qual le tributa las debidas gracias: se da por entregado de los expresados bienes, y títulos de su pertenencia, y de ellos formaliza á su favor el resguardo correspondiente; y ámbos así lo otorgan, y firman, á quienes doy fé conozco, siendo testigos N. N. y vecinos de esta Villa. Y el enunciado Señor Corregidor aprueba esta emancipacion, ha por insinuada con la solemnidad necesaria la donacion que incluye, y á todo, y á lo que en su virtud practique el emancipado, interpone su autoridad, y judicial decreto: manda que se den al interesado las copias, y testimonios que pidiere, y tambien lo firma, de que doy fé. De la extension de esta Escritura trata la *ley 93. tit. 18. Partid. 3.*

Nota. Si el padre no da bienes algunos á su hijo, se ha de omitir la donacion que contiene la Escritura anterior, la cláusula de constituto, y la entrega, y recibo de ellos, y sus títulos con la insinuacion. Si en premio de la emancipacion se reserva para sí algo del usufructo de sus bienes adventicios, se expresará y pondrá en lugar de la cláusula de donacion de usufructo. Si la licencia del Consejo no manda que el Juez Ordinario intervenga en la emancipacion, se omitirá su concurrencia, bien que no daña-

rá. Y si la Escritura se otorga antes, se ha de expresar en ella que para usar el hijo de la emancipacion, y que sea válida, se deberá aprobar previamente por el Consejo, sin cuyo indispensable requisito ha de ser ineficaz, como dexo expuesto al fin del núm. 24.

Otra. Si concurre alguna de las quatro causas, porque el padre puede ser compelido á emancipar á su hijo, dará pedimento este, exponiendo al Juez la causa, y la utilidad que se le sigue de ser emancipado, y pretendiendo se le reciba informacion de todo, y constando por ella su certeza, mandará el Juez á su padre que lo emancipe, y si no quisiere, le apremiará á ello, y otorgará la Escritura, relacionando, é insertando en ella los autos: omitiendo la cláusula, *de que lo emancipa de su espontanea voluntad*, porque es compelido, y lo demas que queda prevenido en la Nota anterior, segun ocurra; y puesta la aceptacion, interpondrá el Juez su aprobacion, como en la Escritura precedente se ha hecho: y para esta emancipacion me parece que no es precisa la vénia del Consejo, porque se hace de justicia por favor de la libertad, y utilidad del emancipado, y la otra por mera gracia, en la que puede haber dolo, y resultar perjuicio, por cuya razon quiso el Consejo tomar conocimiento de las emancipaciones gratuitas.

Escritura de Aprendiz.

40 En *tal* Villa á *tantos* de *tal* mes y año, ante mí el Escribano, y testigos Diego de la Cuesta vecino de ella dixo: que tiene un hijo llamado Alonso, de *tanta* edad, y ha determinado ponerlo en casa de Fernando Perez, Maestro Carpintero, de habilidad conocida, el qual se convino en admitirlo por su Aprendiz, y para que tenga efecto, en la via, y forma que mas haya lugar en derecho, cerciorado del que le compete = Otorga que entrega dicho su hijo al mencionado Fernando Perez por su Aprendiz, á fin de que le enseñe el oficio de Carpintero que exerce, en el tiempo, y con las condiciones siguientes.

Que en el discurso de *tantos* años, que cumplirán en *tal* dia de *tal* mes del que vendrá de *tantos*, ha de enseñarle el oficio referido perfectamente, sin ocultarle cosa alguna asi de teórica, como de práctica, de suerte que aplicandose, esté capáz al fin de ellos

para ser exâminado, aprobado y exercerlo por sí sin intervencion, documento, ni direccion de persona alguna, y nada ignore de lo que á él sea concerniente: y para que aprenda, ha de poder corregirle, y castigarle prudente, y moderadamente, sin herirlo, ni lisiarlo, pena de los daños, y si lo hiriere, ó maltratare, ha de ser motivo suficiente para sacarlo de su poder.

Que todo el tiempo referido ha de tener en su casa, y compañia al expresado Alonso, y darle el alimento diario, ropa limpia, cama y no otra cosa, del mismo modo que si fuera hijo suyo, y á este fin el enunciado Alonso ha de hacer no solo lo perteneciente á dicho oficio, sino lo que se ofrezca á su Maestro, sea decente, y no le impida aprenderlo, ni le ocupe el tiempo que debe estár empleado en él.

Que si cumplidos los *tantos* años no estuviere hábil, y capáz para regentar por sí solo dicho oficio en los casos, y cosas que le ocurran á satisfaccion de inteligentes, ha de poder el otorgante sacarlo de su casa, y ponerlo con otro Maestro, para que á costa del citado Fernando acabe de enseñarlo, é instruirlo en sus reglas, y operaciones, y queriendo impedirlo este, le ha de tener en su casa por Oficial, y como *tal* pagarle por cada dia de trabajo *tanta* cantidad, segun se acostumbra pagar á los demás Oficiales que exercen el mismo oficio, y á ello se le ha de poder apremiar en legal forma.

Que si dentro de un año contado desde hoy, conociere dicho Maestro que el hijo del otorgante no tiene suficiente capacidad para aprender el referido oficio, ó no se aplica, ha de tener obligacion de darle cuenta para que lo dedique á otro, de suerte que no pierda mas tiempo, ni por su omision y silencio se le irrogue detrimento alguno, pena de satisfacerle el que se estime; previniendo que por el trabajo de enseñarle en el año nada le ha de pagar en atencion á poder servirse de él, y no darle salario, ni vestido.

Que al instante que el prenotado Alonso esté exâminado, y aprobado, se obliga el otorgante á satisfacer á su Maestro tanta cantidad en una sola partida por el trabajo de haberle enseñado su oficio perfectamente, á cuya solucion ha de poder compelerle por todo rigor, y á la de las costas, y daños que por deficiencia de puntual pagamento se le ocasionen, deferida su liquidacion en su relacion jurada, sin otra prueba de que le releva; pero mien-

tras no esté aprobado, no ha de ser apremiado á su total, ni parcial satisfaccion, y los gastos del exámen quedan de cuenta, y cargo del otorgante.

Que si el enunciado Alonso falleciere, ó se imposibilitare de proseguir el referido oficio antes que espiren los tantos años, no ha de tener obligacion el otorgante á dar á su Maestro cosa, ni cantidad alguna por su enseñanza, ni tampoco pedirle judicial, ni extrajudicialmente lo que le haya entregado á cuenta de esta.

Que si enfermare en casa de su Maestro, le ha de cuidar este, y tenerle en su casa, á menos que el otorgante quiera llevarlo á la suya; pero nada le ha de costar la botica, Médico, Cirujano, ni mantenimiento necesario para su enfermedad, y convalecencia, pues todo queda de cuenta, y cargo del otorgante; y de la del enunciado Maestro únicamente el trabajo personal de su asistencia.

Que si se huyere, ó ausentare de casa de su Maestro sin motivo grave, ha de buscarlo el otorgante, y volverlo á ella, y el tiempo que faltáre, estár demas de aprendiz, de suerte que todo este tiempo, y el que estuviere enfermo no se ha de incluir en los años estipulados, porque estos han de ser íntegros sin descuento, aunque esté perfectamente instruido antes de cumplirlos, ó diga que quiere aprender otro oficio que le sea mas útil, pues no se ha de alterar este contrato con otro motivo, ni pretexto que el de absoluta ineptitud, excesiva rigidéz, falta de darle el alimento necesario, ó por emplear á su hijo en lo que no debe.

Que si dicho su hijo tomare, ó llevare de la casa de su Maestro alguna ropa, alhaja ó dinero, constando la certeza por confesion de aquel, ó por informacion fidedigna, pagará á este el otorgante su importe, ó le volverá lo que hubiere tomado sin escusa, ni dilacion, y los daños que se le irroguen por esta causa, deferido el importe de estos en su relacion jurada sin otra prueba, de que le releva: en cuyo caso queda al arbitrio del Maestro el conservar en su casa, ó despedir al Aprendiz, no obstante que su padre le reintegre de todo (*Aquí se pondrá lo demás que pacten los interesados: y luego la obligacion, y aceptacion siguientes*). Y habiendo oído á la letra, y entendido esta Escritura el referido Fernando, dixo que recibe por su Aprendiz al prenotado Alonso, y se obliga á enseñarle dicho oficio con toda perfeccion por la mencionada cantidad, sin pedirle mas, y á observar este

contrato, y sus pactos en lo que le corresponde sin la mas leve tergiversacion, á lo qual quiere ser apremiado por todo rigor de derecho; y ámbos otorgantes dán poder á los Señores Jueces, &c.

Escritura de pupilo.

41 En *tal* parte á *tantos* de *tal* mes y año ante mí el Escribano, y testigos Francisco Lopez, padre, y legítimo administrador de la persona, y bienes de Juan Lopez, y Fernando Suarez Maestro de primeras Letras, vecinos de ella, dixeron: que para que el citado Juan se instruya en estas, y en los dogmas católicos, resolvió su padre ponerlo á pupilo en casa, y compañia del expresado Maestro, á cuyo fin se convinieron los dos en lo que este le ha de enseñar, dentro de que tiempo, y quanto ha de llevar cada año por su trabajo, manutencion y asistencia: y para que tenga efecto, y en todo tiempo conste, en la via, y forma que mejor lugar haya en derecho: = Otorgan el mencionado Francisco que entrega á su hijo al enunciado Fernando, y este que lo recibe por pupilo, baxo de los pactos, y condiciones siguientes.

Que el prenotado Fernando ha de instruir radicalmente en los rudimentos, y dogmas de nuestra Santa Fé Católica al nominado Juan, y en leer, escribir y contar dentro de tantos años, que empiezan en este dia, y cumplirán en otro tal del mismo mes, y año de *tantos*: reprehenderle qualesquiera acciones inmodestas, y defectos que tenga, castigarle con moderacion, y prudencia, hacer que freqüente los Santos Sacramentos, y observe lo que debe como buen Católico sin ocultarle cosa alguna, y á este fin tenerle en su casa, y compañia, mantenerle de todo lo necesario, (excepto el vestido, y calzado, que queda de cuenta de su padre) segun dicho Maestro se mantuviere, y darle cama, ropa limpia y demás asistencia, como si fuera hijo suyo.

Que por cada año de los expresados le ha de satisfacer el otorgante *tantos* reales, los *tantos* por razon de enseñanza, y lo restante por la comida, cama y asistencia, pagados por meses, ó medios años, segun quisiere recibirlos, á cuya solucion se le ha de poder compeler por todo rigor, y á la exáccion de las costas que se le causen por no ponerlos puntualmente en su casa, y poder.

Que si en el mencionado tiempo no le instruyere con la per-

feccion debida, ha de volver, y restituir á su padre todo lo que haya recibido por su enseñanza sin descuento, mas no por la comida; y para que esto no suceda, si viese que no es capaz, tener obligacion de avisarle, é informarle de su ineptitud dentro de tantos meses, y no haciéndolo, ser visto que el no aprender depende de culpa, ó negligencia suya, y no de incapacidad del pupilo, por lo que no ha de tener disculpa para exîmirse de la restitucion de lo que haya percibido por razon de enseñanza, y de los daños que se le irroguen, y á su hijo por esta causa *Aquí se pondrán los demas pactos que hicieren, y luego la aceptacion del Maestro, y obligacion, como en la Escritura precedente, la qual puede servir de regla al Escribano para la ordenacion de esta.*

Nota. Las copias de las prohijaciones, legitimaciones por contratos, y emancipaciones se han de dar en papel del Sello segundo; y las de los Aprendices, y Pupilos se han de regular por la cantidad que cada año se dé al Maestro por la enseñanza, y les corresponderá el mismo Sello, que será segundo, pues la ley no trata de ellas.

NOTAS AL CAPÍTULO XV.

Nota 1. La ordinaria de recien casado, se pide en el Consejo presentando la partida de casamiento: para la de seis hijos varones, la de casamiento, y las fees de bautismo de los hijos. Una y otra se despachan en la forma que trae Don Pedro Escolano en su práctica del Consejo tomo 1. capítulo 91. y 92, y son en estos términos: Don Cárlos, &c. A vos, el Concejo, Justicia y regimiento de la Villa de N. salud y gracia: sabed que por N., &c. vecino de esta villa se nos ha representado, &c. Y visto por los del nuestro Consejo por decreto que proveyéron en tantos de este mes mandáron se diese el despacho que se pedia, con insercion del capítulo que trata del asunto, y se halla en la Real Pragmática promulgada en Madrid á once de Enero de mil seiscientos veinte y tres, el qual es del tenor siguiente. "Item, que porque en todo se ayude á la multiplicacion como cosa »tan importante, y á la felicidad y freqüencia del estado del matrimonio »por donde se consigue, ordenamos y mandamos, que los quatro años si»guientes al dia en que uno se casáre sea libre de todas las cargas y oficios »concejiles, cobranzas, huespedes, soldados y otros, y los dos primeros de »estos quatro de todos los pechos reales, y concegiles, y de la moneda fo»rera, si acertare á caer en ellos: y si se casare antes de los 18 años pueda »administrar su hacienda y la de su muger, si fuere menor, sin tener nece»sidad de venia: y que á los que tienen 25 años cumplidos, si estuvieren »por casar, se les puedan echar las cargas y oficios concegiles, y ellos ten»gan obligacion á admitirlas, aunque esten en la potestad, y casa de sus »padres." Y para que se cumpla se acordó expedir esta nuestra carta, por la qual os mandamos que luego que con ella fuereis requeridos, veais el citado capítulo de Pragmática que va inserto, y en su conseqüencia guardeis al dicho N. las exênciones que en él se previenen, y hagais se le guarden, y cumplan, segun y como en él se contienen, sin contravenirlo, ni permitir se contravenga en manera alguna: que asi es nuestra voluntad. Dado en, &c.

Ordinaria de seis hijos varones.

Y visto por los del nuestro Consejo por decreto que proveyéron en *tantos* de este mes se acordó expedir esta nuestra Carta: por la qual tenemos por bien, y mandamos que constando, y pareciendo que el dicho N. tiene seis hijos varones vivos, sea libre por todos los dias de su vida de carga y oficios concegiles, cobranzas, huespedes, soldados y otros, y aunque despues le falte, ó se le muera alguno de ellos se le continue el dicho privilegio y exênción por todos los dias de su vida: contra el tenor de lo qual no vayais, ni paseis, ni consintais se vaya, ni pase con ningun pretexto, ni motivo: que asi es nuestra voluntad.

En dos de Marzo de mil setecientos setenta y tres se despacháron por el Consejo ordinarias de seis hijos á favor de Francisco Basil, y Juan Fabrega, vecinos de la Villa de Olot, en el Principado de Cataluña, y con motivo de no haberse dado cumplimiento, á causa de la práctica adoptada en aquel Principado para que solo valga la exempcion de servicio ordinario de catastro á los que justifiquen tener doce hijos, con inclusion de los nietos, con

tal que con su padre habiten en casa del abuelo, hicieron recurso estos interesados al Consejo, y en vista de lo que se expuso por el Señor Fiscal se mandó en Auto de diez de Junio de mil setecientos setenta y cinco que se guardase la práctica que se expresó haber en el asunto en dicho Principado.

Nota. 2. Parece que antes de esta edad no podrá tener efecto la emancipacion sin Cedula de la Cámara dispensando la edad.

Nota 3. La venia y suplemento de edad es independiente de la emancipacion, y habia de solicitarse en recurso separado. Por la Cámara se despachan estas venias ó suplementos de edad desde los 18 hasta los 20 años, y desde los 20. al 25 en el Consejo. Vease la práctica de introducirse, y despacharse estos recursos en *Don Pedro Escolano tom.* 1. *cap.* 98. Por el Auto acordado 20. *tit.* 9. *lib.* 3. se declaró que las justicias ordinarias no declarasen, ni pudiesen declarar estas emancipaciones, sin dar cuenta primero al Consejo con los instrumentos de las justificaciones y causas de ellas, sin cuyas circunstancias se darian por nulas. El motivo de esta disposicion fue el notorio perjuicio que se seguia de las emancipaciones, que hacian los padres, pues siéndoles permitido executarlas ante qualquiera Juez ordinario, estos sin exâminar las causas, ni reparar en los daños, y malas conseqüencias que de estas se seguian al bien público del estado pasaban libremente á emancipar sus hijos, y una vez hechas les hacian los padres donacion de todo, ó la mayor parte de los bienes resultando de esto, que muchos de ellos por la mala educacion no cuidaban despues del socorro de sus padres, y se negaban totalmente á los hermanos defraudados en la emancipacion y en la donacion.

Nota 4. Para obtener la aprobacion del Consejo se acude con un pedimento, diciendo: N. en nombre y en virtud de poder, que presento, de N. natural y vecino de tal parte, ante V. A., como mas haya lugar, digo: que enterado el padre de mi parte de su industria y aplicacion á las labores del campo, ha merecido que se le conceda su emancipacion por concurrir además en su persona las calidades y circunstancias que se requieren de edad y juiciosa conducta, y resultar utilidad al vecindario, y ningun perjuicio á sus hermanos por lo limitado de los bienes que le ha dado en el acto de la emancipacion, como consta de la escritura que presento: y para que esta tenga su entera validacion y firmeza, suplico á V. A., que habiéndola por presentada, se sirva aprobarla en todo y por todo, y mandar que con su insercion se libre la Real Provision correspondiente, &c. N. Este pedimento se lleva al repartidor, quien le encomienda al Escribano de Cámara que se halla en turno, y por este se da cuenta en la Sala primera de gobierno, y con vista de lo que se expone y pide por el Señor Fiscal para la debida instruccion del asunto, se expide una provision para que la justicia del mismo pueblo execute el informe y diligencia acordada, la qual es como se sigue:

Don Cárlos, &c. A vos la justicia de la villa ó lugar de tal parte salud y gracia: sabed que ante los del nuestro Consejo se presentó la peticion siguiente: y visto por los del nuestro Consejo, con lo expuesto por nuestro Fiscal, por decreto que proveyéron en tantos de este mes se acordó expedir esta nuestra carta; por la qual os mandamos que, con citacion de dos personas las mas cercanas del referido N., recibais la correspondiente justificacion sobre su habilidad para administrar los bienes, que se le señalan en la escritura de emancipacion que queda inserta, y demas que adquiriese; si los señalados son suficientes para su mantencion, segun su estado, calidad y modo de vivir; si al padre le quedan los necesarios para mantenerse cómo-

damente con la restante familia, expresando lo que fuere; si se perjudica á los demas hijos en sus legítimas; o si hay algun otro perjuicio, dolo o fraude; y executadas estas diligencias las remitireis al nuestro Consejo con vuestro informe, manifestando si el citado N. es de buena vida y costumbres, y su capacidad y talento, haciéndose presente ante vos para explorarle: que asi es nuestra voluntad. Dada en Madrid, &c.

Se entrega esta provision baxo de recibo al Procurador mismo que firmó el pedimento, y venido el informe y diligencias se junta con el antecedente, y hace presente en la Sala primera de Gobierno, donde se acuerda que pase al Señor Fiscal, á cuyo agente se entrega baxo de recibo, y devuelto á la Escribanía de Cámara se da cuenta de su respuesta en la misma Sala por el Relator, y extiende el auto en esta forma. Se aprueba en la forma ordinaria la escritura de emancipacion, otorgada por N. a favor de su hijo N., sin perjuicio de la venia de edad de este, sobre que debe usar separadamente de su derecho, con cuya declaracion, y los insertos necesarios, se le expida el despacho correspondiente. Devuelto á la Escribanía de Cámara el expediente se expide el despacho en esta forma:

Don Cárlos, &c. Por quanto por parte de N. se nos representó habia otorgado á favor de su hijo N. la escritura de emancipacion que presentó, y mediante que por la informacion que igualmente presentaba, resultaba su buena conducta y suficiencia para poderse manejar y gobernar por sí mismo, nos suplicó fuesemos servidos aprobarla en la forma ordinaria. Y el tenor de la escritura presentada con dicha informacion es como sigue: (Aquí se inserta la escritura é informacion) y visto por los del mi Consejo con lo expuesto por el nuestro Fiscal, por auto que proveyeron en tantos de acordó expedir esta nuestra carta; por la qual, sin perjuicio de nuestra regalía real, ni de otro tercero interesado, aprobamos y confirmamos la escritura de emancipacion que va inserta, otorgada por N. á favor de N. su hijo, en la Villa de tal, ante N. Escribano del número de la misma, lo qual queremos y mandamos sea y se entienda sin perjuicio tambien de la venia ó dispensacion de edad que le falta al referido N. hasta el cumplimiento de los 25 años, sobre que deberá usar separadamente de su derecho donde y como corresponda; y en esta conformidad mandamos á todas las justicias, asi de la ciudad o villa de tal, como de las ciudades, villas y lugares de estos nuestros reynos y señoríos, á quienes en qualquiera manera les tocáre la observancia y cumplimiento de lo contenido en esta nuestra carta, que siéndoles presentada, y con ella requeridos, la vean, guarden, cumplan y executen, y hagan guardar, cumplir y executar en todo y por todo, como en ella se contiene, sin contravenirla, ni permitir se contravenga en manera alguna; que asi es nuestra voluntad. Dada en...

CAPITULO XVI.

De los Perdones de injurias, del Homenage, Acto para dar Hábito militar, y espera de Acreedores.

§. I.

De los Perdones.

1 El perdon *es total olvido de las injurias y daños recibidos para que el delinqüente no padezca pena por ellos* (1). Y la injuria *es deshonra que se hace ó dice á alguno para su desprecio* (2). Qualquiera persona capaz y mayor de diez años y medio puede injuriar, y aunque tenga menos edad, y esté demente, ser injuriada (3).

2 Se comete la injuria por escrito, ó de palabra ú obra (4), ó remedando á alguno (5), ó persiguiendo para fin torpe é impúdico á mugeres casadas, viudas ó solteras que viven honesta y recatadamente (6); ó á alguna persona para matarla ó herirla; ó escupiéndola de intento á la cara; ó rompiéndola los vestidos, ó despojándola de ellos; ó conminándola con palo ú otra cosa para herirla; ó quitándola ó prendándola algo por deuda sin órden de Juez: ó encerrándola en alguna pieza; ó entrándola por fuerza en la casa (7); ó poniéndole demanda de siervo, ó prendiéndole por tal, siendo libre (8).

3 Las deshonras ó injurias son de dos clases: *graves*, ó *atroces* y *leves*: las *graves* pueden ser conocidas por quatro maneras que expresa la ley 20. tit. 9. Partid. 7. en esta forma:: *La primera es, como quando la deshonra es mala, é fuerte en sí por razon del fecho tan solamente, asi como si aquel que recibió la deshonra, es ferido de cuchillo, ó de otra arma qualquier, de manera*

(1) Ley 1. tit. 32. Partid. 7. (2) Ley 1. tit. 9. Part. 7. (3) Leyes 8. y 9. tit. 9. Part. 7. (4) Leyes 1. y 3. tit. 9. Partid. 7. (5) Ley 4. tit. 9. Partid. 7. (6) Ley 5. tit. 9. Partid. 7. (7) Ley 6. tit. 9. Partid. 7. (8) Ley 7. tit. 9. Partid. 9.

que de la ferida salga sangre, ó finque lisiado de algun miembro, ó si es apaleado, ó ferido de mano, ó de pie en su cuerpo abiertamente. La segunda manera porque puede ser conocida la deshonra por grave, es por razon del lugar dó es fecha la deshonra, como quando deshonran á alguno de palabra, ó de fecho delante del Rey, ó delante de alguno de los que han poder de juzgar por él, ó en Concejo, ó en Iglesia, ó en otro lugar públicamente ante muchos. La tercera manera es por razon de la persona que recibe la deshonra, asi como si es fecha á padre de su fijo, ó al abuelo de su nieto, ó al Señor de su vasallo, ó de su rapaz, ó de aquel que él aforró, ó de aquel que él crió, ó al Juzgador de alguno de aquellos que él ha poder de apremiar, porque son de su jurisdiccion. La quarta es por cantigas, ó por famoso libelo, que ome face en deshonra de otro. Y las leyes son todas las demas (1); pero de ninguna puede tomar satisfaccion por sí mismo el injuriado (2).

4 Las palabras *Gafo*, *Sodomítico*, *Herege*, *Cornudo*, *Traydor*; ó á la muger casada *Puta*, y otras semejantes son llamadas mayores y de mucha ofensa, y el que las profiere contra otro debe desdecirse ante el Juez y hombres buenos, no siendo noble, y se puede imponer otras penas arbitrarias y pecuniarias (3).

5 El Rey puede perdonar la pena del delito cometido (4), y el injuriado su interes própio, y nada mas; y aunque este, por lo que le toca, perdone la pena en causa grave, de nada sirve, porque el Fiscal Real clama de oficio por la vindicta pública que se castigue al reo, y se hace justicia (5).

6 Los delitos porque el reo incurre en pena de muerte ú otra aflictiva, pueden perdonarse por dinero, mas no el de adulterio, haciéndose el perdon ántes de proferirse la sentencia, y no despues (6); y el marido ha de perdonar á ambos adúlteros, porque la accion es indivídua, y así como le está prohibido acusar á uno solo, siendo los dos vivos (7), así tambien debe perdonar á los dos, ó á ninguno.

7 Tres cosas debe contener la Escritura de perdon: la I, que se relacione sucintamente la causa, su estado, ante que

(1) Ley 20. tit. 9. Partid. 7. (2) Auto 2. tit. 8. lib. 8. Recop. (3) Ley 2. tit. 10. lib. 8. Recop. (4) Ley 1. tit. 9. Partid. 7. (5) Leyes 4. tit. 16. y 10. tit. 24. lib. 8. Recop. (6) Ley 22. tit. 1. Partid. 7. (7) Leyes 2. y 3. tit. 20. lib. 8. Recop.

Juez y Escribano pende, y si el reo está preso ó suelto. La II, que el injuriado se aparte de las acciones civil y criminal que tiene contra el reo, pues si perdona la injuria simplemente, se entiende que el perdon se limita á la pena (*que es la accion criminal*), y no se amplía á los daños é intereses (*que es la civil*). y así podrá pedirlos, y para que no pueda, se ha de ordenar la cláusula en esta forma:: *Que se aparta de ámbas acciones civil y criminal, y le perdona por amor de Dios, y no por temor de que no se le hará justicia, ni por otro motivo el delito cometido, daños é intereses que por él se le irrogaron, y pueden irrogar en lo sucesivo, y pena en que por él incurrió; y suplica á S. M. le remita su Real Justicia, y mande que no se proceda contra su persona, ni bienes en manera, ni tiempo alguno por dicha causa.* Y la III, que dé por rota y cancelada por lo que á sí toca, la causa á fin de que jamas obre el menor efecto contra el reo, ni sus bienes, y se obligue á no revocar, ni reclamar total ni parcialmente el perdon, ni pedir cosa alguna por razon del delito, y se someterá al Juez de la causa, u otro competente; y si quisiere, se impondrá pena para que se le exîja en caso de contravencion.

8 Si se da dinero por el perdon en los casos en que se permite, se expresará si es por razon de costas, ó para alimentar á la viuda ó á sus hijos menores, gastos de curacion, ó hacer sufragios por el alma del difunto, ó por que motivo se da; y si el que perdona es menor, intervendrá su curador, é informacion de serle mas útil perdonar al agresor que seguir la causa, y licencia del Juez de ella, y se insertará todo en la Escritura; y siendo muger casada, licencia de su marido. En algunas partes se estila pedir licencia al Juez de la causa para hacer el perdon, y los que lo hacen, aunque sean mayores de 25 años, interponer juramento en él: lo cierto es que nada de esto se necesita para su estabilidad y validacion, así porque el Juez á nadie puede obligar á que siga ó no la causa, ni impedirle que remita su ofensa, como porque ninguna ley lo manda ni previene.

9 El apartamiento de querellas es un acto que se executa ante el Juez por pedimento ó por Escritura: por él se aparta el actor de la queja dada contra el reo, y prosigue como el perdon, por ser lo mismo. Omito tratar de *treguas* y *paz*, porque hoy no se usan entre particulares, ni se otorgan Escritu-

ras de ellas: el que quisiere instruirse, vea el tit. 12. Partid. 7. y las leyes 28. y 83. tit. 18. Partid. 3. que traen la forma de su extension.

§. II.

Del Homenage.

10 El homenage *es hacerse uno hombre de otro, darle seguridad de cumplir lo que pone á su cuidado, y guardarle fidelidad* (1). Qualquiera ya sea ó no Caballero Hijodalgo, puede hacer pleyto homenage, y se practica regularmente quando se jura algun Príncipe, ó encarga á alguno la custodia de castillo ó fortaleza, y en otros casos que suelen ocurrir entre personas privadas, así por vasallage, ó conservar amistad, como por cumplir algun contrato. Este acto se reduce á una palabra y promesa jurada de executar con toda fidelidad lo que se le encomienda; y se hace en manos de un Caballero Hijodalgo, ó de Juez que tenga jurisdiccion ordinaria completa (2), y el infractor queda infame (3).

§. III.

Acto para dar Hábito militar.

11 La compañía de hombres nobles destinados para la defensa de la Patria, se llamaba antiguamente *Caballería*, que quiere decir compañía de hombres duros, fuertes y escogidos para superar y tolerar trabajos por el *Pro comunal* de la tierra. Tomó el nombre de *Militar* del número *mil*, porque escogian de mil uno para armarle Caballero, y así como el que anda en caballo va mas honrado que el que va á pie, y que el que cavalga en otra bestia; así tambien los escogidos para Caballeros son mas honrados que los demas, y por esto se le dió el nombre de Caballeria, y no solamente por andar á caballo (4).

12 De las virtudes, circunstancias y propiedades de que deben estar adornados los Caballeros, tratan las leyes 4. 6. 7.

(1) Ley 4. tit. 25. Partid. 4. (2) Leyes 6. y 7. tit. 18. Partid. 2. y 4. tit. 26. Partid. 4. (3) Ley 4. tit. 6. Partid. 7. (4) Ley 1. tit. 21. Part. 2.

8. 9. 10. 17. 19. 21. y 22. tit. 21. Partid. 2.; y así solo advierto que ninguno que no sea Caballero puede armar Caballero á otro (1). En España el Rey como gran Maestre de la insigne Orden del Toysón, de la Real y distinguida de Cárlos III, y de las quatro militares que son: Santiago, Calatrava, Alcántara y Montesa, y tambien la Reyna y no otro pueden armar Caballeros sin las ceremonias que previenen las leyes de Partida (2); pero lo que regularmente se practica es cometer el Rey el acto á Comendador de la Orden, librando para ello su Real Provision. El que lo ha de ser de todas seis, debe probar Hidalguía y limpieza de sangre, y ademas para estas quatro, hacer vigilia la noche anterior en una Iglesia, y al dia siguiente oir Misa.

13 Antes que se estableciesen, segun hoy lo estan, las quatro Ordenes Militares ó de Caballería, se elegian hombres que supiesen tolerar los grandes trabajos que se padecen en la guerra, y sin piedad combatiesen á los enemigos de la religion y de la Patria. Despues se substituyéron sugetos de mayor pundonor, que tituláron de buen linage (3) (*a*), de modo que aunque los pretendientes á los Hábitos fuesen nobles, valientes, leales, beneméritos y de providad, les obsta para su obtencion el oficio de sus progenitores. Con los Artesanos ó Menestrales se parificaba, y excluía del goce de esta distincion civil por los estatutos de las Ordenes á los hijos de los Escribanos; de cuya exclusion jamas pude penetrar el motivo ni fundamento. El atribuirlo á infidencia ó cobardía no puede ser, porque no hubo causa para que incidiesen en ellas, respecto no iban á la guerra. Al exercicio de escribir tampoco, porque es liberal y decente, y si fuera incompatible, y obstáculo legítimo para obtener la condecoracion de individuos de las Ordenes, no estarian cruzados muchos que viven de él por el sueldo ó salario que los dan. Si miramos al objeto del oficio, es la fé pública, y la verdad y justicia. Si á las qualidades que deben acreditar para ser admitidos á su uso, son las mas preciosas que se pueden apetecer, y los Hábitos se estableciéron para premiar la virtud y mérito personal de los sugetos, que es á lo que se de-

(1) Ley 11. tit. 21. Partid. 2. (2) Ley 6. tit. 1. lib. 6. Recop. (3) Ley 2. tit. 21. Partid. 2. (*a*) Nota 1.

be atender como Dios lo hace, y nos manda, y no á su cuna ó nacimiento solo, que es accidental, ni al oficio ó exercicio de sus mayores, aun quando en lo político y civil esté conceptuado por cosa alta ó baxa, porque esto es aereo y un poco de humo, y la verdadera nobleza y distincion es la virtud y buen proceder. Y si á que ha habido y hay algunos malos, tampoco debe servir de impedimento; lo uno, porque en todos estados, clases y profesiones los hay, como lo experimentamos, y su iniquidad no debe perjudicar á los buenos; y lo otro, porque seria castigar la bondad de estos por la maldad y delitos de aquellos, lo qual es clara injusticia. Me persuado habrá provenido tal vez de que en lo antiguo los que llamaban Escribanos no eran mas que unos fieles de fechos (que aun hoy los hay) elegidos por los pueblos, á fin de que por cierto salario anual que los daban, los sirviesen en escribir y estender los acuerdos y otras cosas tocantes á los Concejos, sin tener otra autoridad ni estudio, ni hacer pruebas para ser electos, por cuya razon sinembargo de no ser esclavos, los titulan las leyes (1) como siervos ó sirvientes de los mismos pueblos; y de que confundiendo con estos á los que son miembros de Justicia y de la República, y tales que su autoridad vigoriza lo que preceptúan los Jueces, y contratan las partes: tienen título, aprobacion y autoridad pública y real como Notarios reales: no pueden estar asalariados (2), y deben ser libres, legítimos y hábiles, y hacer constar para ser admitidos á sus oficios, las demas apreciables circunstancias que nuestras leyes ordenan, y que expliqué en el Prólogo de esta primera parte, por depositarse en ellos la fé pública, y depender en mucha parte de su buen ó mal proceder la vida, el honor y los intereses de los demas regnícolas. Lo qual dió motivo á que un Capitan, hijo de Escribano de Cámara, y de nacimiento ilustre, por habersele objetado este llamado defecto, se quejase á la Real Persona; y S. M. hecho cargo de la injusticia, y agravio que se le irrogaba, comunicó al Real Consejo de las Ordenes el Decreto y declaracion siguiente: *He tenido presente lo que el Consejo me consultó en 23 de Diciembre del año próximo en razon del motivo*

(1) Leyes 17. al fin. tit. 2. Partid. 3. y 7. al fin, tit. 11. Partid. 5.
(2) Ley 8. tit. 25. lib. 4. Recop.

que habia tenido para no publicar la aprobacion de las informaciones de un hijo de Escribano de Cámara de la Chancillería de Granada. Tambien he visto lo que el Consejo me hizo presente en consulta de 28 de Mayo de este año, proponiendo las dudas que se le habian ofrecido á cerca de mi resolucion á su citada anterior consulta. Y usando de mi soberana autoridad temporal: de las facultades que me ha concedido la Santidad del Papa reynante Pio Sexto para este caso y declaracion, y de las demas que me competen como á Gran Maestre de las Ordenes Militares: Declaro que no obsta, ni debe obstar para la obtencion de los Hábitos de dichas Ordenes, sinembargo de quanto enuncian y expresan sus estatutos, la calidad de Escribanos (sea de la clase que fuere) en los padres ó ascendientes del pretendiente, y mucho ménos la de Escribano de Cámara de mis Consejos, Chancillerías y demas Tribunales Superiores por la confianza y distincion de sus empleos, y por lo que conviene honrar la fé pública en todos, para que no se desdeñe la nobleza de unos oficios de que en mucha parte dependen el honor, la vida y los intereses de los vasallos. Y así es mi voluntad que proceda el Consejo á la aprobacion absoluta de los procesos de pruebas de los sugetos en quienes concurran las expresadas circunstancias, siempre que se hallen adornados de las demas de limpieza y nobleza que se requieren: que publique la aprobacion de las pruebas del Capitan Don Felipe Villavicencio: y que se le expida el título ó despacho correspondiente en la forma regular y de estilo, no haciéndose mencion en él del empleo de su padre que hasta ahora se ha tenido por defecto, sinembargo de no hallarse literalmente expresado en los estatutos de las Ordenes militares. Tendrase entendido en el Consejo de las Ordenes para su cumplimiento. En San Ildefonso 7 de Octubre de 1785. A Don Manuel de Aispan. De los requisitos y ceremonias para armar Caballeros trata la ley 14. tit. 21. Partid. 2. de los que se instruirá el Escribano por el acto que estenderé. Omito explicar la materia de *Feudos* porque en esta Monarquía no los hay, y la de *Vasallage* porque no se estila hacer Escrituras de esta clase.

§. IV.

De la espera de acreedores.

14 Qualquier deudor antes de desamparar, alzarse, ni hacer cesion de sus bienes, y no despues puede pedir á sus acreedores que le prorroguen ó den plazo señalado para pagarles sus débitos, á cuyo fin debe convocarlos: y estando juntos, si la mayor parte en cantidad le conceden espera, deben los demas convenirse tambien; pero si están discordes, y son iguales en deudas, ó en número de personas, valdrá lo que quieran los que le conceden la espera, la qual pueden concederle sin pedirle fianzas, por todo el tiempo determinado que les parezca, pues la ley no lo restringe; pero si el deudor es mercader, ú hombre de negocios (1) de qualquier género, ó cambiante ó factor de ellos, no solo deberá afianzar, sino que la espera no puede exceder de cinco años; y si alguno de estos se alza con sus bienes, ó los oculta, no vale la espera. Siendo los acreedores iguales en deudas, y desiguales en el número de personas, debe executarse lo que la mayor parte de estas resuelva y determine (2); previniendo que durante la espera, no debe ser compelido á afianzar, si al tiempo de su concesion no se le pidió, como lo advierte *Paz tomo 1. part. 4. cap. 6. núm. 5.* citando á otros.

15 Si les pide que le descuenten, ó minoren sus créditos, ofreciendo satisfacerles el resto, y discordan, se debe observar lo que queda sentado en quanto á la espera, aunque alguno de ellos no presencie el acto de la remision, ó minoracion, pues lo que la mayor parte resuelva, se ha de efectuar, excepto en dos casos: el I, quando el crédito de este es mayor que los de todos los demás acreedores juntos: el II, quando es acreedor hipotecario especial ó prendario, que tiene en su poder una ó mas alhajas del deudor; pues en estos dos casos no le puede dañar lo que practiquen sin su beneplácito los que no son hipotecarios, ni prendarios, y antes le queda á salvo su total derecho contra la hipoteca y prenda (3). Del juicio de espera tra-

(1) Ley 5. tit. 15. Partid. 5. (2) Leyes 2. y 7. tit. 19. lib. 5. Recop. y 5. tit. 15. cit. (1) Ley 6. tit. 15. dicha Part.

ta la ley 7. tit. 19. lib. 5. Recop. y para su inteligencia véase al Señor Salgado, *Labyrinth. Credit. part.* 2. *cap.* 30., y Acevedo en ella, y mi segunda Parte, *lib. y cap.* 3. en donde lo explico, y otras cosas á este asunto concernientes, de que tambien tratan el *tit.* 15. *de la Partid.* 5. y el 19. del *lib.* 5. *Recop.* (*a*).

§. FINAL.

Escrituras correspondientes á este Capítulo.

Escritura de perdon.

16 En *tal* Villa á *tantos* de *tal* mes y año ante mí el Escribano y testigos Francisco Lopez vecino de ella dixo: que en *tal* dia se querelló de Juan Moreno vecino tambien de ella por *tal* causa, y pretendió que habida informacion de su certeza, y constando en bastante forma, se le pusiese preso, y castigase con las penas condignas á su delito, en que habia incurrido, cuya queja le admitió quanto hubo lugar en derecho, el Señor Don N. Corregidor de ella, mandó que diese la informacion que ofrecia, y que evacuada se llevase para proveer; y habiéndola dado y resultando reo, defirió ante mí á la prision, se le aseguró en tal *dia* en la Cárcel Real de esta Villa, tomó su declaracion, y confesó el delito cometido: en cuyo estado intercediéron varias personas doctas y timoratas, para que le perdonase, y se apartase de la queja dada, á lo que condescendió; y poniéndolo en execucion, en la via y forma que mejor lugar haya en derecho, cerciorado del que le compete: = Otorga que por lo que le toca, perdona á dicho Juan el delito que contra él cometió, y pena en que por él incurrió, y desde ahora para siempre se desiste, quita y aparta de la accion civil y criminal que tenia, y puede intentar asi en quanto á la pena, como á los daños é intereses que se le han ocasionado, y en lo sucesivo pueden irrogar, y suplica á S. M. se sirva indultarle, y remitirle su real justicia, mandando que por el citado delito é injuria no se proceda contra su persona, ni bienes en manera, ni tiempo alguno; y confiesa y declara que hace este perdon por amor de Dios de su espontanea voluntad, y no coacto, ni por temor de que no se le hará justicia, ni por otro motivo; y se obliga á no re-

(*a*) Nota a.

vocarlo, reclamarlo total, ni parcialmente, ni pedir cosa alguna por razon del expresado delito y ofensa; y si lo hiciere, quiere que no se le oiga judicial, ni extrajudicialmente, que por el mismo caso sea visto haberlo aprobado y ratificado, y que ademas pueda ser compelido á satisfacer al reo los daños que de la contravencion se le causen; á cuyo fin da por rota, nula y cancelada la causa mencionada, para que ningun efecto obre contra su persona, y bienes. Y al cumplimiento de lo expresado obliga los suyos muebles, raíces, derechos y acciones presentes y futuros, da ámplio poder al Señor Juez que de dicha causa conoce, y demas competentes, para que á él le apremien, como por sentencia, &c.

Pleyto homenage.

17 En *tal* Villa á *tantos* de *tal* mes y año ante mí el Escribano y testigos Don Francisco de Andrade Caballero Hijodalgo, vecino de ella, estando en presencia del Señor Don N. Corregidor de ella, dixo: que S. M. (que Dios guarde) le nombró por Alcayde de *tal* fortaleza; y mandó que antes de tomar posesion haga pleyto homenage, segun corresponde, como consta de su Real Cédula y Título despachado en *tal* parte á *tantos*, &c., y en su cumplimiento requirió con ella á dicho Señor Corregidor el qual usando de la comision que se le confiere, cogió con sus manos las del otorgante, y este teniéndolas juntas, baxo de juramento que hizo por Dios nuestro Señor en solemne forma, segun fuero de estos Reynos, prometió una, dos, tres veces, y las demas en derecho necesarías, guardar y defender la referida Fortaleza en paz y en guerra todo el tiempo que esté á su cuidado, y morir por su defensa, ser fiel y leal á S. M. como buen vasallo, y cumplir exâcta, y puntualmente sus Reales Ordenes sin oposicion, y todo quanto como Caballero Hijodalgo debe, pena de incurrir en las impuestas por legales disposiciones, y demás arbitrarias contra los infractores del pleyto homenage, en que desde ahora se dá por condenado, lo contrario haciendo: y de haberlo prometido, y jurado asi, lo pidió por testimonio, y firma con dicho Señor Corregidor, á quienes doy fé conozco, siendo testigos N.N. y N. vecinos de esta Villa.

Nota. Algunos suelen fundar Mayorazgos con la condicion de que el que haya de poseerlos esté obligado á hacer pleyto

homenage en manos de un Caballero Hijodalgo, ántes de tomar posesion de ellos; y si sucede este caso, prometerá con juramento observar ó cumplir exáctamente todas las condiciones con que el Mayorazgo está erigido, sin alterarlas, tergiversarlas, interpretarlas, ni oponerse á ellas con pretexto alguno, aunque tenga causa legítima para ello, pena de incurrir en las impuestas por derecho contra los que no cumplen el pleyto homenage.

Homenage en jura de Príncipe.

18 En *tal* villa á *tantos* de *tal* mes y año, ante mí el Escribano, y testigos Don Antonio de *tal* Conde de &c. dixo: haber llegado á su noticia que el Rey nuestro Señor (que Dios guarde) mandó celebrar Cortes, y convocar á las Ciudades y Villas que tienen voto, Grandes y Títulos de Castilla para la Jura de Príncipe de Asturias, que se ha de hacer al Serenísimo Señor Don F. de Borbon, hijo primogénito de S. M., y respecto no poder concurrir personalmente por los achaques habituales que padece, á tan debido como solemne acto, desde luego cumpliendo en la forma posible con la obligacion en que está constituido: = Otorga por sí, y en nombre de sus hijos herederos y sucesores, que reconoce al expresado Serenísimo Señor Don F. de Borbon, hijo primogénito de S. M., por Príncipe de Asturias, y como tal inmediato sucesor á estos Reynos de Castilla, Leon, Aragon, &c. y demas agregados, unidos y pertenecientes, y para despues de los dias de la vida de S. M. Católica (que la Divina prospere dilatados años) por Rey y legítimo Señor, y sucesor natural propietario en estos dominios; y desde ahora para entónces le rinde la obediencia, reverencia, fidelidad y vasallage que como buen súbdito y leal vasallo está obligado á dar y guardar respectivamente á su Príncipe, Rey y Señor natural; promete cumplir con la mayor puntualidad todas las órdenes que le dé, y quanto sea de su Real servicio; y jura por Dios nuestro Señor, y una señal de cruz en legal forma, y por los santos Evangelios que estan en un Misal abierto en que puso sus manos, no oponerse á ello, ni contravenirlo con ningun pretexto, ni motivo; y si lo hiciere quiere incurrir en las penas impuestas por leyes reales contra los traidores é infractores de los juramentos, y como tal castigado; y para mayor seguridad de lo que dexa prometido, en

la via y forma que mejor haya lugar en derecho, hace fé, y pleyto homenage una, dos, tres veces, y las demas que se requieran, en manos del Señor Don Antonio de tal, Caballero Hijodalgo (*aquí se expresará su empleo ó dignidad*) segun fuero de estos Reynos, de observar exâcta é inviolablemente todo lo que ha jurado y prometido, sin faltar en cosa alguna, ni en lo demas que como Caballero Hijodalgo está obligado á practicar en servicio de su Rey y Señor natural; y si lo contrario hiciere, desde ahora se da por incurso en las referidas penas, y en las que incurren los transgresores de los pleytos homenages hechos á su Príncipe Soberano; y el expresado Señor D. Antonio aceptó dicho juramento y pleyto homenage en nombre del Serenísimo Señor Don F. Príncipe de Asturias, legítimo sucesor en estos Reynos, y ámbos lo pidiéron por testimonio: é yo el infrascripto Escribano doy fé haber presenciado á todo lo mencionado, y de que conozco á los Señores otorgantes que lo firman, siendo testigos F. F. y F. vecinos de esta Villa.

Acto para dar hábito militar.

19 En el nombre de Dios Trino, Uno y Omnipotente, y de la Serenísima Reyna de los Angeles María Santísima, Madre de nuestro Señor y Redentor Jesu-Christo, y Señora nuestra concebida sin pecado original. Amen. Estando en la Iglesia del Convento de *tal* Orden de Caballería de esta Ciudad de *tal* á *tantos* de *tal* mes y año, por ante mí el Escribano y testigos que se nominarán Don Antonio de *tal*, vecino de *tal* parte requirió al Señor Don Francisco de tal, Comendador de dicha Orden con una Real Cédula y Provision firmada de S. M., y refrendada de Don F. su Secretario, su data en el Real Sitio de *tal*, á *tantos* de *tal* mes de este año, cuyo literal tenor es el siguiente. (*Aquí la Provision.*) Y habiendo visto la Real Provision inserta el expresado Señor Comendador, á quien viene cometida, la tomó en sus manos, besó y puso sobre su cabeza descubierta, y enterado de su contexto, dixo que la obedece con el respeto debido como carta de su Rey y Señor natural, y que está pronto á cumplir quanto por ella se le manda: y en continente se acercáron los dos, y otros Caballeros de la misma Orden que estaban presentes, al altar mayor de la enunciada Iglesia, de los quales dicho Don Antonio eligió por padrinos á Don Pedro y Don Jayme de *tal*, y por constar al Se-

ñor Comendador que el mencionado Don Antonio ha tenido vigilia la noche próxima precedente en *tal* Iglesia, y oido Misa hoy en esta, cumpliendo con lo prevenido en la citada Real Cédula, le armó Caballero, segun costumbre de estos Reynos en la siguiente forma: Mandó á sus padrinos que le ciñan espada, y le calce cada uno una espuela dorada, y habiendolo hecho, sacó el expresado Don Antonio la espada de la bayna, y entónces le preguntó tres veces el Señor Comendador: *Si queria ser Caballero*, y respondió: *Sí quiero.* Y despues le recibió juramento, el que hizo por Dios nuestro Señor, y una señal de cruz, y por los santos Evangelios que estaban en un Misal abierto, sobre los quales puso sus manos y baxo de él prometió morir por la defensa de nuestra Santa Fé Católica, por la de su Rey y Señor natural, y por la de su Patria: y en vista de esta promesa el nominado Señor Comendador tomó la espada del referido Don Antonio, le tocó con ella en la cabeza, diciendo tres veces: *Dios os haga buen Caballero, y dexe cumplir lo que habeis prometido y jurado*, y se la puso en la cinta. Luego los Caballeros padrinos, y otros de la misma Orden, que presenciáron el acto, vistieron sus mantos de sarga blanca con la cruz de su Hábito, y el Señor Comendador puso á dicho Don Antonio otro igual, y estando éste hincado de rodillas sobre una almohada de terciopelo carmesí, le manifestó un libro abierto en que estan escritos los estátutos de su Orden, y le hizo varias amonestaciones sobre su observancia, y habiendo ofrecido cumplirlo todo inviolablemente, le echó su bendicion, y el prenotado Don Antonio lo pidió por testimonio que firma con el Señor Comendador, á quienes doy fé conozco, siendo testigos F. F. y F. &c.

Espera de acreedores.

20 En *tal* Villa á *tantos* de *tal* mes y año, ante mí el Escribano y testigos Pedro, Juan, Diego y Francisco de *tal*, vecinos de ella, dixeron: que Antonio de *tal*, Comerciante en esta Villa les está debiendo *tantos* mil reales por *tales* razones, de que formalizó á su favor las respectivas Escrituras ante tales Escribanos en tal parte, á tantos de tales meses y año, y por estar para espirar el plazo en que se obligó á su solucion, y no poder cumplir con ella á causa de estarle debiendo diferentes personas crecidas sumas, como lo acreditó é hizo cons-

tar á los otorgantes, tuvo por conveniente convocarlos y pedirles que se lo amplíen por *tantos* años mas; y de comun acuerdo y conformidad conociendo que su insolvencia no proviene de culpa suya, resolvieron prorrogarle el término por quatro, con tal que en ellos les satisfaga íntegramente sus créditos, y en cada uno *tantos* reales; y poniéndolo en execucion, en la via y forma que mas haya lugar en derecho cerciorados del que les compete: = Otorgan que conceden espera al mencionado Antonio por quatro años, que empiezan á contarse en este dia, y cumplirán en otro tal del mismo mes y año de tantos, y le prorrogan el plazo de sus Escrituras para que dentro de ellos se los satisfaga enteramente, y en cada uno tantos reales, á lo que se ha de obligar en Escritura separada, (*ó en la aceptacion de esta, si no quieren otorgar otra*) pena de execucion y costas por cada una de las pagas que dexare de hacerles; cuya prorrogacion le hacen con tal que si conocieren y vieren, ó supieren que se imposibilita y pone de peor condicion, y su caudal padece decremento, quede como queda á su arbitrio y eleccion, repetir respectivamente, ó no por el total de sus débitos contra su persona y bienes, y lo mismo en el caso de que no cumpla con la anual solvencia de la referida cantidad, á cuyo fin dexan vivas, ilesas y en su fuerza y vigor las Escrituras á su favor formalizadas sin novacion, ni alteracion; pero cumpliendo puntualmente con lo que le toca, se obligan á no molestarle judicial, ni extrajudicialmente, y renuncian las leyes que tratan de las esperas, y les son favorables, mediante constarles no haber ocultado bienes algunos el citado deudor; y asimismo se obligan á haber por firme, y no revocar esta con otro motivo que los expresados; y si lo hicieren, sea visto por lo própio haberla aprobado y ratificado, dan amplio poder á los Señores Jueces de esta Villa, &c.

Nota. Las copias de las Escrituras de perdon en que no interviene dinero, se sacarán en papel del sello segundo, y si hay cantidad que llegue ó exceda de mil ducados, en el del primero. Las del pleyto homenage sin embargo de no ser otra cosa que una promesa y juramento de fidelidad en que se interesa el honor, se sacarán en el del segundo. El acto para dar Hábito militar en el del sello primero, y la espera de acreedores en el del segundo.

NOTAS AL CAPÍTULO XVI.

Nota 1. De manera que para ser admitidos á qualquiera de estas quatro órdenes es necesario que el agraciado presente testimonios que acrediten nobleza de sangre de su padre y madre; y de los abuelos de padre y madre: ser nacido de legítimo matrimonio, y de padres y abuelos de legítimo matrimonio. Que ni él, ni sus padres y abuelos no hayan exercido oficios mecánicos y viles, y no tengan raza de Judio, Moro, Herege, ni villano: y si alguno despues de tomado el hábito se descubriese con alguno de estos defectos le será quitado.

Las mismas qualidades se requieren para la Real Orden de Cárlos III. Conforme á la instruccion aprobada por S. M. en este año de 1804. Los Caballeros agraciados deben presentar antes de su condecoracion la prueba de cristiandad, buenas costumbres, legitimidad, limpieza de sangre, y oficios, y la de sus padres, abuelos y visabuelos paterno y materno en primera y segunda línea; y últimamente las de nobleza de su padre, y de sus abuelos paterno, y materno segun fuero de España. Por la misma instruccion, se dispensa de estas pruebas, á los que ya las tuvieren hechas para recibir la Orden de San Juan, ó qualquiera de las quatro Ordenes Militares, y á los hermanos enteros las de otro caballero en qualquiera de estas Ordenes, y á los hijos por lo que toca á la línea paterna, y á los sobrinos carnales para la línea por donde lo fueren. Asimismo ha declarado S. M. en la misma instruccion que los agraciados en qualesquiera de estas Ordenes que ya tuvieren hechas sus pruebas y fueren elevados á la dignidad de Gran Cruz, no necesiten producir otras pruebas que la certificacion de haberla hecho en aquellas, sin dispensa, y la informacion de vida y costumbres. Véase la citada Real Instruccion de 12 de Junio del citado año.

Nota. 2. Aunque el Autor se remite á su segunda parte en quanto á los recursos de moratoria, conviene dar aquí una breve noticia de ella, y de la práctica que se observa: en la ley 33. tit. 18. part. 3. se dice: "Agraviados son »omes á las vegadas de pobreza de manera que non pueden pagar lo que de»ben á los plazos, á que lo han de dar, é piden por merced al Rey que les »dé cartas, é que les alengue el plazo á que debian pagar, é porque acaece á »las vegadas que el Rey ha menester su servicio de los atales en hueste, ó »de otra manera, ó por sabor que ha de los facer bien é merced dáles cartas »en que les aluenga el plazo. E tal carta como esta mandamos que vala; ca, »como quier que reciva por ella algun agraviamento aquel á quien deben el »debdo; por todo en salvo finca y lo suyo, é tenemos por bien que lo cobre, é lo haya. E porque sea mas seguro ende decimos, que quando tal carta »fuere ganada contra él é gela mostraren estonce puede pedir fiador á aquel que »quisiere usar de ella, quel pague al plazo que el Rey le otorgo. E si el que »ganó la carta non le quisiere dar fiador, mandamos que non vala la carta, »nin enoezca á aquel contra quien fué ganada."

La dispensacion de esperas, y moratorias es una de las prerrogativas de la Soberanía, que suspendiendo por equidad los efectos de las reglas comunes del derecho, acude con el auxilio de su alta proteccion para impedir que un deudor digno de compasion por importantes circunstancias, ó por las causas inculpables de sus atrasos sea víctima de ellas, quando no cede este alivio en

perjuico notable de sus acreedores. El uso de este atributo pide ciertamente discrecion tan grande como la autoridad suprema á que pertenece. Los Reyes Don Cárlos, y Doña Juana ordenaron, y mandaron que los Oidores no diesen, ni librasen á persona alguna cartas de espera de sus deudas ley 15. tit. 5. lib. 2. El exercicio de la potestad de dispensar esta gracia es uno de los mayores testimonios de la confianza, y extension de su primacía que justamente ha merecido del Soberano el Consejo de Castilla. Ningun otro Tribunal las puede conceder. En el Auto 17. tit. 4. lib. 6. se lee una Real Resolucion para que por el Consejo de Guerra no se concedan moratorias, ó esperas de gracia, y que se absterga de la regalía de concederlas, dando solo aquella que con conocimiento, y por causas legítimas se deban conceder en justicia. En otro Auto acordado (79. tit. 4. lib. 2.) para asegurar el acierto en punto de tanta gravedad, se mandó que se diese traslado á los acreedores de la solicitud de moratoria que introduzca qualquier interesado; y que vista la respuesta en caso de acordar el Consejo la espera, fuese con la calidad de fianza á satisfaccion de ellas, para asegurar así pasado el tiempo el cobro de sus créditos. Por Reales Resoluciones, una del mes de Abril de 1747, otra de Mayo de 1751, citadas en la *Práctica del Consejo de Don Pedro Escolano*, *tom.* 1. *cap.* 89. se mandó en la primera, que por la remision que se hiciese de los memoriales de los deudores sobre espera no se dexasen de hacer, y proseguir las diligencias, que correspondiesen conforme á la naturaleza de las acciones, en la segunda que en todas las instancias tocantes á moratorias se debe acudir á la Sala primera del Consejo para que en él se despachen las que por via de gracia estimare conceder, y remita á Sala de Justicia las que juzgue ser de esta clase, y deberse tratar en ella. A los deudores fiscales no se puede conceder espera sin consultarlo con S. M. Ley 2. tit. 2. lib. 9. Recop.

Conforme á estas Reales disposiciones se da cuenta en Sala de Gobierno de todas las instancias de moratoria. Con el recurso del interesado se acompaña un estado por menor de sus deudores, y acreedores, como tambien de sus bienes, firmado por él, explicando la procedencia de ellas, los infortunios, causas de su atraso, y los apremios, ó procedimientos con que se le molesta, ó amenaza, y la ruina en que se verá si se prosigue, ó da lugar á ellos, pidiendo se le conceda espera, y moratoria, por tanto, ó quanto tiempo, plazos, y condiciones.

Siendo de Justicia se da traslado á los acreedores, y remite el expediente á Sala de Justicia, librando, y entregándose al deudor por Sala de Gobierno el despacho de emplazamiento que se ha de notificar á todos los acreedores. Si no comparecen, afirmándose el deudor en un pedimento que llaman de *afirmativo*, en la solicitud que tiene introducida se substancia, y determina el expediente en relacion en los Estrados del Consejo. Si comparecen algunos, ó alguno, se substancian igualmente con él, se reciben á prueba si es necesario, y se fenecen por sentencias de vista, y revista. Si los acreedores residen en Madrid se da una certificacion para cumplimiento de las providencias del Consejo, en lugar de Real Provision, que se libra quando los deudores, ú acreedores residen fuera.

CAPÍTULO XVII.

De las renunciaciones de oficios públicos.

§. *único.*

1 Los *oficios públicos* pertenecen en propiedad, y son de privativa regalía del Rey, quien como dueño los vende, dá en administracion, ó dispone de ellos á su arbítrio (1) (*a*). Si los vende, transfiere su dominio en el comprador (2), y este como subrogado en su derecho en virtud de la venta, puede venderlos, arrendarlos, cederlos, renunciarlos, hipotecarlos, y usar de ellos libremente, segun S. M. podia antes de enagenarlos sin diferencia alguna, ni necesitar los arrendatarios ó sirvientes mas título para exercerlos que su nombramiento, excepto que en ellos se exprese otra cosa (3), al qual se podrá llamar Real título de S. M., por lo que dixo el Emperador Justiniano en estas palabras: *Nosotros hacemos aquello que hacen los que tienen nuestro poder y autoridad* (4) (*b*); pero no están obligados á conservar á los sirvientes en su administracion, ni estos á servir contra su voluntad, porque son como criados suyos, y por esto les llaman en latin los Autores: *Oficiales jure famulatus, sive administrationis tantum* (5). Bien que en justicia se les ampara y conserva en sus empleos, especialmente siendo honoríficos, no probándose una de tres causas, que son: mala versacion por culpa ó negligencia suya: inhabilidad: ó utilidad pública de su remocion; á no ser que sus dueños quieran servirlos, pues en este caso no es necesaria causa para removerlos de su uso.

(1) Leyes 1. tit. 20. lib. 8. Recop. de Indias, y tit. 25. lib. 4. de la de Castilla. (2) §. Venditæ verò res. 41. Instit. de Acquir. rer. dom. Noguerol, alleg. 14. núm. 3. (3) Leyes 4. y 5. tit. 25. lib. 4. y 18. tit. 3. lib. 7. y Autos 49. tit. 19. lib. 2. y 16. tit. 5. lib. 3. Recopil. Montan. de Reg. en los Proem. núm. 37. 38. y 42. y de Regalib. offic. núm. 23. y 24. Card. de Luc. de Regalib. disc. 5. n. 4. y 5. (4) Ley 1. Cod. de Veter. jur. enucleando. (5) Card. de Luca, de Regalib. disc. 20. núm. 4. y 5. (*a*) Nota 1. (*b*) Nota 2.

2 Lo qual procede, quando para exercer los oficios no se requiere en el sirviente mas que legalidad y buen proceder; pero si piden idoneidad como el de Escribano, debe hacerla constar al Príncipe ó al Ministro, ó Tribunal que tiene diputado para su exámen, y sacar el título de ella, que viene á ser una aprobacion y confirmacion de la suficiencia y aptitud del sugeto á quien se despacha, para que use el oficio, sea tenido y reputado por Oficial público en exercicio, y conste serlo en los libros de las Oficinas donde se sientan los Oficiales públicos: y no basta el título ó nombramiento del dueño, porque este no asegura ni acredita la idoneidad del sirviente sino la propiedad y dominio del oficio (1) (*a*). Tambien ha de pagar una vez la media annata, que es el dos y medio por ciento del valor del oficio, y tercera parte de utilidades ó aprovechamientos, si los tiene, como quando se concede por juro de heredad (2); á menos que el oficio esté relevado de su solucion, por haber sido creado antes del establecimiento de este derecho, ó por gracia especial. Y lo mismo debe practicar el dueño si quiere exercerlo, y de lo contrario á ninguno de ellos le ha de admitir á su uso y exercicio el Pueblo donde lo han de tener (*b*).

3 En los oficios públicos se pueden contemplar y distinguir por esta razon dos dominios, uno en el precio y utilidad, y otro en el nombre y potestad de exercer las funciones personales del oficio: que el primero es de libre comercio, y el segundo no; porque pide industria, la qual no se hereda sino la propiedad del oficio, y por lo mismo cada Oficial ha de tomar precisa é inmediatamente del Príncipe ó Tribunal competente (que es su Real Cámara), el título para servirlo, pues el derecho de percibir sus emolumentos no le viene del título para exercer, sino del título para gozar, que son diversos, porque este consiste en la merced ó venta, y aquel en la suficiencia (3), y así aunque muerto el dueño, se divide el oficio entre sus herederos en quanto á su valor y do-

(1) Leyes 4. y 5. cit. Card. de Luc. de Reg. disc. 17. (2) Cap. 1. del Reglam. de media annat. (3) Card. de Luc de Regalib. disc. 1. núm. 3. vers. *Nihilominus*, disc. 2. núm. 10. disc. 7. núm. 7. y 8. disc. 12. núm. 3. disc. 13. núm. 6. disc. 16. núm. 3. disc. 17. núm. 6. (*a*) Nota 3. (*b*) Nota 4.

minio, mas no en quanto á su uso y exercicio, porque como no pueden todos servirlo, solo se expide el título al que de ellos es mas idoneo, representando el derecho de todos; y si todos son ineptos por impedimento de edad, sexô ú otro; con su nombramiento, ó con el de su tutor, se despacha cédula interina, y no título de propiedad al que eligen, y es apto para exercerlos (*a*), se previene que aunque el comprador de estos oficios se hace dueño de ellos por la venta, no puede exercerlos, ni usar de ellos sin la confirmacion de la Cámara, ni tampoco sus Tenientes ó sirvientes: y lo própio milita para con sus sucesores; y si no la sacan, se les pueden seqüestrar sus rentas hasta que la obtengan y paguen la media annata, si no están relevados de su satisfaccion, y tocan al Real Fisco; lo qual he visto declarado en el Consejo de Hacienda en cierto pleyto que seguí, y fué motivo de instruirme algo en esta materia para poder tratar de ella con algun fundamento y claridad. Y porque muchos dueños de oficios que no requieren idoneidad, ni exâmen de ella, no obtienen título en su cabeza por no pagar la media annata, y pasan á venderlos; prevendrá el Escribano al comprador que no suelte su dinero sin que saquen y le entreguen el título, pues de lo contrario se expone á que no se le expida á su favor sin que pague todo lo atrasado de las precedentes sucesiones, y á ser gravado en su importe.

4 Si los da en administracion, hace merced al Oficial de sus rentas y emolumentos, lo qual indican y manifiestan los títulos en aquellas palabras: *Por hacer bien y merced á vos F. &c.* y no de su exercicio, porque este es trabajo y no gracia ni merced (1); y la administracion por su naturaleza no pasa de la vida del cesonario, por ser visto que es elegida para ella la industria de su persona (2).

5 Si concede privilegio perpetuo de ellos, (que es una gracia ó merced, que llaman *por juro de heredad*) cada sucesor es nuevo administrador, que para administrar necesita nue-

(1) Lesio de Just. & jur. lib. 2. cap. 33. dub. 4. núm. 25. (2) Card. de Luc. de Regalib. disc. 5. núm. 2. y 3. y de Offic. venalib. cap. 13. núm. 1. Montan. de Reg. offic. núm. 1. 2. y 5. (*a*) Nota 5.

vo título, porque como dice el *Señor Salg.* (1), se considera nuevo oficio, aunque se conceda á dos sucesivamente en el mismo privilegio; y nadie puede darle el título sino el Rey como dueño; ni sin él, y sin haber pagado la media annata, ser admitido á su uso, á menos que le releve de su solucion (2); ni tampoco nombrar Teniente sin expresa facultad, (no obstante poder venderlos, arrendarlos y enagenarlos) excepto que al tiempo de la concesion se le diese esta, para que con solo su título fuese admitido á su exercicio, y no tuviese necesidad de confirmacion, ni de pagar media annata, como quando lo concede á un Lugar ó Comunidad, y entonces no se le concede la administracion, sino el oficio (3); pero aun en este caso si el oficio requiere industria é idoneidad, debe el Teniente sacar cédula de la Cámara, por cuya razon la Secretaría de esta antes de expedirla, se cerciora de dos cosas: la una de que el pretendiente (si es el concesonario) se halla con la pertenencia de la comodidad (4), y si es su Teniente, que el que le nombró, la tiene: haciéndole exhibir ó presentar el título original de ella, el que se le devuelve luego: y la otra que es idoneo para exercer el oficio, á cuyo fin toma informes secretos, ó precede exámen de la habilidad y suficiencia del Oficial (*a*).

6 Y si la concesion por juro de heredad es con la precisa y gravosa calidad de renunciarse, para que la renuncia sea eficaz, y el renunciante y renunciatario no pierdan el oficio, ni recaiga en el Fisco, se requieren las circunstancias siguientes: I, que el renunciante viva despues de hecha 20 dias contados desde el en que la hiciere. II, que el renunciatario se presente con ella por sí ó por medio de su apoderado ante S. M. dentro de 30 dias; bien que con los Escribanos es diverso, pues no se les admite la renuncia sin estar aprobados por el Consejo. III, que el renunciante presente el título, en cuya virtud exerció el oficio y el acto de recepcion y posesion que se le dió, para cancelarlo, y que no use mas de él pena de perder-

(1) Sr. Salg. Labir. Cred. part. 2. cap. 27. núm. 76. y sig. (2) *Montan.* de Reg. offi. n. 2. (3) Leyes 41. y 42. tit. 20. lib. 2. 4. tit. 25. lib. 4. 18. y 19. tit. 3. lib. 7. y Auto 49. tit. 19. lib. 2. Recop. (4) Ley 5 tit. 25. lib. 4. Recop. Auto 49. cit. y cap. 37. y 38. del Reglam. de med. annat. (*a*) Nota 6.

lo, pues si no lo presenta todo, no se le admitirá la renuncia, y el Secretario que sin preceder estos requisitos, despacha la provision, incurre por la primera vez en la pena de tres mil maravedises: por la segunda en la de seis mil; y por la tercera en la de suspension de oficio á voluntad de S. M. IV, que en el término de 90 dias despues de presentada la renuncia ante el Rey ó su Real Cámara, saque el título del oficio, pena de nulidad de la renuncia. Y V, que en el de 60 siguientes el sugeto á quien se hiciere merced del oficio, se presente con los títulos en el Ayuntamiento de la Ciudad, Villa ó Lugar en que lo ha de exercer, y tome la posesion de él, pena de perderlo, aunque alegue que ignoraba la pena (1). Pero si la concesion es con calidad de renunciarlo en vida ó muerte, sin que el renunciante haya de vivir los 20 dias, ni sean precisos los demas requisitos expresados, (pues de ámbos modos suele haber concesiones) no hará reversion á la Corona, ni se perderá por su defecto. Se previene I, que los oficios renunciables no se pueden vincular sin expreso real permiso, y si se vinculan, es nula su vinculacion, y recaerán en el Fisco. Y II, que los dueños de las Escribanías y Receptorías de las Audiencias pueden renunciarlas con la condicion de: *si el Rey quisiere proveer, y si no, que retienen en sí el oficio* (2): cuya cláusula se acostumbra poner en todos los oficios renunciables, para que los renunciantes no se perjudiquen en dicho caso. Y porque muchos dueños de estos oficios que no quieren exercerlos, ó no son aptos para ello, los renuncian á favor de otros, y para no perder su propiedad, hacen estos contrarenuncia, resguardo ó retrocesion, declarando en ella ser de los renunciantes, y tocarles y pertenecerles su dominio y propiedad plenamente sin embargo de la renuncia que dan por nula é ineficaz, para que jamas por su virtud puedan apropiárselos ni pretender el mas leve derecho á ellos: y se duda en este caso si ámbas Escrituras pueden pasar ante un mismo Escribano, respecto parecer ser simulada la primera; ¿y si el Escribano incurrirá en pena por autorizarlas? Respondiendo á esta duda, digo: que pueden pasar ante él, no otorgándose en un mismo acto y dia; lo I, porque no hay

(1) El tit. 4. lib. 7. Recop. (2) Ley 17. tit. 22. lib. 8. Recop.

leg al prohibicion, y lo que no está prohibido, se entiende permitido. Lo II, porque si interviene simulacion entre los contrayentes, no consta al Escribano, por lo que no se le debe arguir que hizo contrato simulado, excepto que á un própio tiempo se otorguen ámbos, pues habiendo intervalo pueden mudar de parecer, y deshacer lo hecho en el dia anterior, como diariamente lo vemos, por ser própias de la condicion humana la incostancia, veleidad y propension natural á variar y arrepentirse de lo hecho; y aun quando se verifique luego que la hubo, será para que el contrato se declare nulo por defecto de los contrayentes, mas no para que el Escribano incurra en pena por autorizar los dos; al modo que el remate de una finca se hace ante un Escribano, y el sugeto en quien se remató, declara despues ante el mismo haber hecho la postura con caudal de otro, y se lo cede, pidiendo se despache á favor de este la venta. Y lo III, porque á nadie resulta perjuicio, antes sí beneficio á entrámbos contrayentes: al dueño en no perder la propiedad del oficio, y al renunciatario el habilitarse para poder mantenerse: por lo que se permiten ámbos contratos; y así mediando intervalo de tiempo, pueden pasar ante un mismo Escribano, sin que incurra en pena porque no le está impuesta, ni prohibido autorizarlos; lo que tendrá presente para quando le ocurra, pues muchos que carecen de principios, no se atreven, y otros no se detienen en autorizar los dos contratos á un mismo tiempo (*a*).

§. *final.*

Escrituras correspondientes á este Capítulo.

Renuncia de oficio de Escribano.

7 En *tal* parte á *tantos* de *tal* mes y año ante mí el Escribano y testigos Francisco Lopez, vecino de ella, dixo que por merced que S. M. (que Dios guarde) fué servido hacerle en *tal* parte á *tantos* de *tal* mes y año, de que se le despachó Real Título firmado de su real mano, y refrendado del Dou

(*a*) Nota 7.

N. su Secretario, está exerciendo el oficio de Escribano de Número de esta Villa; y mediante hallarse imposibilitado de continuar en su exercicio, para que no falte quien lo use y sirva en la mejor via y forma que por derecho haya lugar:= Otorga que renuncia el mencionado oficio en manos de S. M. y á favor de Juan de *tal*, vecino de esta dicha Villa, persona en quien concurren la habilidad, fidelidad, pureza de costumbres y demas calidades y circunstancias que para su desempeño se requieren; por lo que suplica á S. M. se digne hacerle merced de él; y mandar se le dé el competente título, precedida la aprobacion del Consejo; pero si S. M. no fuere servido concedersela, ó aunque se lo conceda, si no fuere admitido el renunciatario á su uso y exercicio por alguna causa que se lo obste, é ignora el otorgante, ó no cumpliere con lo que previenen las leyes de estos Reynos para la validacion de las renuncias de oficios públicos en el término que prescriben, desde luego usando de la legal facultad que le está conferida lo retiene en sí para exercerle del mismo modo que hasta ahora, y ha de ser visto no haberlo renunciado: en cuyo testimonio así lo otorga y firma, á quien doy fe conozco, siendo testigos, &c.

Nota. Algunos pueblos tienen privilegio para proveer los oficios de Escribano, y en este caso se hará la renuncia en manos de su Ayuntamiento, y no de S. M. dándole el tratamiento de Señoría, ó el que se acostumbre. Las renuncias de oficios de Regidores, Jurados y otros, no se diferencian de la anterior, sino en que no se pone la cláusula: *Precediendo la aprobacion del Consejo*, porque no requieren exámen de suficiencia; y en todas puede el Escribano poner la obligacion del renunciante á haberlas por firmes, y las demas cláusulas generales que en otros instrumentos.

Nombramiento de Teniente de Regidor y Alferez mayor.

52 En *tal* parte á *tantos* de *tal* mes y año, ante mí el Escribano y testigos Don Francisco de Navia, Regidor perpétuo y Alferez mayor de *tal* ciudad dixo: que S. M. (que Dios guarde) por su Real Cédula expedida en el Real Sitio de Aranjuez á *tantos* de *tal* mes y año, firmada de su Real mano, y

refrendada de Don N. su Secretario, fué servido despacharle Título de Regidor perpétuo, y Alférez mayor de dicha ciudad en lugar de Don Alonso de Navia, con facultad de nombrar Teniente, tener voz y voto en su Ayuntamiento, entrar con espada y daga en él, y ocupar lugar preeminente junto á la Justicia con precedencia á todos los Regidores; y mediante hallarse imposibilitado de exercer el mencionado oficio, y concurrir la calidad y circunstancias que para su desempeño se requieren, en D. F. vecino de la enunciada ciudad, usando de la facultad que le está concedida: = Otorga que elige y nombra por su Teniente al prenotado Don F. á quien confiere la que es necesaria, para que en su lugar sirva, durante su imposibilidad ó voluntad, el expresado oficio de Regidor y Alférez mayor sin diferencia: goce, y haya los honores y emolumentos que le competen: acuda y presencie á los Ayuntamientos y funciones públicas y peculiares de la ciudad: tenga voz y voto, ocupe el lugar preeminente despues de la Justicia en ellos, segun y como el otorgante presenciaria y lo tendria: y practique todo quanto corresponde á este como tal Alférez mayor, y Regidor sin limitacion, ni permitir se le perjudique en sus regalías, pues para todo le da ámplio poder y facultad; y para que la referida ciudad no le ponga obstáculo en su uso y exercicio, suplica á S. M. se digne aprobar y confirmar este nombramiento, y expedir á favor del nominado Don F. la Cédula correspondiente, mediante estar el otorgante en posesion, por habérsela dado la expresada ciudad á consequencia de dicho Real Título en *tantos* de *tal* mes y año, ante F. Escribano de su Ayuntamiento, que á este fin exhibirá: y á haber por firme este nombramiento obliga sus bienes, &c.

Nota. Para que el Teniente obtenga la aprobacion de la Cámara, ha de dar memorial en papel sellado del sello quarto mayor, hablando con S. M. presentar su fé de Bautismo legalizada, y el nombramiento, exhibiendo el título original del oficio con la posesion dada al que le nombra, y no testimoniados, porque no se le admitirán, y suplicar á S. M. se sirva mandar se le despache la competente Cédula: en cuya vista la Secretaría de la Cámara pide de oficio informes secretos á la ciudad ó villa en donde ha de exercer el oficio,

y dándolos buenos, se le expide la Cédula, de la qual se toma la razon en las Contadurías que previene y paga la media annata, sin cuya solucion no surte efecto á ménos que de ella esté relevado: y luego que lo hace constar, se le devuelve el título y posesion que exhibió, para entregarlos al dueño del oficio; y con sola la Cédula Real le admite la ciudad al uso y exercicio de él, y no es menester sellarla como el título. Por este nombramiento puede el Escribano estender todos los que ocurran, pues como para ordenarlos ha de tener presentes los títulos de los dueños, verá por ellos las facultades que tienen, y actos que han de practicar, y lo que conviene mudar.

Otra. Los sucesores en los oficios de Regidor, Escribano, Procurador y otros que se sirven con Real Título, deben presentar con memorial en la Secretaría de la Cámara el testamento, venta ó documento en virtud del que recayó en ellos, su partida de Bautismo, é informacion de limpieza, y tambien idoneidad si la requiere el Oficio, y el título original expedido al último dueño, el que se queda en el expediente; y si por haber recaido en hembra ó menor, lo hubiere servido interinamente alguno, se ha de presentar igualmente la Cédula que á favor de este se despachó: y si esta ó el título original se perdieron, se pretende por la misma Secretaría con memorial á S. M. que mande dar copia del que esté perdido, por la Oficina del Real Sello, la qual hace las veces del original, y se presenta luego como si fuera este; y no basta presentar el de confirmacion, en que se libertó de la incorporacion á la Corona, pues este no sirve para que en su virtud se expida el que se solicita, ni debe salir jamas del poder del dueño. Los Tenientes de estos oficios no pueden ser removidos de su exercicio, excepto que haya causa grave, y se pruebe y declare, ó que los dueños quieran exercerlos por sí; por lo que si estos fallecen dexando hijos menores, puede su tutor como tal nombrar quien los sirva, miéntras los varones llegan á edad competente, y las hembras se casen con quien sea apto para servirlos, con cuya calidad se despachan las Cédulas á los Tenientes, exhibiendo á este efecto el título original, el que se les devuelve para entregarlo al que los nombró, y presentando su fé de Bautismo, y demas

documentos necesarios con el nombramiento. Pero aunque el varon mayor, ó el marido de la hembra por ser hábiles pretendan el título en su cabeza, no se les expedirá, si el oficio está *pro indiviso*, porque ninguno es dueño de él, ni por consiguiente será removido de su uso el extraño sirviente; y así es preciso que se aplique en la particion á uno de ellos, el qual, ó si es hembra, su marido puede solicitar el título en su cabeza como dueño, acreditando serlo, y presentando todos los documentos referidos. Y lo própio sucederá aunque la madre sea su tutora, y se case con sugeto idóneo, si el oficio no es suyo, ó no se le adjudica judicialmente, ó por convenio de sus hijos mayores. Lo que prevengo á los interesados para que no hagan gastos inútiles, ni pierdan tiempo (*a*).

Otra. Las renunciaciones de oficios se han de extender en el sello primero, y los títulos, testimonios, certificaciones, ó nombramientos de oficios que dan los Administradores, Arrendadores, Tesoreros ó Receptores de la Real Hacienda de Guardas, Comisarios, Executores, Verederos, Diligencieros ó Alguaciles de dichas comisiones en el del tercero, y los demas superiores á estos en el del primero.

(*a*) Nota 8.

NOTAS AL CAPÍTULO XVII.

Nota 1. Los oficios públicos por su naturaleza son invendibles y fuera de todo comercio: las necesidades del Estado solamente han obligado á su enagenacion, y justificado un recurso resistido fuera de estas imperiosas circunstancias, y que lleva implícito un conato á volver á su centro natural, indemnizando al poseedor. De aquí es, que en la duda se entiende que en tales enagenaciones se enagena lo menos que se puede enagenar, por ser como es materia odiosa, y de rigurosa interpretacion. Por Real Cédula de 9 de Noviembre de 1799 mandándose observar en la execucion de las órdenes de 24 de Junio de 1797, y 5 de Septiembre de 1798, se mando que los dueños de oficios enagenados sirviesen con la tercera parte de su valor para las caxas de reduccion de vales. Tambien tendrá lugar en los oficios donados por la Corona á manos muertas la Real Cédula de 17 de Diciembre de 1802 sobre los quinsenios.

Nota 2. Véase la doctrina del número siguiente.

Nota. 3. La gracia, presentacion ó nombramiento hecho por el dueño, ó por quien segun las leyes tiene derecho de nombrar, el exámen, el juramento, y el título son los quatro requisitos previos para que todo Escribano pueda exercer su oficio. Daremos alguna extension á esta materia en la presente y siguiente nota; y una série de las disposiciones de las Leyes, Autos acordados, y Cédulas modernas, y de la práctica actual en quanto al nombramiento, exámen, aprobacion, diligencias y forma de despacharse los títulos de Escribanos en Castilla y Aragon. Los Reyes Católicos para evitar los daños consiguientes á la multitud de Escribanos, ordenaron no se diese título de escribanía pública sino á personas hábiles y exáminadas en el Consejo, mandando que donde hubiese Escribanos del Número no exerciesen otros Escribanos; que las Justicias no pusiesen por sí Escribanos algunos, ni actuasen con otros que los que fuesen puestos por SS. AA. y tuviesen cartas de estos oficios, siendo primeramente exáminados en el Consejo, y hallados hábiles y suficientes; y que de otra manera no pudiesen usar de sus oficios, ni dar fé de Auto alguno como tales Escribanos *ley* 1. 5. *tit.* 25. *lib.* 4. *Recop.* La misma aprobacion se ordenó para los de Rentas en la ley 4. mandándose en la 3., que es del Emperador D. Carlos, que las personas que se hubiesen de exáminar de Escribanos de estos Reynos, traxesen informacion, y aprobacion de la Justicia del lugar donde vivieren de su idoneidad, y fidelidad. Esto mismo se mando en 14 de Julio de 1541 en el Auto 1. tit. 25. lib. 4. Por Pragmática de 1566, que es la ley 30 *de dicho título*, no puede ser Escribano del Número, ni del Consejo, ni de los Reynos el que no tenga 25 años cumplidos.

En quanto á las Escribanías de ayuntamiento dándose en la ley 36., que es la Pragmática de 1602, la forma de consumir las Escribanías del Número acrecentadas desde el año de 1540, y facultad á las Ciudades, Villas y Lugares para que lo pudiesen hacer, se trata tambien de las referidas Escribanías de Ayuntamiento diciéndose: "Y consumiéndose las Escribanías mayores ó de los Cabildos, y Ayuntamientos, mandamos que los Ayuntamientos, "y Regimientos de las dichas Ciudades, Villas y Lugares hayan de nombrar, "y nombren una ó dos personas que sirvan los dichos oficios por el tiempo,

»que fuere su voluntad, con que no los tornemos á vender, ni hacer merced »de ellos, y que esto sea sin perjuicio de las dichas Ciudades, Villas y Lu»gares, y Concejos que tienen derecho al nombramiento de las dichas Es»cribanias, y que el que dichos Ayuntamientos hicieren de las personas que »hubieren de servir los dichos oficios haya de ser, y sea á satisfaccion nues»tra; y si despues de nombradas las quisiesen remover, antes que lo hagan, nos »den cuenta de ello, y de las causas que hubiere para removerlos."

Los abusos, y desordenes experimentados en las comisiones que se daban á diferentes Jueces de las Chancillerías, y Audiencias para exâminar Escribanos así Reales, como de Número, Ayuntamiento, Rentas, Millones, Receptores de Chancillerías, Audiencias, y adelantamiento, dándoles á muchos licencias y habilitaciones, en perjuicio tambien de los derechos de media annata, y *fiat*, dieron lugar á las providencias de que tratan los *Autos* 17. y 20. de dicho título, mandándose en el primero que no exâminasen ninguno para Escribano de los Reynos, sino que hubiesen de venir precisamente á hacerlo en el Consejo, y que á los Escribanos numerarios que aprobasen dichos Jueces, no se les diese término alguno para exercer sus oficios, sin que primero sacasen y se les diesen por el Consejo sus despachos, pena de privacion de ellos, y de 500 ducados; dándose en el segundo la forma en que debian despacharse las Cédulas de la Cámara, haciendo cesar los Jueces de exâmenes en las Chancillerías y Audiencias, prohibiéndose el uso y exercicio del oficio de Escribano sin el previo exâmen y aprobacion del Consejo, previniéndose á los Corregidores y Justicias, no admitiesen al exercicio de tales á los que no presentasen primero esta aprobacion. Estas providencias se hicieron extensivas al Reyno de Valencia por *Auto acordado de* 10 *de Octubre de* 1714. *Auto* 14. *de dicho título.*

Ultimamente, por otro Auto acordado, *Auto.* 23. *d. t. de* 18 *de Mayo de* 1714, se mandó que los Escribanos que se hubieran de aprobar viniesen precisamente á ser exâminados en el Consejo, y que no se admitiese peticion en que se pidiese comision para ser exâminados en los Pueblos de Castilla; y por resolucion de la Cámara de 19 de Agosto de 1715 se prohibió la dispensacion de exâmen de Escribanos, mandando que la Secretaría de Gracia, y Justicia, ni la de Aragon no admitiesen tales pretensiones, ni diesen cuenta de ellas á la Cámara; pero no habiendo sido suficientes estas disposiciones, ni las que anteriormente estaban tomadas por las leyes, condicion de Millones y Autos acordados, para que precisamente hubiesen de comparecer personalmente al exâmen, hizo la Cámara consulta á la Magestad del Señor Don Felipe V. poniendo en su Real noticia los gravísimos inconvenientes; y perjuicios que se habian experimentado y experimentaban por la freqüencia y facilidad de concederse las dispensas de edad y comparecencia al exâmen, y se sirvió expedir una Real Cédula, fecha en Buen-Retiro á 9. de Noviembre de 1715, por la qual se dignó resolver la absoluta prohibicion de las dispensaciones de edad, y excusas de venir á exâminarse al Consejo los que intentasen y pretendiesen ser Escribanos Reales Numerarios, y de Millones, Receptores, y de otra qualquier calidad, sin que á él ni al de la Cámara les quedase en adelante arbítrio para conceder uno ni otro, ni dispensarlo por ninguna causa ni pretexto; pues era su deliberada voluntad que todas las personas, que pretendiesen ser Escribanos, viniesen á exâminarse precisamente al Consejo, y que á los que no tuviesen los 25 años cumplidos, que estaba prevenido, no se les admitiese á exâmen.

En el Real Decreto, dirigido al Consejo por la Magestad del Señor Don

Fernando VI. en 6. de Julio de 1747. se sirvió decir, habia entendido que los perjuicios que se experimentaban en sus reynos, con motivo del crecido número de Escribanos Reales y numerarios que se hallaba en ellos, habian llegado á tal extremo, que depositándose en la fé de los sugetos que exercen estos empleos las vidas, honras y haciendas de los vasallos, se habia advertido que los testimonios solian hacerse venales, y los jueces no pocas veces sospechosos, envileciendo con estos excesos un oficio que por sus circunstancias solo debiera recaer en personas de la mas acreditada conducta y verdad; y que deseando desterrar estos perniciosos desórdenes habia resuelto que se exâminase en el Consejo este punto de gobierno con el cuidado y premeditacion convenientes para asegurar este fin, proporcionando el número de los referidos Escribanos al modo que se practicaba en algunos reynos y provincias de sus dominios, y estableciendo las providencias y precauciones que considerase mas útiles para preservar en adelante á los vasallos de tan notables daños.

Para satisfacer el Consejo á este Real Decreto con la instruccion y conocimiento que requeria el asunto pidió informes á las Chancillerías y Audiencias del Reyno, quienes lo executáron, resultando por ellos no haber exceso en el número de Escribanos reales, y que aunque habia alguno en los numerarios no se podia tratar de su consumpcion por la infelicidad y miseria en que estaban los pueblos, y no hallarse el erario en disposicion de hacer un desembolso tan crecido en cuya vista hizo el Consejo consulta á S. M. en 14 de Marzo de 1750, poniéndolo en su Real consideracion, con el dictámen que tuvo por conveniente; y por su Real resolucion á ella, conformándose con él se sirvió mandar, que no se hiciese novedad en el asunto, y que en atencion á que los principales inconvenientes y abusos de los Escribanos pendian de que las justicias y algunos de los mismos Escribanos ignoraban lo que era su obligacion, segun lo dispuesto en las leyes del reyno, y autos acordados donde se halla ya todo prevenido, cuya ignorancia no era tan culpable por estar dadas estas reglas en varias leyes, colocadas en diversos títulos de la Recopilacion, y en autos acordados de distintos tiempos, se formase una Pragmática, que con toda claridad y órden recopilase lo que estaba establecido y mandado, así en lo que tocaba á Escribanos numerarios como á los reales, dándose unos á otros un exemplar, quando se les despachase el título, y que asimismo se dirigiesen á las justicias para que estas lo hiciesen observar puntualmente, siendo cargo de residencia su inobservancia, y esto fué solo para los reynos de Castilla y Leon, pues por lo tocante á las Provincias de Aragon, donde habia diversas inspecciones, se exâminase y consultase lo que pareciese mas útil. Publicada en el Consejo esta Real resolucion en 15 de Abril de 1750, acordó su cumplimiento, y que para ello pasase á los Señores Don Ignacio de la Encina, y Don Josef Bermudez, por quienes se formó la instruccion que aprobó el Consejo en 28 de Noviembre de dicho año de 1750, y se imprimió para entregar á los Escribanos, y comunicar á las justicias, en 20 de Abril de 1751. *Escolano, Práctica del Consejo tom. II. cap.* 46.

En Circular del Consejo, impresa y comunicada en el mes de Agosto de 1757 (*Escolano ibid.*). por haber experimentado lo diminuto, informal y aun sospechoso de los papeles que presentaban en el Consejo los pretendientes que solicitaban ser exâminados para Escribanos, se mandó por punto general que qualquiera que viniese á solicitar la aprobacion de Escribano presentase la fé de práctica, con testimonio formal del Escribano con quien la hubiese tenido, expresando si habia sido continuada, ó con intermisiones, si

estaba capaz, ó no, admitiendo solo por testigos la misma justificacion en el caso de haber fallecido el Escribano ó Escribanos ante quien hubiese practicado, y que para uno y otro se citase al Procurador Síndico del lugar ó lugares donde hubiese tenido la práctica, informando sobre ello el Corregidor ó justicia del mismo pueblo, con la calidad de quedar todos responsables, y se executase lo mismo en Madrid; y que siendo forasteros se añadiese á la justificacion la matrícula de la parroquia ó parroquias donde hubiese estado, para que no se defraudase el tiempo. Y asimismo se mandó que los que hubiesen de ser exâminados para Escribanos Numerarios presentasen testimonios ó certificaciones de las intendencias ó cabezas de partido del último vecindario que se hubiese hecho para la satisfaccion de las alcabalas, cientos y millones, con especificacion de los de sus jurisdicciones, á fin de que se viniese en conocimiento cierto de lo que debian pagar por el derecho de media annata, expresando tambien los Escribanos Numerarios que hubiese en cada pueblo y jurisdiccion donde debia actuar, y las Escribanías que estaban en uso, ó si por haber quedado en corto vecindario no tenian exercicio, ó por haberse aumentado habia mas oficios que los de su antigua creacion; y porque en algunas cabezas de partido, baxo cuyo gobierno estaban algunos lugares y aldeas con Escribanos separados, repartiendo estas por sí los derechos reales, con obligacion de ser en todo responsables á la capital, en cuyo caso quedaba receloso el testimonio que se remitia, para evitar este perjuicio tambien mandó el Consejo, que los Corregidores remitiesen á la Escribanía de Cámara de Gobierno testimonio expresivo del vecindario del tal partido, lugares y aldeas que á él estuviesen sujetas, Escribanos que hubiese, y si actuaban sin distincion, ó con separacion; cuya providencia se comunicó circularmente á todos los Corregidores del reyno.

Aunque los Escribanos se hayan exâminado fuera de la Corte en virtud de Cédulas de la Cámara, deben presentar en el Consejo los papeles y documentos originales que deben traer segun las leyes, y autos acordados; sin que les sirva de excusa haberlos presentado en la Cámara. Así lo mandó el Consejo pleno en 14 de Octubre de 1765: *Escolano ibid.*

En quanto al reyno de Aragon, para cortar iguales abusos se dieron tambien órdenes, particularmente en los años de 1749, 1750 y 1764 para que los Escribanos acudiesen al Consejo á ser exâminados, y obtener la aprobacion. Los recursos de diferentes dueños de escribanías y notarías, alegando privilegios para nombrar y crear escribanos sin el requisito de la Real aprobacion, ni el de pagar media annata, dieron motivo despues de oidos los interesados, y consultado con S. M. á la Real Provision de 17 de Octubre de 1769 en que se declara por punto general que á los dueños de escribanías numerarias ó locales que disfruten qualesquiera particulares ó comunidades en la Corona de Aragon, solamente les compete el nombramiento, y sin preceder el exâmen de Escribanos en el Consejo, despacho de título correspondiente, y pago de media annata, y demás derechos establecidos que satisfacen los que se nombran en Castilla por los dueños de semejantes escribanías, no pueden exercer el oficio, debiendo observarse en esto lo que se dispone en la *ley* 2. *tit.* 25. *lib.* 4. *Recop.*, y en los autos acordados que tratan de este asunto, sin perjuicio de las facultades particulares, y reglas acordadas para los Colegios de Escribanos.

Nota. 4. Véase la nota sobre el num. 13. en quanto á escribanías enagenadas. La creacion, institucion y colacion, digamoslo así de Escribanos, y aun de todo oficio público, esté ó no enagenado, especialmente para el

efecto de conferirles la fé pública, y dar al empleado y sus funciones el concepto público de tal inherente al oficio que se le confiere, es una regalía suprema, que nunca se entiende transferida á los particulares, quienes solo pueden adquirir el derecho de obtener ó nombrar, ó proponer. El derecho á obtener ú á recibir la colacion de un oficio, no es la colacion del mismo oficio que ha de hacer, ó el xefe del cuerpo político, ó una autoridad constituida por él, siempre que vaque. El exámen de la idoneidad es consiguiente á esta regalía; sin el uso de ella en cada vacante faltaria la qualidad pública al empleado y sus funciones.

Nota 5. El oficio es uno solo, aunque lo obtengan muchos sucesivamente, como un beneficio ó una capellanía de sangre; es una sola, aunque en virtud del derecho á su colacion, la tengan muchos sucesivamente.

Nota 6. Los nombrados por los dueños de las Escribanías de número, juzgado, rentas reales, y otras comisiones, que en la mayor parte están enagenadas por juro de heredad, y pertenecen á comunidades ó particulares, no pueden asimismo usar ni exercer sin acudir primero al Consejo para obtener la aprobacion del nombramiento, pagar la media anata; y sacar su título. El interesado debe presentar el nombramiento original, el de su antecesor con la aprobacion que obtuviese del Consejo, para justificar la facultad y posesion que el dueño tenga de hacer semejantes nombramientos, ó en defecto de la aprobacion, copia auténtica del privilegio de poder nombrar; y la fé de bautismo, en que conste tener 25 años, ó dispensa de la Cámara del tiempo que le falte; otra de práctica de 4 años, segun y de la manera que se dice tratando de los notarios de reynos, como tambien la informacion de limpieza de sangre, y de vida y costumbres; un testimonio ó certificacion de la Contaduría de la Provincia de los vecinos útiles que haya en el pueblo, para cargar al agraciado la media anata; y otro testimonio de las Escribanías que hubiere para repartir entre ellas esta media anata. Con estos papeles se presenta el pretendiente en el Consejo, pidiendo se le admita á exámen, y que hallándole hábil, se le mande despachar el título, ó certificacion correspondiente para el uso y exercicio de su oficio. La certificacion que se le manda despachar despues de visto tambien este expediente por el Señor Fiscal, examinado el pretendiente, hallado hábil y aprobado el nombramiento, hecho el juramento, y pagada la media anata, es en estos términos: Certifico que habiéndose presentado N. ante los Señores del »Consejo con un nombramiento de Escribano de número de N. hecho á su »favor por N., á quien parece corresponde en lugar y por muerte de N., so»licitando se le admitiese á exámen, y hallándole hábil se le despachase la »aprobacion correspondiente para usar el mencionado oficio: visto por dichos »Señores del Consejo, con los demas papeles del asunto, y lo expuesto por »el Señor Fiscal, admitiéron á exámen al referido N., y habiéndole halla»do hábil y suficiente le aprobáron y concediéron licencia y facultad para »que en su conformidad y de dicho nombramiento pueda usar y exercer el »mencionado oficio de Escribano del número de N. Y mandáron que en las »escrituras y autos que ante él pasaren, use del signo como este ✠, y que »en todos los instrumentos de imposiciones, redenciones y tributos, tenga »obligacion de prevenir se tome la razon en el oficio de hipotecas, que se »mandó establecer en las cabezas de partido del reyno, al cargo de sus Escri»banos de Ayuntamiento, por Real Pragmática de 31 de Enero de 1768; »y de esta certificacion se ha de tomar la razon en la Contaduría general de »valores de la Real Hacienda, á que está incorporada la de media anata, ex-

»presando haberse pagado, ó quedar asegurado este derecho con declaracion »de lo que importare, sin cuya formalidad sea de ningun valor, y efecto »esta certificacion. Y para que conste de pedimento del referido N. y por »mandado de los mismos Señores del Consejo, la doy en Madrid á &c."

Si los oficios son creados ántes del establecimiento del derecho de media anata, esto es ántes del 22 de Mayo de 1734, no la pagan; como ni quando se acredita tener privilegio para no satisfacerla, segun el artículo 29 de las reglas de media anata. De otra manera, debe pagarla á razon de medio ducado por vecino útil del pueblo, rebaxando los pobres, los eclesiásticos, y tambien las viudas pobres; y de estas, cada dos ricas se reputan por un vecino: de los menores útiles, cada tres se estiman por uno: el todo de su importe se prorratea entre los demás Escribanos que ó haya en el pueblo, ó facultad para nombrarlos; lo qual es conforme á lo dispuesto en el art. 34. de dichas reglas. A este fin está mandado en circular del mes de Agosto de 1757, que para evitar fraudes en este pago, el interesado presente testimonio ó certificacion de las Intendencias ó cabezas de partido, del último vecindario que se hubiese hecho para la satisfaccion de las alcabalas, cientos y millones, con especificacion de sus jurisdicciones y de los Escribanos numerarios del pueblo donde ha de actuar, y de las escribanías que estén en uso ó puedan nombrarse.

En la Corona de Aragon se observa en quanto á la media anata distinto modo que en Castilla con esta clase de Escribanos; porque como no hay número de ellos en las ciudades, villas y lugares de aquellos reynos, ni se titulan como tales, sino públicos, locales, de juzgados, de curias, &c. no se han podido establecer las reglas de Castilla respectivas á la media anata; y desde la extincion del Consejo de Aragon se han dado diferentes providencias sobre esta materia; pero últimamente se ha declarado que asi estos Escribanos como los de los Colegios que hay establecidos en algunas Ciudades, y Villas de dichos Reynos, paguen por media anata diez ducados de moneda provincial. *Escolano Práctica del Consejo tom. II. capítulo* 46. *seccion* 5.

Nota 7. Las reglas que se deben observar en esta materia, se hallan en la circular de 22 de Diciembre de 1795 en que para cortar los abusos, simulaciones, descuidos, y otros defectos en el modo de extenderse las renuncias, se dice: "la Cámara ha reparado la freqüencia con que de al»gun tiempo á esta parte se padecen descuidos, simulaciones, y otros de»fectos en el modo de extenderse las renuncias de los oficios enagenados »de la Corona, ya baxo la calidad de una sola renunciacion, ya sujetos á »la calidad de renunciables con términos señalados para renunciarlos, y po»sesionarse de ellos; y ha excitado todo esto su atencion á exâminar el »motivo en que podia consistir el olvido de las reglas prescritas sobre es»tos puntos.

»Para cortar dichos abusos mandó instruir expediente, con audiencia »del Señor Fiscal; formalizado por la Secretaria de Gracia, y Justicia, y »Estado de Castilla que está á mi cargo, con varios exemplares, y no»ticias, se vio, y exâminó con la debida meditacion en la Cámara de 14 »de Noviembre de este año, y conformándose con lo que habia expues»to el Señor Fiscal, ha acordado lo siguiente.

»Comuníquense órdenes circulares á los Presidentes, y Regentes de las »Chancillerías, y Audiencias, y á los Corregidores, y Alcaldes mayores del

»Reyno, en las quales se inserten los capítulos de la instruccion: que gobier»na en la Secretaría, relativos á lo que pueda corresponder al despacho de »los oficios públicos enagenados de la Corona: á los casos en que puedan »traspasarlos sus poseedores; y á los en que se declaran devueltos é in»corporados á la misma Corona: previniéndose en las órdenes, que se de»ben distinguir los oficios enagenados por juro de heredad con facultad de »disponer de ellos los poseedores á su voluntad, de los puramente renun»ciables, bien sea con la calidad de una sola renunciacion, ó bien que »están sujetos á los términos de 20 dias naturales de supervivencia del re»nunciante, contados desde el dia de la fecha de la renuncia; de 30 dias »para recurrirse á la Cámara por nuevo título contados tambien desde la »misma fecha; y de 60 dias para tomar posesion despues de expedido el »título contados igualmente desde la data de él. Que el poseedor de oficio »renunciable, sea de una, ú otra calidad, ha de hacer su renuncia en »persona hábil, y capaz de servirlo por sí; y esta ha de sacar el título »en su cabeza, y tomar posesion en los términos y baxo las reglas ya re»feridas. Que toda renuncia debe ser jurada asegurando el renunciante que »es simple, y para ella no han intervenido dadivas, promesas, ventas, »ni arrendamientos, ni tampoco las recibirá, ni otorgará en lo sucesivo ta»les contratos por sí, ni por otra persona; y el mismo juramento pres»tará igualmente, y en el própio acto la persona en quien se renunciare »el oficio, en la forma que le corresponde, por su parte. Que los acuerdos »de las Chancillerías, y Audiencias, para la habilitacion de los preten»dientes á exámen en los oficios de Receptores, y Escribanos antes de ve»nir á obtener títulos de ellos por la Cámara, y las Salas de justicia del »Consejo Real y de las demas Chancillerías, y Audiencias, en los juicios »de retencion que se ofrezcan, ó con qualquier otro motivo, y los Cor»regidores y Alcaldes mayores en su caso, procedan con la mayor escru»pulosidad á la averiguacion de los fraudes, abusos, escrituras, y contra»tos simulados, que acaso puedan cometerse, y otorgarse en las renun»cias, dando cuenta en la Cámara de lo que resulte. Y que no debe de»tener á los tribunales, y jueces para proceder conforme á las reglas insi»nuadas, lo dispuesto en los Autos acordados, 3. §. 4. tit. 1. lib. 3., y 23. »del tit. 2., ni las providencias del Consejo Real que señalan el arrenda»miento que deben pagar sus Escribanos de Cámara, y los de Provincia, y »Número de esta Corte, por ser de casos particulares que no tienen trans»cendencia á los no expresados en los mismos Autos y Providencias.

»Los capítulos de la Instruccion que previene el acuerdo antecedente »de la Cámara, son en esta forma.

»Todos los títulos de oficios perpetuos enagenados de la Corona han de »despacharse justificando la pertenencia: entendiéndose para ello que si el »oficio estuviere ya agregado á algun mayorazgo lo qual constará del úl»timo título, será bastante que el pretendiente presente, con el mismo »título testimonio de la posesion que se le hubiere dado del mayorazgo, »y su fé de bautismo, con los demás documentos de estilo segun la clase »del oficio; pero siendo nueva la agregacion se ha de presentar el título »original del último poseedor, y en su defecto una copia del sello real de »la Corte, ó del Real Archivo de Simancas, un testimonio de haber su»cedido en el mayorazgo, á que se agregare el oficio, y de haberse da»do al pretendiente la posesion de él judicialmente; y la fé de bautismo, »en que se acredite, como por regla general debe constar para todo género

»de oficios, no solo que tiene 25 años cumplidos de edad (excepto para »los de veinte y quatros, jurados, y regidores, pues para estos basta »18 años cumplidos), si tambien su legitimidad y naturaleza de estos »reynos.

»Para los oficios libres que no son de mayorazgo, se justificará la per»tenencia por clausulas de herederos, y adjudicaciones, renunciaciones, y »ventas, presentando el pretendiente el titulo original de su antecesor; tes»timonio de la cabeza, clausula de herederos, y pie del testamento bajo del »qual hubiere fallecido y otro testimonio de la adjudicacion que se hiciere »del oficio si hubiere recaido en dos ó mas herederos con expresion de la can»tidad en que se adjudicare, ó la escritura de venta si fuere adquirido por »este medio, y si fuere por renuncia, vendrá declarado en ella que es »graciosa, sin intervenir venta ni contrato, porque asi debe constar, es»pecialmente en los oficios, que están sujetos al derecho de la media anata, »presentándose además la fé de bautismo.

»Si el oficio recáyere en algun menor, ó muger, en virtud de la per»petuidad de él, podrá la muger pasando de 25 años, y no teniéndolos, »su tutor y curador nombrar persona que lo sirva en el interin que ella »toma estado, á la qual persona se despachará cédula de interin; y el »tutor y curador del menor podrá hacer el mismo nombramiento en el in»terin que este tiene edad para servir el oficio: constando por testimo»nio, en ámbos casos, estar discernido el cargo del tal curador.

»Aunque está prevenido que todos los oficios perpetuos puedan pasar»se en virtud de venta, ó renuncia de unas personas á otras, se entiende »no siendo de mayorazgo; porque si lo fuesen, no podrá el poseedor de »ellos renunciarlos, ni venderlos sin que preceda Real licencia.

»En todo género de oficio renunciable con término señalado, luego que »la parte saque el título de la Secretaría tendrá obligacion de presentarse »con él, en el respectivo ayuntamiento dentro de 60 dias, contados des»de el de la data del titulo: y en llegando el caso de nuevo sucesor de»berá este presentarse en la Secretaría con la renuncia, que á su favor »se hubiere hecho del oficio dentro de 30 dias contados desde la fecha de »ella, y con fé de vida del renunciante en que conste vivió 20 dias »naturales despues que lo renunció.

»Si faltase alguno de estos requisitos se perderá el oficio enteramente, »y recaerá en el Patrimonio Real: en cuya inteligencia, luego que lleguen »á la Secretaría los instrumentos de qualquiera de estos oficios, la prime»ra diligencia será poner la presentacion de ellos al reverso de la misma »renuncia, para que conste que no se ha pasado, ó que ya es transcurrido »el término, cuidando mucho de executarlo puntualmente por el perjuicio »que se seguiria á las partes si por esta sola omision, ó descuido se per»diese el oficio no habiendo pasado el término de su presentacion en dicha »Secretaría.

»Despues se reconocerá la fecha de la posesion que se dió en el ayun»tamiento al último poseedor, y se cotejará con la del titulo, para reconocer »si se presentó dentro de los 60 dias de la ley, y no habiendo en esto defec»to, ni en la fé de vida del renunciante 20 dias despues de la fecha de la re»nuncia que hiciese, se despachará el titulo al pretendiente arreglado al an»terior, precediendo presentar la fé de bautismo, y los demas documentos re»gulares, segun la clase del oficio.

»Por lo perteneciente á los oficios renunciables de las Islas Canarias se

»seguiria la misma regla, que con los de la Peninsula, con la diferen»cia de que el término para presentarse con ellos en aquellos ayuntamientos, »y con las renuncias en la Secretaría, en lugar de los expresados 30, y 60 »dias de término, serán 6 meses. Y por lo tocante á los oficios de Escriba»nos de las mismas Islas, que pertenecen en virtud de privilegio á la Au»diencia de ellas, donde se justifican los términos, y la misma Audien»cia hace consulta pidiendo aprobacion de la eleccion que ha hecho de qual»quier Escribano, deberá presentar la parte dicha consulta en esta Secreta»ría dentro de 6 meses, y no habiendo en esto defecto, se le despacha»rá su título arreglado al anterior.

»Hay otro género de oficios que se distinguen con la voz de una sola »renunciacion, y por esta calidad no son perpetuos; pero tienen derecho los »poseedores de ellos á dexarlos renunciados en vida, ó al tiempo de la fin, y »muerte por testamento, ó en otra qualquiera manera: de forma, que la su»cesion en estos oficios precisamente debe ser por via de renuncia, y no »por la venta, herencia ó adjudicacion; de tal suerte que si faltase la ex»presada circunstancia de renuncia quedará perdido el oficio, é incorporado »en el Patrimonio Real.

»Todo lo qual participo á V. de órden de la misma Cámara, para que »en... se tenga entendido para los fines, y objetos referidos, y á fin de »que se cumpla en todas sus partes á beneficio de los Reales intereses, y »del público: disponiendo V. se notifique á todos los Escribanos de esta... y »su partido, para que en el otorgamiento de semejantes escrituras se arreglen »á su tenor: y que esta órden se coloque original en el archivo de esa... pa»ra que siempre conste: remitiendo V. por mi mano con la brevedad posible »testimonio que acredite uno, y otro, para ponerlo en noticia de la Cá»mara."

Adicion. Aunque el oficio de Notario de reynos es un oficio público muy diferente del de Escribano de ayuntamiento, del número, juzgado, &c. se hallan tan unidas las mas veces las funciones de unos y otros, y se dan tanto la mano las disposiciones legales que tratan de ellos particularmente las de renuncias, y la práctica de la expedicion de los respectivos títulos, que no parecerá impertinente dar una noticia de lo que se observa en la de este oficio. La creacion y nombramiento de Escribanos reales, ó Notarios, es prerrogativa de la Corona, expidiéndosele por la Cámara al interesado que obtuvo esta gracia con el servicio de 200 ducados que se llama *fiat*, una Real cédula que se presenta en el Consejo junto con los demas papeles correspondientes que son: 1. fé de bautismo en que conste tener 25 años cumplidos, ó dispensa de la Cámara del tiempo que le falte: 2. otra de práctica de 4 años con testimonio formal del Escribano con quien la hubiese tenido, con expresion de si ha sido continuada, ó con intermisiones; si está capaz, ó no, admitiendo solo por testigos la misma justificacion, en el caso que haya fallecido el Escribano, ó Escribanos con quienes hubiese practicado; uno, y otro con citacion del Procurador síndico del pueblo donde hubiese tenido la práctica, informando sobre ello el Corregidor y Justicia del mismo, con calidad de quedar todos responsables. Lo mismo deben executar los de Madrid añadiendo solo los forasteros la matrícula de las parroquias. 3. informacion de limpieza de sangre, y de la vida, y costumbres del pretendiente, recibida en el pueblo de su naturaleza, con citacion del Procurador Síndico general, y personero del comun, é informe de la Justicia de la buena vida, y costumbres del pretendiente, sus calidades, é inteligencia para el oficio que se le encarga.

Hecho, y acreditado el pago de los 200 ducados en Tesorería general, y no ofreciéndose reparo al Señor Fiscal, á quien pasa el expediente, se le admite á exámen al pretendiente, y estando conformes en su aprobacion los tres Ministros que por lo ménos han de asistir, se le manda despachar el título correspondiente. Este despues de pagados diez ducados de media anata, se expide en estos términos: "Don Cárlos, &c. Por hacer bien, y mer»ced á vos N. atendiendo á vuestra suficiencia y habilidad, y á los servicios »que me habeis hecho, y espero los continuareis, mi voluntad es que aho»ra, y de aquí adelante, por toda vuestra vida seais mi Escribano, y No»tario público de esta mi Corte, y en todos mis reynos y señoríos: y por »esta mi carta, ó su traslado signado de Escribano público, encargo al Se»renísimo Príncipe de Asturias, mi muy caro y amado hijo, y mando á los »Infantes, Prelados y Duques, Marqueses, Condes, Ricos hombres, Priores »de las Ordenes, Comendadores, Subcomendadores, y á los del mi Consejo, »Presidentes y Oidores de las mis Audiencias, Alcaldes y Alguaciles de la »mi Casa y Corte, y Chancillerías, Alcaydes de los Castillos, Casas fuer»tes, y llanas, y á todos los Corregidores, Asistente, Gobernadores, »Alcaldes Mayores y Ordinarios, otros Jueces y Justicias qualesquier de »todas las ciudades, villas y lugares de estos mis Reynos y Señoríos, y á »cada uno de qualquier de ellos en sus lugares y jurisdicciones, así á los que »ahora son, como los que serán de aquí adelante, os hayan, tengan y reci»ban por tal mi Escribano, y Notario público, y hagan guardar todas las hon»ras, gracias, mercedes, franquezas, libertades, exênciones, preeminen»cias, prerrogativas, inmunidades, y todas las demas cosas que son y de»ben ser guardadas, y debeis haber y gozar por razon de dicho empleo, y »que en ello, ni parte de ello, os pongan embarazo ni impedimento al»guno, ni le consientan poner, y os recudan, y hagan recudir con todos »los derechos al dicho oficio anexos y pertenecientes, segun que mejor, »y mas cumplidamente recudieron, y debieron recudir á cada uno de los »otros mis Escribanos, notarios públicos de dichos mis Reynos, sin falta»rón cosa alguna: y es mi merced y mando, que todas las escrituras, con»tratos, poderes, ventas, compromisos, censos, testamentos, codicilos, »obligaciones y todas las demas escrituras y autos judiciales y extrajudi»ciales, que ante vos pasaren y se otorgaren, como tal Escribano, á que »fueredes presente, y en que fuese puesto el dia, mes, año, y lugar don»de se otorgaren, y los testigos que á ello fueren presentes, y vuestro »signo, tal como este ✠, que yo os doy, de que mando useis como tal mi »Escribano, valgan y hagan fé judicial y estrajudicialmente, como cartas, »escrituras sagradas, y firmadas de mano de mi Escribano: y por evitar »los perjuicios, fraudes, costas y daños, que de los contratos hechos con »juramento, y de las sumisiones que se hacen cautelosamente, se siguen, »mando, que no signeis contrato en que persona alguna se someta á la juris»diccion eclesiástica, ni en que se obligue á buena fé, sin mal engaño, »salvo en los casos y cosas, que por leyes de estos mis Reynos se permite, »pena de que, si los signareis, por el mismo caso no seais mas mi Escri»bano, ni useis mas el dicho oficio, y si mas le usareis seais habido por »falsario, sin otra sentencia ni declaracion alguna. Y mando tengais obliga»cion de prevenir en todos los instrumentos que otorgareis de la naturaleza »de compras, censos y tributos se tome la razon en el oficio de hipote»cas, que se mandó establecer en todas las cabezas de partido del reyno, »al cargo de los Escribanos de Ayuntamiento, por mi Real Pragmática

»de 31 de Enero de 1765 baxo las penas en ella impuestas, con la preven»cion de que vos el citado N. no podais exercer en esta mi Corte hasta es»tar matriculado en el archivo general de instrumentos públicos, estableci»do en ella, é incorporarse en el colegio. Y de esta mi carta se ha de to»mar la razon en la Contaduría general de Valores de mi Real Hacienda, á »que está incorporada la de media annata, expresando haberse pagado este »derecho, con declaracion de lo que importáre, sin cuya formalidad mando »sea de ningun valor, y no se admita ni tenga cumplimiento este título, »Dada en &c."

Desde que en el año de 1777 se hizo el exemplar de despacharse Real Cédula á favor de un interesado para Notario, y Escribano Real de los Reynos con la calidad, y restriccion de haber de residir en una de tres determinadas Villas, y de exercer el oficio solamente en ellas, de que se le despachó título con esta limitacion, pagando los 200 ducados del *fiat*, y los 10 de media annata, han sido muchos los que han logrado despues iguales gracias con la misma calidad y restriccion pagando los 200 ducados del *fiat*, y los 10 de media annata.

Para evitar los inconvenientes, que se experimentaron de la ocasion, que se daba con las renuncias para multiplicarse los Escribanos, por la gracia de Notaría de Reynos, que sin pagar *fiat* á título del oficio tienen anexa las Escribanías numerarias de muchas Ciudades y Villas de estos reynos de Castilla, y á las receptorías del número de la Corte, Chancillerías, Audiencias y adelantamientos, sobre que pueden verse los Autos 1. 2. 3. 4. 5. 6. 9. 11. y 17. *tit.* 25. *L.* 4. *Recop.* se mandó últimamente que en adelante no se librasen ni despachasen licencias á los referidos Escribanos del número, ni receptores del número de la Corte, Chancillerías, Audiencias, y adelantamientos, para que renunciando sus oficios pudiesen continuar en el uso del de Notario de reynos, hasta haber servido en ellos 16 años. *Auto* 15. *d. t.* Está declarado y mandado que no se despache notaría de reynos, ó título del oficio á ningun receptor, escribano de provincia, número, adelantamientos, ni otros, á cuyos oficios pertenezca, y toque darsela (no habiendo de entrar en propiedad el que la hubiese de exercer, ó estuviese exerciendo por nombramiento del propietario), sino justificando primero pertenecerle por venta, herencia, renuncia, ó en otra forma; en cuyo caso, y teniendo el hueco de los 16 años, se les dé en cabeza del propietario.

En virtud de estas disposiciones, obtenido en la Cámara el título de Escribano numerario, ó de receptor, lo ha de presentar original el pretendiente en el Consejo con los demas documentos prevenidos para los Escribanos reales. Si no hay reparo en ellos, sobre lo qual pasa el expediente al Señor Fiscal, se le admite á exámen, y hallándole hábil, se le manda dar la certificacion correspondiente para el uso, y exercicio del oficio, y que á título de él se le despache la notaría de reynos en la forma ordinaria. Despues hace el juramento, y por la Escribanía de gobierno á donde pasa el expediente se comunica aviso al Secretario del Consejo de Hacienda á fin de que se ponga en Tesorería general la cantidad de 3750 maravedis, importe de la Notaría de reynos á título del oficio por suponerse pagado la correspondiente á la numeraria despachada por la Cámara: puesta en el expediente la carta de pago, de que se ha de tomar la razon en la Contaduría general de Valores, se expide la certificacion y título.

Al fin de los 16 años puede renunciar el oficio, y disfrutar la gracia de la Notaría de reynos, acudiendo al Consejo para poder continuar en el uso

y exercicio de ella, presentando testimonio que acredite dicha circunstancia, pidiendo se mande librar Real provision en la forma ordinaria, para poder continuar en el uso y exercicio de la Notaría de Reynos, aunque renuncie el oficio de Escribano del número. No ofreciéndose reparo al Señor Fiscal á quien pasa tambien este expediente, se manda librar á favor del interesado la provision ordinaria que pide, y es de esta manera: Don Cárlos, &c. "Por quanto por parte de Vos N. Escribano del número de... ó re»ceptor del primero, ó segundo número de tal Audiencia ó Chancillería, »se representó al nuestro Consejo que á título de dicho oficio se os habia »despachado Notaría de reynos en tal dia, mes, y año, y en virtud de »ella, y de la aprobacion del nuestro Consejo, habiais servido fielmen»te dicho oficio desde tal dia, sin haber sido suspenso, multado, ni pro»cesado, segun lo haciais constar con el testimonio de la Notaría, que »á título del mismo oficio se os habia despachado (y certificacion del re»partidor de negocios de la citada Real Chancillería, ó Audiencia, si fue»re receptor de ella); en cuya atencion, y de haber mediado mas de 16 años »de hueco desde la fecha de su expedicion nos suplicasteis tuviesemos á bien »concederos nuestro Real permiso, y licencia para continuar exerciendo en »todo tiempo como Notario de los reynos, usando de la Notaría que se os »despachó, como anexa al citado oficio. Por tanto, visto por los del nues»tro Consejo, con lo expuesto por el nuestro Fiscal, por decreto de tan»tos se acordó expedir esta nuestra carta: por la qual os concedemos nues»tra Real licencia, y permiso para que por ahora, y de aquí adelante »por toda vuestra vida, podais continuar, y continueis en el uso, y exer»cicio de Escribano, y notario público de estos nuestros reynos y señoríos »libremente, sin que se os ponga, ni consienta poner impedimento algu»no, sinembargo de que renuncieis el referido oficio de Escribano, ó recep»tor, y de que no le useis, ni exerzais mas, en atencion á haber hecho cons»tar que lo habeis servido los 16 años continuos que se previenen en mi Real »título, que se os despachó en tal dia, mes y año. Y mandamos á todos »los Corregidores, Asistente, Gobernadores, Alcaldes mayores y ordinarios, »y otros qualesquiera jueces, ministros y personas, ante quienes esta nuestra »carta se presentare, así de... como de las demas ciudades, villas y lugares »de estos nuestros reynos y señoríos, os la dexen usar y exercer, sin po»neros en ello impedimento alguno, con ningun pretexto: que así es nuestra »voluntad. Dada en &c.

En quanto á si los notarios de asiento numerarios de los juzgados eclesiásticos han de ser notarios de los reynos, se han de tener presentes la Real Pragmática de 18 de Enero de 1770, y la circular de 28 de Enero de 1778 en que á consequencia de Real órden se declaró que la gracia que S. M. se dignó conceder por la referida Pragmática á los notarios mayores ó de asiento del *fiat* de la Notaría de los reynos, no fuese precisa sino voluntaria á favor de los que quisiesen solicitarla.

Nota 8. Véanse las notas sobre los números 13 y 14 y demas del párrafo segundo en quanto á los títulos de Escribanos.

CAPÍTULO XVIII.

De las protestas, y protestos de cambios.

§. I.

De las Protestas.

1 Quatro cosas se requieren para la validacion de los contratos: la I, que el contrayente tenga potestad para celebrarlos, porque si es de los que están privados natural, y civilmente de tratar, y contratar, de que queda hecha mencion en los precedentes capítulos, serán nulos por defecto de potestad: y si interviene dolo, ó engaño, no valdrán tampoco no obstante que sean jurados, porque habiéndolo falta el consentimiento del que los celebra, y jura, por lo que no le obligan (1). La II, que tenga voluntad, y esté en libertad para la deliberacion, porque si interviene fuerza, ó miedo grave, que cae en varon constante, no serán válidos aunque se juren (2). La III, que la cosa sobre que se celebra el contrato, sea licita, honesta y arreglada á la ley, y buenas costumbres, porque de lo contrario no valdrá, aunque para su observancia se impongan pena los contrayentes, y lo juren (3). Y la IV, que cada contrato esté ligado con los vínculos que por su naturaleza requiere, y para su mayor estabilidad previenen respectivamente las leyes que de cada uno tratan.

2 En la celebracion de algunos suele intervenir miedo, fuerza ó respeto reverencial, especialmente en mugeres casadas, presos y en los que están baxo del dominio de otro, por cuya causa contra su voluntad, y en su notable detrimento condescienden con lo que se les manda, y propone; para que ninguno se les irrogue, y antes bien procedan con la natural libertad que deben

(1) Ley ultim. Codic. de Non numerat. pecun. y 28. tit. 11. Partid 5.
(2) Leyes 4. tit. 11 lib. 1. del Fuero Real, y 28. tit. 11. Partid 5.
(3) Leyes 6. tit. 11. lib. 1. del Fuero Real. 28. al fin tit. 11. Partid. 5. 7. tit. 33. Partid. 7. y 3. tit. 1. lib. 2. Recop.

tener, se ha establecido por derecho el remedio de la *protesta*, la qual *es una testificacion: y declaracion espontanea que qualquiera hace para adquirir, ó conservar algun derecho, ó precaver el daño que le puede sobrevenir.* Llámase *protesta*, porque el hombre antes que execute lo que va á practicar, manifiesta que su ánimo es no hacerlo.

3 Quatro especies hay de protestas, que son: I, *Declaratoria*: II, *prohibitoria*, ó *inhibitoria*: III, *incitatoria*, ó *monitoria*: y IV., *certificatoria*. La I es declaratoria de la voluntad, y ánimo del que protesta. La II prohibe que se haga alguna cosa. La III incita, ó mueve para que se execute. Y la IV es aquella por la qual se cerciora el hombre de que la tal cosa está, ó no hecha.

4 Puede hacer la protesta el mismo interesado, ó su Procurador con su especial poder, y no de otra suerte, á menos que sea loco, incapaz ó menor (1), verbalmente, ó por escrito ante testigos: por lo que la Escritura no es de su esencia, sino en los cinco casos por derecho expresos que trae *Felino super Decretal. lib.* 1. *tit.* 2. *de Constit. partit.* 3. *cap. Cum. M. conclus.* 1. *num.* 60, *y* 61. pero siempre conviene que conste por Escritura, como se practíca, y de esta suerte no se expone el protestante al riesgo de no poderse probar, y tal vez ser perjudicado por este defecto.

5 Tambien puede hacerse en juicio, interviniendo Juez, Actor y Reo, y extrajudicialmente sin su concurrencia; y debe ser hecha antes del contrato, ó acto á que es compelido el protestante; y si está imposibilitado, al instante que tenga libertad; pero si despues de la protesta practíca algo contrario á ella, de nada le servirá, ya sea especial, general, tácita, expresa, judicial, extrajudicial ó de qualquiera modo hecha.

6 Tantas protestas pueden hacerse, quantos son los contratos, actos y fines á que se dirigen. En nuestro Derecho Real no hallé ley, ni título que de ellas hable, ni Autor que se haya dedicado de intento á tratar de sus efectos, sino *Iranzo*, el qual explica difusamente los que causan, y trae en latin la norma de su extension: el Escribano que fuere Latino, podrá verlo, é ins-

(1) Ley Tutor. 17. y Patri pro filio 27. ff. de Minorib. Irauzo Praxis protest. cap. 1.

truirse radicalmente de todo, bien que con lo explicado, y con la Escritura que extenderé, me parece se tinturará suficientemente para las que le ocurran.

§. II.

De los Protestos de Cambios.

7 Libran muchas veces los Comerciantes, Cambiantes, Mercaderes y personas particulares de dentro y fuera de estos Reynos algunas cantidades de dinero á cargo de otras, á fin de que las paguen á aquellos sugetos á cuyo favor dan las libranzas. De estas hay dos clases: la I, de las que regularmente no traen término para satisfacerse, ni por consiguiente cortesía; por lo que siempre que se presenten, debe pagarlas el sugeto contra quien vienen dirigidas, así la dilacion que tenga en presentarlas, y cobrarlas su tenedor, no le irroga perjuicio, porque como no traen término no puede pasar, ni prescribir este, y solo será perjudicado en el único caso de que quiebre el librador, ó dador, por cuya razon se distinguen en el comercio con el nombre de *Libranzas*. La II clase es de las que traen término expreso, ó tácito, las quales se denominan *Letras*, cuya palabra se deriva de la Italiana *Letera*, que en nuestro Castellano equivale á *libranzas*, y son conocidas comunmente con el nombre de *Letras de Cambio*. De estas letras unas son *domiciliadas*, y otras no: las *domiciliadas* son las que se dan á cargo, ó contra un sugeto de cierto lugar, v. gr. Madrid para que las pague en otro, v. gr. Sevilla: y las no domiciliadas son para que satisfaga su importe en el própio lugar de su residencia. Si lo satisface, no hay que protestar; pero si no, la persona á cuyo favor está librada; usa del remedio de la protesta, á fin de que no le pare perjuicio, pues si no lo practica en el término que la letra cumple, y en caso de no traerlo asignado, ó aun quando lo traiga, en el en que en el lugar en que se ha de pagar hay costumbre de esperar, (que llaman *Cortesía*) es de su cuenta el riesgo que haya en su pagamento, y no de la del dador, ó librador (*a*).

8 Los protestos de cambios, ó de letras de cambio son unos

(*a*) Nota 1.

testimonos con que se precaven los portadores, ó tenedores de ellas para verificar, y acreditar á los dadores la diligencia que practicaron de seguridad en su aceptacion, y de precaucion en la falta de su cobro, haciendo presente en ellos que todos los daños, intereses ó menoscabos, cambios, recambios, &c serán á cargo del causante: y de ellos hay dos géneros: I, *protestos por falta de aceptacion*: y II, *por la de pagamento.*

9 El *protesto por falta de aceptacion se* practica quando la letra viene pagadera, ó debe pagarse al plazo cierto, y determinado que trae; y luego que la recibe el sugeto á cuyo favor viene girada, la presenta al que la ha de satisfacer, para saber si á su vencimiento, ó en el dia que cumple el plazo, será dinero, y la pagará, ó no. Si hace ánimo de entregar su importe, la acepta, poniendo en ella: = *Aceptada*, ó *corriente*, con la fecha, y su firma, y la devuelve al portador para que acuda á su percibo en el término que trae asignado, ó á su vencimiento si es prefixo, ó en el de la cortesía si la goza: y si no quiere pagarla, ó duda si la pagará, no la acepta por no quedar obligado á su solucion: en cuyo caso el tenedor saca el protesto de no aceptacion, expresando el Escribano en él los motivos que diere el no aceptante para no aceptarla, sean los que fueren, sin que este necesite firmar la respuesta que dé, pues basta el testimonio del Escribano. Tambien se saca este protesto quando el sugeto contra quien viene la letra, no se dexa ver, ó no está en el pueblo para aceptarla, á fin de no perjudicarse su tenedor.

10 Suele no aceptarse algunas veces por no tener aviso, ó en su poder caudal, ó fondos del dador, ó por otra causa; en cuyo caso el tenedor saca el protesto de no aceptacion, mas no por eso envia la letra al dador, (bien que debe avisarselo, y remitirle el protesto para que no dude haberse protestado, ni le arguya de morosidad, ó inteligencia con el no aceptante) y antes bien espera el dia de su vencimiento, y vuelve entónces con ella á ver si quiere aceptarla, pues puede haberle remitido caudal el dador para pagarla; ó cesado la causa porque no la aceptó. Si la paga, de nada sirve el protesto; pero debe cargar al causante los derechos que cueste, y pagarlos por el portador, porque dió motivo á que se causasen; y si no la paga, la devuelve este al librador para los efectos que le convengan. Otras veces si tam-

poco la acepta, ha de mirar si trae *indicacion*, que es decir el librador, que no pagandola el primer sugeto contra quien viene girada, se acuda á otro, ú otros que en ella nombra con esta expresion: y *en caso necesario á Pedro, ó Juan de tal*, ú otra equivalente; en cuyo caso el Escribano debe acudir de oficio inmediatamente, (ya sea por falta de aceptacion, ó de pagamento) al indicado, ó á los que traiga por su órden, por si alguno quiere honrarla con su firma por honor del dador, ó de alguno de los endosantes si los trae, y con lo que resulte, la devuelve al tenedor con el protesto, y carta de pago de su importe, si lo hace, y lasto, á fin de que lo cobre todo del pagador, y este de aquel por cuyo honor la satisface; pero si no trae indicacion, aunque traiga endosos, no está obligado á ir á los Comerciantes á ver si quieren pagarla, á no ser que lo sepa por sí, ó porque se lo prevenga el tenedor de ella.

11 Se dice venir la letra pagadera á cierto plazo, quando lo trae expreso, v. gr. *á ocho, quince, treinta, sesenta ó noventa dias vista*, &c. ó tácito, v. gr. *á uso*, que son dos meses, *medio uso*, que es uno, *uso y medio*, &c. que ya se sabe en el comercio que plazos son estos usos, segun la Plaza de donde viene girada la letra: cuyos usos tienen cortesía, como tambien las letras que dicen: *á la órden de D. F., á tantos dias, ó meses vista, fecha, ó data*, &c. y la de las de dentro de estos Reynos son 8 dias, la de las de Bilbao 19, y la de las de Londres, Francia, Amsterdam, y otras partes 24; en cuyos casos se ha de esperar para su cobro despues de aceptada, al dia del vencimiento de la cortesía. Pero si la letra dice: *á tantos dias prefixos: ó á tantos dias sin mas término: ó á la vista*, no hay cortesía, y así debe pagarse en el de su vencimiento, ó quando se presenta, si es á la vista.

12 Por la falta de fé en el comercio se introduxo la precaucion de aceptacion, pues suele no pagarse la letra, y no tener contra quien repetir el interesado en ella, por haber hecho quiebra el librador en el intermedio, y quedar insolvente, por lo que á prevencion de este caso se toma la aceptacion, en virtud de la qual queda obligado el aceptante á su solucion, aunque el dador quiebre: y el tenedor puede presentarla para su aceptacion al instante que la recibe, sin embargo de que falten muchos dias de los que trae señalados para su pagamento.

13 El efecto de este protesto es precaverse, y asegurarse el

tenedor de la letra de que su importe le será satisfecho, si el sugeto contra quien está dada, no se la paga, acudiendo con el protesto al librador para que le dé seguridad de que se le entregará, y quando no, que él, y los endosantes lo pagarán, con cuya seguridad espera que cumpla el plazo, y en el mismo dia de su vencimiento, y si es de fiesta, en el anterior (bien que en el de fiesta se pueden pagar) acude como debe, con la letra por su dinero, para no ser perjudicado, y si no se lo da, saca tambien el protesto de no pagamento, á fin de que se lo satisfagan el dador, y endosantes con las costas, é intereses, pues contra todos, y cada uno puede repetir como obligado por el endoso.

14 El protesto por falta de pagamento se hace quando la letra de cambio aceptada no se satisface en el dia de su vencimiento, que se llama así no el que trae asignado, sino el último de la cortesía, si la goza; por exemplo, viene la letra *á ocho dias vista*, y la cortesía que se usa en la Plaza, ó lugar que se ha de pagar, son otros ocho: se entiende cumplir el plazo á los diez y seis de su vista, ó presentacion, que empiezan desde el de la aceptacion exclusive; y así el tenedor debe acudir á cobrarla en el dia de su vencimiento, pues si no lo practica, se perjudica, y no le queda otro recurso que contra el aceptante, excepto que la haya recibido perjudicada, ó vencida, en cuyo caso recae el daño contra el que haya sido moroso. Y se advierte, que aunque el que debe pagarla no esté en el pueblo, no por eso ha de dexar de protestarse, porque una vez aceptada, debe estar en su casa, ó dexar el dinero para recogerla, y no lo haciendo, pondrá el Escribano la respuesta que en ella le den, y si está cerrada, lo que le digan los vecinos, ó lo que ocurra, sin que para protestarla necesite ir mas veces que una sino quiere, porque en el dia de su vencimiento no debe faltar de su casa el aceptante, ó persona que responda á que hora estará en ella.

15 Una cosa se practica en el comercio que no es instrumento que deba autorizar el Escribano, pero es bueno que la sepa, la qual se llama *Apunte*, y se reduce á esto: suele cumplir el plazo de una letra aceptada segun su aceptacion, y el tenedor de ella acude el dia de su vencimiento al que la acepto, á fin de que le entregue su importe: el aceptante le pide por merced que le aguarde hasta el próximo correo, que entonces se la pagará: y

siendo hombre de bien, y no dia de correo el del vencimiento, condesciende el tenedor con su solicitud con calidad de *Apunte*, que quiere decir que vaya el Escribano en el mismo dia del plazo, sepa del aceptante, ó deudor, que no se la paga en él, y que el portador, ó tenedor le espera por aquellos dias mas hasta el de correo, pero que esto es mera confianza; por lo que si no se la satisface dentro de ellos, ha de dar el protesto con la fecha del en que cumplió la letra, y para que no se le olvide, lo apunta al pie de ella el Escribano, poniendo de su própia letra: *Protestada hoy tantos de tal mes, y año*; y con efecto si se verifica no pagarla, da el protesto con la fecha del dia apuntado, á fin de que jamas se entienda que por aquella breve espera confidencial, y de honor toma á su cargo la letra, y se hace inovacion en las obligaciones que trae, pues si dexa pasar el correo inmediato al dia de su vencimiento sin protestarla, será de su cuenta el riesgo que haya en su cobranza, sin que le quede mas regreso, ni repeticion que contra el aceptante. Pero si el dia de su vencimiento es de correo, debe protestarla el tenedor, y no apuntarla, y para que no se presuma colusion entre él, y el aceptante, remitirla con el protesto á la persona que se la envió, ó á la por quien la pagó, en caso de haberla satisfecho por el honor de su firma, con los demas recados justificativos del pago.

16 Los protestos deben quedar protocolados en los registros del Escribano que los da, para que si se pierde la primera copia, pueda dar otras al interesado. En ellos se han de insertar la letra, y endosos que contenga, sin faltar cosa alguna, segun, y en el idioma en que esté: dar fé el Escribano de que su copia concuerda con ellos, y recogerlos el dueño con la letra, y firmar en el Protocolo su recibo; pero no son necesarios testigos, porque el protesto no es otra cosa que un testimonio de acto extrajudicial que no necesita para su validacion mas forma, ni solemnidad, que la fé del Escribano con su signo, y firma de lo que ante él pasa: (lo qual no sucede con las protestas, pues estas requieren la misma solemnidad de testigos que otro qualquier contrato) bien que si el Escribano quiere que lo presencien, no dañarán, especialmente si el protestante no sabe firmar, para que uno de ellos firme por él el recibo de la letra; previniendo que no solo el dueño de ella, ó su criado puede requerir al sugeto

contra quien viene, que la acepte, y le pague su importe, y en su defecto ir con el Escribano, y protestarla ante él, sino enviar á este para que de su órden, y sin su concurrencia lo haga todo, y de ello dé testimonio, sin que el protestante en ningun caso tenga precision de firmar el protesto, ya sea de no aceptacion, ó de falta de pagamento; en cuyo caso extenderá el requerimiento, como que él lo hace por encargo del tenedor de la letra, y no este; y así se practica.

17 Usaban antiguamente los regnícolas, y extrangeros librar dinero, y tomarlo unos de otros á cambio, y recambio, para pagarlo en las ferias de Medina del Campo, Rioseco, Villalon y otras de dentro y fuera de estos dominios, y si no estaban en ellas los sugetos contra quienes se libraba, se pregonaban, protestando los cambios, recambios, intereses, daños y menoscabos que se originasen á los interesados en las letras, y todo se ponia por testimonio; pero hoy no se estila, por lo que extenderé solamente el protesto de la letra que se usa para instruccion del Escribano. En quanto á quando las letras de cambio serán, ó no executivas, véase el lib. 3. cap. 2. num. 19. de mi segunda parte adicionada, y la pragmática allí inserta (*a*).

§. FINAL.

Escrituras correspondientes á este Capítulo.

Protesta.

18 En *tal* Villa á *tantos* de *tal* mes y año, ante mí el Escribano, y testigos, Francisca Lopez, vecina de ella, y muger de Antonio Rodriguez, dixo que: (*aquí se ponga lo que ha de practicar: quien le obligó á hacerlo: con que amenazas, ó motivos: y lo que teme que la sucederá si no condescende, y prosigue la Escritura*) y por redimir las vexaciones, y evitar los gravísimos perjuicios que de executarlo se la irrogarán, para que siempre conste, y sea visto que su ánimo nunca ha sido, es, ni será practicarlo, y aunque lo haga, no la dañe: en la via, y forma que mas haya lugar en derecho, cerciorada del que la compete: ==

(*a*) Nota 2.

Otorga que protesta una, dos, tres veces y las demas por derecho necesarias, que todo lo que hiciere, otorgare y consintiere, es, y será contra su deliberada voluntad, y solo por obviar las funestas resultas, y conseqüencias que de su no condescendencia la pueden sobrevenir, y que por lo mismo no debe pararla el mas leve detrimento, á cuyo fin dexa vivas, ilesas y en su fuerza, y vigor todas las acciones que la competen, para usar de ellas ante quien, como, y quando la convenga, del mismo modo que si no hubiera hecho, ni otorgado la tal cosa, ó Escritura, pues los motivos expuestos la tienen privada, y cortada enteramente su natural libertad, y arreglada deliberacion. *Si lo que ha de hacer es Escritura, añadirá:* Y aunque en la tal Escritura declare, y jure que no la reclamará, ni tiene hecho, ni hará protesta contra ella, no pedirá absolucion, ni relaxacion del juramento á Prelado eclesiástico: que si se lo relaxare de *motu próprio*, no usará de ella, baxo la pena de perjura: haga un juramento mas que relaxaciones puedan concedérsela: y vaya ligada la Escritura con las mas solemnes cláusulas, obligaciones y penas que pueden imaginarse: sin embargo de todo ha de quedar subsistente esta protesta, y ser írrita, nula y de ningun valor, ni efecto la citada Escritura, y su contexto; y de que asi lo protesta lo pide por testimonio para su resguardo y firma, á quien doy fé conozco, siendo testigos &c.

Protesto de no aceptacion de Letra.

19 En *tal* Villa á *tantos* de *tal* mes y año, por ante mí el Escribano Francisco Lopez vecino de ella, á quien doy fé conozco, manifestó á Fernando de *tal* de la misma vecindad una Letra de *tanta* cantidad librada contra F. y endosada contra él por F. vecino de *tal* parte, cuyo tenor, y el de los endosos á su continuacion puestos, es el siguiente: (*Aquí se insertan la Letra, y endosos en el idioma que están, y si no los trae, no se habla de ellos, y luego prosigue el protesto*) Concuerdan la Letra, y endosos insertos con los originales que devolví rubricada de mi puño á dicho Francisco Lopez, de que doy fé, y á que me remito; y en su conseqüencia el expresado Francisco requirió á mi presencia al nominado Fernando, acepte dicha Letra, y enterado, respondió que no quiere aceptarla á causa de no tener aviso, ni en su

poder dinero del dador, y endosante: en cuya vista el citado Francisco dixo, y otorga que protesta una, dos, tres veces y las demas en derecho necesarias, que todos los cambios, recambios, encomiendas, costas, gastos, daños, intereses y menoscabos que por defecto de su aceptacion se le siguieren, serán de cuenta, y riesgo del dador, sus endosantes, y demas que hubiere lugar, y lo pide por testimonio, de que doy fé.

Protesto de no Pagamento.

20 En *tal* parte á *tantos* de *tal* mes y año por ante mí el Escribano Francisco Lopez vecino de ella requirió á Antonio de *tal* de la própia vecindad que le pague tanta cantidad importe de la Letra que N. Comerciante de tal Villa libró contra él, y tiene aceptada, cuyo tenor, y endosos dicen asi, (*Aquí la Letra y endosos, si los tubiere como arriba.*)

Concuerdan la Letra, endosos y aceptacion insertos con sus originales, que devolví á dicho Francisco Lopez, de que doy fé, y á que me remito; y en su conseqüencia le volvió á requerir que mediante tener aceptada dicha letra, y cumplirse hoy el término que trae prefinido, (*ó el de la cortesía que se usa en esta Villa*) le satisfaga su importe, y de no hacerlo, la protestará en la forma ordinaria; y enterado, expresó no poder pagarla por no tener fondos, ni caudales del dador, ni endosantes; (*ó por el motivo que diere*) y visto por el referido Francisco Lopez dixo, y otorga que protesta una, dos, tres veces y las demas en derecho nesesarias, que todos los cambios, recambios, encomiendas, costas, gastos, daños, intereses y menoscabos que por defecto de su pagamento se le ocasionen, serán de cuenta, y riesgo del aceptante, dador y endosantes, y de cada uno por el todo contra los quales protesta repetir ante quien, como, en donde y quando le convenga, á cuyo fin dexa vivas, ilesas y en su fuerza, y vigor las acciones que le competen. Asi lo otorga, y firma, á quien doy fé conozco, y lo pide por testimonio para su resguardo, de que doy fé.

Nota. Si la letra no trae endosos, no se ha de hablar de ellos, ni de endosantes. Si trae término señalado, se ha de omitir la cláusula:: *el de la cortesía que se usa en dicha Villa*: porque entonces no la hay. Y si alguno paga la letra por honor de la firma

de uno de los endosantes, ha de otorgar á su favor el portador de la Letra la carta de pago, y lasto siguiente, entregandole el protesto con la Letra, y lasto para que use de su derecho contra aquel por quien la paga.

Carta de pago de letra protestada.

21 En *tal* parte á *tantos* de *tal* mes y año ante mí el Escribano, y testigos Francisco Lopez vecino de ella, dixo; (*aquí se hará relacion sucinta de la Letra y protesto, y luego proseguirá*) y que por honor de Don N. *tal*, y compañía vecinos de *tal* parte, y primeros endosadores de dicha Letra Don N. del Comercio de esta Villa ofreció pagarle su importe, y los gastos que se le han ocasionado, con *tal* que le entregue dicha Letra, y protesto, y formalice á su favor el competente resguardo á lo que está pronto, y poniendolo en execucion: = Otorga que recibe en este acto del nominado Don N. *tantos mil* reales, los *tantos* por el importe de dicha Letra, y los *tantos* por el de los gastos que se le originaron á causa de no haberla satisfecho dicho Antonio de *tal*, los que pasó á su poder real, y efectivamente á mi presencia en tales monedas, de que doy fé, y como entregado de ellos formaliza á su favor la mas firme carta de pago que á su seguridad conduzca; y le confiere poder irrevocable con libre, franca y general administracion para que pida, reciba y cobre judicial, y extrajudicialmente de dichos Señores Don N. y compañía, primeros endosadores de la precitada Letra, y demas obligados á su pagamento, y de cada uno de ellos por el todo los prenotados *tantos* mil reales, con mas todos los cambios, recambios, encomiendas, costas, gastos, daños, intereses y menoscabos causados, y que se causaren hasta su total efectivo reintegro, ó lo recambie todo con dichos Señores, qualquiera de ellos, y con otras personas por su cuenta, y riesgo para todas las ferias, partes y plazas del mundo; para lo qual, lo anexo, y dependiente, y que pueda usar de las acciones, y recursos que con arreglo á estilo de Comercio le competan en este caso, le pone, y subroga, y á quien su derecho represente, en su mismo lugar, grado y prelacion, le constituye Procurador actor en su própio negocio, le cede todas las acciones reales, personales, útiles, mixtas, directas, executivas y demas que le corresponden sin reservacion, y otor-

ga á su favor la mas firme cesion, y lasto que por derecho es necesario para su resguardo, y le entrega la citada Letra original con dicho protesto, para que con este lasto use de ellos contra quien haya lugar; previniendo que el otorgante no queda obligado á saneamiento, ni eviccion, y que el recibo que tiene firmado á continuacion de dicha Letra, es una misma cosa con esta carta de pago, y vale por un solo pagamento: y al cumplimiento de lo referido obliga sus bienes muebles, raices, &c. *Proseguirá como qualquiera otro instrumento público con testigos.*

Nota. Las copias de las Escrituras de protesta se han de sacar en papel del Sello tercero, y las de los protestos de cambios, mediante no ser realmente otra cosa que testimonios de la respuesta que dan los sugetos contra quienes vienen libradas las Letras, podrán darse en el del Sello quarto, y el lasto que se da al que las paga por el honor del librador, ó de alguno de los endosantes, en el del mismo Sello que dexo explicado en el cap. 14. Y prevengo que el papel sellado que he aplicado á las copias de todas las Escrituras contenidas en los 18 capítulos de esta Obra, se entiende el primer pliego, pues en el intermedio ha de ser papel comun, á menos que sean muy dilatadas, y voluminosas, que en este caso como no cabe en un quadernillo, se han de finalizar en otro pliego del mismo Sello que el primero, signarlas en él el Escribano y ponerlo ya sea al principio, ó medio del último quadernillo, segun el parage en donde se ha de echar el signo, y firma; pero si caben en un quaderno, aunque algo abultado, puede signar en papel blanco, y basta el primer pliego sellado que los abrace á todos. En los Protocolos no ha de haber papel comun; sino todo sellado del Sello quarto mayor, y pliegos enteros; y baxo de un Sello no puede, ni debe estenderse mas que un instrumento, aunque quepa en una plana; y al pie, ó margen del protocolo debe dar fé el Escribano, expresando en que papel dió la copia, ó copias, y tambien en la subscripcion de estas, bien que en esta es superfluo; y no cumpliéndolo todo asi, incurre en la pena de cien mil maravedis y privacion de oficio por la primera vez; y por la segunda, en las de los falsarios; mas en los testimonios *por concuerda*, ó traslados que saque de las copias originales, basta el primer pliego del Sello quarto, como se practica, aunque lo mas seguro es que se dén en el que corresponde á la calidad, y cantidad del contrato por la razon expuesta en la

última nota del cap. 14. y si fueren voluminosos, se observará lo prevenido arriba; cuya solemnidad se requiere por forma substancial, sin la qual no hacen fé judicial, ni extrajudicialmente los instrumentos, ni por su virtud adquieren derecho alguno los interesados en ellos, antes bien pierden el que podian tener, é incurre en otras penas pecuniarias el Escribano, segun la ley 45. tit. 25. lib. 4. Rec. Prevengo igualmente que las Cedulas privadas, y vales, ó conocimientos hechos en papel del Sello correspondiente segun la calidad, y cantidad prefinida, son privilegiados á los créditos personales chirografarios escritos en el comun, y deben graduarse despues de las Escrituras públicas, dandoles lugar entre sí mismos con arreglo á su antelacion, como lo manda la ley 48 del mismo título, y libro, de lo que trataré mejor en el cap. 3. lib. 3. de mi segunda parte, como en su própio lugar, adonde remito al Lector.

NOTAS AL CAPÍTULO XVIII.

NOTA 1. El Autor no da idea alguna de la Letra de cambio, ni del contrato ó contratos que incluye: la daremos muy breve para la mejor inteligencia de este parrafo.

Son muchos los contratos que se celebran en una Letra de Cambio; el I es el que se hace entre el librador de ella, y el que da su valor ó importe; éste verdaderamente es el contrato principal, y el que da nombre al papel en que se consigna, que se llama *Letra de Cambio*, por ser verdaderamente un cambio el que se negocia, á saber el de un dinero que el librador tiene en Cadiz, por otra cantidad de dinero, que el dador del valor, ó propietario en ella le entrega en Madrid: los demás contratos y personas que intervienen en ellos se dirigen á llevarlo á debido efecto, ó á cumplir, así el librador como el dador del importe, las obligaciones que contrageron. El II es el que interviene entre el librador, y aquel contra quien gira ó libra la Letra; este es *mandato* ú órden: el III el que media entre el dador del valor, ó dueño de la Letra, y aquel á quien la endosa: esta ó es una cesion de sus derechos adquiridos por el contrato principal hecho por una cantidad equivalente que el endosante recibe; ó es una órden ó mandato que el dueño de la Letra da al endosatario para que la cobre á su vencimiento de la persona contra quien está girada. El IV es el que se celebra entre el dueño de la Letra ó portador de ella, y el aceptante contra quien se libró. Este es un pacto ú estipulacion, en que el sugeto [illegible] la aceptó, en el hecho mismo de aceptar se obliga á pagarla. Algunas veces el dador del valor no es el dueño de la Letra. Esto sucede quando dió el valor por comision, ó por cuenta de otro: v. g. Si Pedro vecino de Sevilla, escribe ó da órden á Pablo su comisionado en Cadiz, que le proporcione una Letra sobre Barcelona, Pablo en este caso para no quedar responsable ni correr riesgo alguno en la Letra, hace que Francisco Cambista la conciba contra Juan de Barcelona en estos términos: *Sírvase V. mandar pagar á la órden de Pedro tanta cantidad, valor recibido de Pablo*, el dueño de la Letra es Pedro. Advertencia que debe tener muy presente todo comisionista quando recibe ordenes de su Comitente, para que le remita Letras de Cambio, cuidando de no concebirlas en su nombre, ó pagaderas á él, ó á su órden: si lo hiciese tendria que endosarla, ó pasar su órden á favor del Comitente; y si este disponia de la Letra endosándola á favor de otro, quedaria responsable el comisionista haciendo quiebra el aceptante, el librador y el Comitente: Pero siendo el mismo Comitente el que reconvenga al comisionista por el abono de la Letra protestada, en cuyo giro ú adquisicion intervino como comisionado puro sin interes alguno suyo, seria injusta semejante demanda. Esto se entiende á menos que la Letra se girase por el mismo comisionista, ó si ordenándole el comitente que le remitiese una Letra, tenia á la sazon el comisionista alguna Letra girada por algun negociante, y la endosó al Comitente, aplicándola para cumplimiento de la órden. En esta hipotesi seria responsable de ella, no solo respecto del portador, sino del mismo Comitente.

Aunque de ordinario intervienen dichas quatro personas en la negociacion de la Letra de Cambio, á saber I el librador, II el dador del importe, ó dueño de la Letra, III el endosatario ó portador, y IV el aceptante; puede muy bien no haber mas de tres, v. g. si el aceptante contra quien se gira es al

mismo tiempo comisionado del librador y dueño de la Letra, ó dador del valor. Entónces se concibe la Letra diciendo: *Paguese V. á sí mismo tanta cantidad, valor recibido de N.* Tambien quando el librador gira una Letra contra su deudor por la suma que le debe, usando de las palabras *valor en mí mismo*, por quanto no le recibe del sugeto á cuyo nombre da la Letra, sino que sirve para pagarle igual deuda, ó para hacerle fondos. Aquí solo intervienen el librador, el aceptante, y el que lo ha de cobrar. Esta no es verdaderamente Letra de Cambio, sino una de orden de pagar. Puede haber negociaciones de letras en que no haya mas de dos personas, ó haya mas de quatro, si son muchos los endosos. De este y otros puntos se tratará en otro lugar.

Nota 2. En la Pragmática de 2 de Junio de 1782 que él cita se ordenó: »En Real cédula expedida para la ereccion del Banco de San Cárlos se com»prehenden várias declaraciones, que habia parecido hacer para evitar tergi»versaciones y providencias arbitrarias, é inconstantes acerca de la acepta»cion, y pago de Letras con cierto privilegio y gracia á favor del mismo Ban»co; pero queriendo S. M. que á excepcion de estas, en todo lo demás sea »uniforme é igual la condicion del Banco con la de los demás vasallos, por »ser esencial á la buena fé del comercio, que el pago de las Letras de Cambio »se haga pronta y expeditamente, debiendo cada uno considerar ántes las que »libra, endosa ó acepta; se declara por via de regla y punto general, que toda »Letra aceptada sea executiva como instrumento público, y en defecto de »pago del aceptante, la pague executivamente el que la endosó á favor del »tenedor de la Letra; y en falta de este el que la hubiese endosado ántes, »hasta el que la haya girado por su órden, sin que sobre este punto se admi»tan dudas, opiniones ni controversias; y que el tenedor de la Letra tampoco »tenga necesidad de hacer excursion quando los primeros aceptantes hubieren »hecho concurso ó cesion de bienes, ó se hallare implicada y dificil la paga »por ocurrencia de acreedores ú otro motivo, pues basta certificacion del im»pedimento, para recurrir pronta y executivamente contra los demas obliga»dos al pago.

Por Real cédula de 6 de Noviembre de 1802. se inovaron en parte muy esencial estas disposiciones diciendose: » Sabed: que para evitar las dificultades é inconvenientes que habian representado el Banco de San Cárlos y el Tribunal de Alzadas de Valencia, con motivo de cierto concurso que seguia aquel establecimiento, y deseando dar la mayor facilidad y expedicion al comercio en la cobranza del importe de las Letras de Cambio en todas sus resultas, con arreglo á lo que me propuso la Junta general de Comercio, Moneda y Minas, he venido en declarar, que las letras de cambio han de tener la fuerza executiva que previno la Pragmática-sancion de 2 de Junio de 1782, entendiéndose que para repetir contra los endosantes, y librador bastará el protesto debidamente formalizado y presentado por falta de pago del aceptante, y que esta repeticion podrá hacerla el portador ó tenedor de la Letra mercantil, ó judicialmente contra qualquiera de los anteriormente obligados en ella, qual mas le convenga, segun lo previene la ordenanza de Bilbao; y con arreglo á ello, y á lo que prescriben los articulos 20, 21 y 22, capítulo 13 de la misma, quiero que se entienda y observe lo dispuesto en la Pragmática, decidiéndose asimismo al tenor de esta declaracion los pleytos y causas que hubiere sobre los puntos que comprehende. De esta mi Real resolucion se han remitido exemplares al mi Consejo por Don Miguel Cayetano Soler, mi Secretario de Estado y del Despacho universal de Hacienda, con Real órden de 20 de Sep-

tiembre próximo ; y publicada en él , y teniendo presente lo expuesto por mis tres Fiscales , acordó su cumplimiento , y para que le tenga expedir esta mi cédula : por la qual os mando á todos , y á cada uno de vos en vuestros lugares , distritos y jurisdicciones , veais la expresada mi Real resolucion , y la guardeis , cumplais y executeis , y hagais guardar , cumplir y executar , como adiccion á la Pragmática de 2 de Junio de 1782 , procediendo con arreglo á su tenor en los casos que ocurran , sin permitir ni dar lugar á que se contravenga en manera alguna.

El órden gradual establecido en dicha Pragmática para la repeticion contra el librador , y los endosantes era en hecho de verdad una disposicion muy singular y restrictiva de los derechos y acciones del portador de la Letra , expeditas á su voluntad contra qualquiera de ellos. Los artículos 20 , 21 y 22 del capítulo 13 de las Ordenanzas de Bilbao á que se refiere esta cédula dicen: » Y porque sucede muchas veces que los libradores ó endosantes de algunas »Letras advierten al pie de ellas ó el papel adjunto, se acuda á falta de paga»mento á otra persona que señalan , en cuyo cumplimiento pudiera haber omi»sion de parte de los tenedores : Para evitarla se ordena y manda se acuda por »estos en debido tiempo á las personas sobre quienes fueren libradas , y no pa»gándolas á las que así fueren señaladas , practicando esta diligencia , y avi»sando de la resulta (con el protexto si le hubiere) al librador ó endosante, »qual mas le convenga , precisamente por el primer correo que saliere de esta »Villa para el lugar ó plaza donde habitaren ; pena que de lo contrario serán »del cargo de dichos tenedores los riesgos de la cobranza.»

» El librador ó endosantes á quien se recurriere por el tenedor con Letras »y protextos , deberán pagar su importe con los cambios , recambios ó intere»ses , comision y gastos , breve y sumariamente , y en efecto se les haya de »apremiar por la via mas executiva , sin admitirles excepcion que quieran »oponer , de no tener provision , de que se hallan con reconvencion , compen»sacion ni otra alguna ; ni pretexto que quieran dar , por legítimo que sea, »pues todo se les ha de reservar , si lo alegaren, para otro juicio , por lo que »conviene á la buena fé del comercio , la eficacia y puntualidad con que deben »hacerse las pagas de las Letras de Cambio.»

» Llegado el caso de pagarse por qualquiera de dichos endosantes el im»porte de la Letra ó Letras devueltas y protestadas, se previene y ordena que »haya de tener el tal pagador el derecho de recurso á otro , ú otros endosan»tes (si hubiere) que sean anteriores á él , hasta el mismo librador , y á qual»quiera de ellos in solidum ; y que aquel contra quien pidiere le haya de pa»gar , y ser apremiado á ello , y lo mismo los demás , hasta que el último »endosante quede con solo el derecho al librador ó aceptante , si hubo : Y »en unos y otros juicios se ha de proceder como vá prevenido sumaria y exe»cutivamente , y en la misma forma que la expresada , á favor de los que hu»biesen sido tenedores de dichas Letras.»

APÉNDICE AL CAPÍTULO XVIII.

SOBRE LETRAS DE CAMBIO.

REGLAS GENERALES.

1 Toda Letra de Cambio ha de contener la firma del librador : el nombre del sugeto que dasu importe : el de la persona contra quien se libra : la fecha del dia en que se gira : el nombre de la Plaza en que se saca , y el de la Plaza ó parage en que ha de pagarse ; la cantidad que ha de pagarse ; y tambien el precio del cambio quando la Letra es pagadera en Plaza extrangera en donde la moneda nombrada en la Letra no tiene curso : y el término ó plazo á que ha de pagarse.

2 Los términos ó expresiones de las Letras de Cambio son arbitrarias , y se acomodan á las circunstancias , siendo indiferente que se conciban precativa ó imprecativamente diciendo : *sírvase Vm. mandar pagar , ó mande Vm. pagar*. Sin embargo de las Letras de Cambio de fuera del Reyno , jamas he visto otra expresion que la de pague Vm. ó paguen Vms.

3 Las Letras de Cambio resultan de los principios siguientes:

I. Quando yo libro sobre , contra , ó á cargo de otro.

II. Quando otro libra sobre mí , ó á cargo mio.

III. Quando hago remesa de dinero á otro.

IV. Quando otro me hace remesa de dinero.

4 Cada uno de estos libramientos pueden hacerse por mi cuenta , ó por cuenta de otro ; y asi , puedo librar contra uno , ó hacerle remesa por mi cuenta , ó por la suya , ó por la de un tercero. Y otro puede librar contra mí , ó hacerme remesa por su cuenta , ó por la mia , ó por la de otro.

5 Comunmente entran quatro personas en la negociacion de una Letra de Cambio , que son : las dos que contratan , esto es , el *librador* y el *tomador* , *ó dador del valor* ; las otras dos que consuman el contrato , quales son, el *portador de la Letra* , y el *aceptante ó pagador*. Todos aquellos á cuya órden está pasada ó endosada una Letra de Cambio , son *portadores* de ella por su turno mientras está en su poder ; pero llamamos propiamente *portador ó tenedor de la Letra* á aquel á quien se ha pasado la última órden ú endoso, y que ó bien por ser puramente mandatario , ó porque aunque sea propietario renuncia , ó no quiere hacer uso del derecho que tiene de poderla endosar á otro , la conserva en sí para exhibirla á su vencimiento , ó recibir su importe, siendo su primer deber el de presentar la Letra , y solicitar que se acepte.

6 Los endosantes no son de esencia de la Letra , porque puede haberlos, ó no haberlos.

7 Quando se hace remesa de fondo própio , no entran en la Letra mas que tres personas , que son el librador , el pagador y el recibidor , ó que ha de percibir la suma librada.

8 Tambien suelen intervenir en la Letra de Cambio mas de quatro personas , tal como quando A. libra á cargo de B. , y á órden de C. valor recibido de D. , y manda á B. que lo cargue en cuenta de E.

9 Todo librador ó sacador está obligado á dar quantas copias se le pidan de cada Letra , aunque la costumbre sea la de dar primeras y segundas quando

se gira de Plaza á Plaza del Reyno; y primeras, segundas, terceras y aun quartas quando se libra sobre Plazas extrangeras, en cuyo caso se da tambien un recibo.

10 Los diferentes plazos ó tiempos para el pago de las Letras de Cambio son comunmente los siguientes. *A la vista: á tantos dias, semanas, meses ó usos de la fecha, á tantos dias, semanas ó meses vista: á tantos del corriente, á tantos ó á tal dia de tal mes: en tal pagamento, ó en tal feria: á tantos dias, semanas, meses ó usos prefixos.* Qualesquiera de estos plazos se ajustan entre el librador y el tomador de la Letra, ya con arreglo á las circunstancias locales, ó ya con respecto al precio del cambio, &c. Se ha dicho que estos plazos o terminos son los que *comunmente* se emplean en el giro de las Letras, pero fuera de ellos hay otros de que se suele usar, tales como:

Á la vista por caxa.

Á la presentacion.

En el discurso de tal mes, ó al fin de tal mes.

Á tal dia fixo ó prefixo.

Á tal dia prefixo sin dias algunos de cortesía.

Á la vista sin mas aviso.

En Francia hay tal variedad sobre los plazos de las Letras y de los Vales de Comercio, que suelen estipularse á dos ó tres lunas: á la primavera siguiente: al carnabal de tal año; y aun el Señor Nicodeme Comerciante en Valenciennes dice en sus *Reflexiones sobre las Letras de Cambio, Villetes y Promesas que se hacen en el Comercio*, que en la jurisdiccion Consular establecida alli se vió un pleito seguido sobre un Pagaré ó Villete contratado á pagar á un año de Domingos.

11 Tambien hacen distincion entre la Letra pagadera lisa y llanamente á tal sugeto, y á las que expresan á tal sugeto ó á su órden, ó á la órden de tal persona; y alegan que en el primer caso debe cobrar la Letra el mismo sugeto á cuyo favor está librada, sin que la pueda endosar á favor de un tercero; pero que en el segundo caso puede endosarla á la órden de otro. En España no tengo noticia de que se haga tal distincion, pues del mismo modo endosa qualquiera las Letras libradas ó endosadas á solo su nombre, que las que explican á su órden.

12 La Letra de Cambio puede perder su privilegio de tal, si la falta alguno de los requisitos que forman precisamente su esencia; y no deben graduarse de Letras de Cambio las que se libran en una Plaza contra sugeto residente en ella, y pagaderas en la misma. En quanto á esto debe tenerse presente, que aunque la fecha de la Letra es uno de sus requisitos esenciales, con todo eso, como no la falten las demas circunstancias que se requieren, suele suplirse este defecto por la fecha del aviso del que la ha recibido, y convencion con el que la debe pagar; así se practica en Sevilla y otras partes, procediendo de buena fé. En esta Corte quando se recibe una Letra sin fecha, y el que la ha de pagar se resiste á aceptarla, no se le puede obligar á ello, ni á su paga, y entonces no tiene el tenedor de ella mas arbitrio que el de devolverla al que se la envió.

13 Aunque las Ordenanzas de varios Estados, y las de Bilbao y San Sebastian requieren que en las Letras se explique en que se ha recibido su valor, si en dinero, mercaderias, ú otros efectos, ó cargado en cuenta, con todo eso ha prevalecido entre nosotros la costumbre de *valor recibido* quando la Letra se negocia, *ó de valor en cuenta* quando es remesa; y siempre se entiende

valor recibido dinero efectivo, aunque hayan mediado otros efectos y mercaderías. En quanto á Ordenanzas debe tenerse presente que no las hay generales para régimen comun en razon de las infinitas ocurrencias que pueden dar de sí las Letras de Cambio. En esta Corte no hay Ordenanza alguna para el giro y pago de semejantes Letras, ni se sabe que haya Orden, ni Decreto para observar las Ordenanzas de Bilbao, ni otras algunas. En Sevilla rigen comunmente las de Bilbao para las Letras de Cambio, y sus incidencias.

En 4 de Mayo de 1778 se dirigió por la Junta de Comercio, Moneda y Minas una Orden á los Consulados de Cadiz, Bilbao, Barcelona, Burgos y Valencia, mandandoles que despues de bien exâminadas las Ordenanzas que tenian, informasen al Tribunal si en el transcurso de los años que habian regido, les habia acreditado la práctica y experiencia que hubiese alguna correccion, aumento ó inovacion que hacer en ellas. Por lo que mira á las Ordenanzas del Consulado de Cadiz (que probablemente serian las de Sevilla) aprobadas en 14 de Julio de 1556, parece se expuso, que habiendolas reconocido muy diminutas, y poco acomodadas al presente tiempo, segun la variedad de casos y negociaciones que habian ocurrido, se estaban trabajando otras en virtud de Real Orden de primero de Octubre de 1776 con la esperanza de concluirlas en aquel mismo año de 78 (que no parece tuvo efecto) no obstante su amplitud y aumento de tratados. Los demás Consulados respondieron que las exâminarian y lo harian presente; y no tengo noticia de que se haya verificado.

14 Todo el que tenga que aceptar Letras puede executarlo lisa y llanamente, ó baxo de protesto segun las ocurrencias, ó para pagarse á sí mismo si es acreedor de igual ó mayor cantidad líquida, y por el plazo cumplido; pero no puede aceptar baxo de condicion, ni disminuir el importe de la Letra sin convenirse primero con el portador por sí própio, ó en virtud de las facultades que tenga del librador, ó del que le haya pasado ó endosado la Letra. ***En quanto á lo primero vease la Regla*** XXXII.

15 Si el librador se excede en la cantidad que libra, puede el aceptante aceptar la Letra lisa y llanamente por la suma que debiere al librador, y por la cantidad del exceso, aceptarla baxo de protesto por el honor de la firma de aquel, para poderla repetir contra él en todo tiempo, ó resacarla desde luego.

16 Toda aceptacion de Letra á plazo no prefixado debe hacerse con la fecha del dia en que se acepta, por quanto esta es la que fixa el dia ó término de su cumplimiento.

17 En la aceptacion es indiferente que se ponga *aceptó*, *acepto*, *aceptada ó corriente*, pero qualquiera de estas palabras tiene la misma fuerza. No obstante en Leon de Francia, en donde tiempos hace se habia introducido el abuso de aceptar con las palabras *corriente*, *buena*, *entendida*, y otras semejantes, se originaron varios pleytos, que dieron lugar á un Reglamento por el qual se prohibió este modo de aceptar, só pena de nulidad, y se mandó que se pusiese sencillamente *aceptó* ó aceptamos.

18 Las Letras pueden aceptarse baxo de protesto por cuenta del librador, del tomador, ó de los endosadores; y el que acepta, y paga una Letra baxo de protexto, debe quedar subrogado en todos los derechos, ó acciones del portador, aunque para ello no haya mediado endoso, ú órden, segun se practica en Francia y otros Reynos: bien que esto tiene la

excepcion que se verá en el número XXVI. de estas Reglas generales.

19 El que acepta baxo de protesto, debe embiar copia de este al sugeto por cuya cuenta ha aceptado.

20 El portador de una Letra no puede reusar la aceptacion que qualquiera intente hacer de ella baxo de protesto, mientras no tenga orden expresa del librador para no admitirla; y en el primer caso debe gobernarse por el órden que se expresa en el número XLI. de estas Reglas generales.

21 Ningun portador está obligado á admitir la aceptacion de la Letra baxo de protesto por un tercero no indicado en ella, sino le da la fianza suficiente.

22 Tampoco está obligado á recibir la aceptacion baxo de protesto por un tercero, mientras el próprio portador quiera aceptarla por la misma cuenta, ó por la de qualquiera endosador antecedente, á menos de que el tal tercero no presente orden positiva de aquel por quien ofrece aceptar, ó que haga constar que tiene efectos de aquella persona para pagar la Letra.

23 Quando el portador de una Letra se ha contentado con la aceptacion baxo de protesto por un tercero de cuenta del librador, no está este obligado á dar otra satisfaccion al tomador de la Letra; pero si la aceptacion baxo de protesto se ha hecho por honor de la firma de algunos de los endosadores, entonces queda efectivamente protestada la Letra contra el librador, y está este obligado á dar satisfaccion al dador del valor, ó al endosador por cuya cuenta se ha hecho la aceptacion baxo de protesto.

24 Aunque una Letra se haya aceptado baxo de protesto por honor de alguno de los endosadores, ó del librador por un tercero, puede sin embargo aceptarla durante el plazo de ella aquel contra quien estuviere librada, sin que pueda oponerse á ello el que la aceptó baxo de protesto, ni libertarse de su aceptacion con tal calidad para con el tenedor de la Letra, pero puede pedir su encomienda ó comision al que debio aceptarla en tiempo, por quanto con la aceptacion baxo de protesto impidió el retorno indefectible de la Letra.

25 El que ha aceptado una Letra de Cambio baxo de protesto por el honor de un endosador, no puede impedir que otro la acepte mas adelante por honor del librador, ó por un endosador anterior á aquel por quien aceptó; y esta ultima aceptacion tampoco le liberta de la suya para con el tenedor de la Letra.

26 Aquel que acepta una Letra baxo de protesto por honor de la firma del librador, no adquiere accion alguna contra los endosadores, por quanto solo se obliga por aquel, libertandole de las acciones de estos, y de las del dador del valor. De esta suerte, ya se ve que no siempre es cierto, que el que paga una Letra de Cambio baxo de protesto queda subrogado en todos los derechos y acciones del portador, pues á la verdad no debe esto verificarse sino quando la paga por honor del último endosador, porque el recurso solo comienza contra aquel por cuya cuenta se ha pagado, y no puede estenderse á mas que á todos sus obligados. Por este órden, si habiendo tres endosadores, se paga por honor de la firma del segundo, habrá de dirigirse la accion contra este, por quanto se ha pagado por él, y entenderse tambien contra todos sus obligados, que son el endosador anterior á él, el dador del valor, y el sacador; pero nada podria intentar contra el tercer endosador.

27 Quando el que debe pagar una Letra reusa absolutamente aceptarla, debe el portador devolverla con el protesto; pero si hay apariencia que en el discurso del plazo ó término de la Letra la acepte, entonces debe enviar el protesto, y retener en sí la Letra para protestarla por falta de pagamento en defecto de este á su cumplimiento.

28 Quando una Letra de Cambio no es pagadera á aquel que requiere con ella para la aceptacion, puede enviar el protesto, y conservar en su poder la Letra hasta que se la pida el que se la cometió, ó acuda á recogerla el portador de la segunda endosada, á menos que desde el principio tenga órden expresa de devolverla en caso de protesto.

29 Si una Letra protestada tiene muchos endosos, no solamente debe el portador enviar el protesto al que se le encomendó, sino que ha de avisar de ello al dador del valor, y este al sacador.

30 El librador de una Letra de Cambio que se ha protestado por falta de aceptacion, está obligado, luego que se le presenta el protesto, á dar seguridad al portador de que la Letra se pagará al vencimiento de su plazo, ó de que la satisfará él en caso de retorno

31 Quando una Letra devuelta con su protesto por falta de aceptacion tiene plazo bastante que recorrer para que el sacador pueda dar órden de que se pague á su vencimiento, ó durante los dias de gracia, puede dar fianza al portador, y obligarle á que vuelva á enviar la Letra con el protesto al parage en que debe hacerse el pagamento por la persona indicada por él. En tal caso no está el librador obligado á hacer aceptar la Letra, porque la fianza que dió hace veces de aceptacion.

32 La aceptacion á *pagarse á sí mismo es* muy rara, por quanto es muy extraordinario que concurran las circunstancias en que puede verificarse. Para esto es necesario que aquel contra quien se hubiere girado la Letra de Cambio, sea acreedor del librador, ó del que pagó el valor, y que queriendo hacerse pago no acepte la Letra en otros términos, mas entonces es forzoso que su crédito esté liquidado, y que sea pagadero en el mismo plazo que la Letra, á fin de que ambas deudas estén en estado de compensarse una por otra. Sin embargo esta aceptacion no le quita al portador de la Letra de Cambio el derecho que tiene de mandarla protestar por falta de aceptacion; pues la de pagarse el aceptante á sí mismo, es verdaderamente una excusa de aceptar, y por consiguiente de pagar; y por tanto debe el portador protestar en esta ocasion, y tomar su recurso contra aquel de quien recibió la Letra, ó devolversela con el protesto si el tal portador no era mas que mandatario.

33 Quando el portador dexa hasta el dia siguiente en casa del aceptante una Letra de Cambio á cierto plazo vista para que la acepte, y reteniendola este con varios pretestos, la entrega aceptada con la fecha del dia en que la devuelve, y no con la del dia en que el portador se la pasó, convendrá que este la haga apuntar con razon de lo ocurrido, ya para ponerse á cubierto de qualquiera incidencia, y ya para escarmentar á los que se valen de semejantes efugios con que alargar indebidamente el plazo de las Letras, que por ningun motivo debe alterarse.

34 En muchas partes á pesar de esto es preciso atenerse á la práctica recibida, y constantemente observada en general, aunque realmente sea contraria á este ú á otros principios sentados, porque su introduccion ha dependido de alguna comodidad mutua del Comercio. La práctica de las casas de Co-

mercio de esta Corte en quanto á las Letras que vienen *á dias vista*, es la de aceptarlas con la fecha del mismo dia en que sale el correo para la Plaza en que se libraron. De esta suerte llegando el correo de la Mala de Francia los Martes y Viernes, no se aceptan las Letras hasta los Jueves y Lunes siguientes, que son los dias de la salida de este correo. Las de Andalucía, cuyas cartas se reciben los Lunes y los Jueves, no se aceptan hasta los Martes y Viernes, que son en los que parte el correo; pero siempre antes de la salida de qualquiera de ellos deben quedar aceptadas ó protestadas las Letras que tienen plazo que correr. Esta regla no se estiende mas que á aquel primer correo en que corresponde llegar el aviso del libramiento de las Letras á término, porque como esta corta dilacion solo se concede para dar lugar de hacer los debidos asientos, no milita quando las Letras no se han presentado hasta pasado el dia de correo, en cuyo caso deben aceptarse en el mismo dia de su presentacion.

35 Se ven continuamente Letras de Cambio con endosos en blanco, sujetas á muchos inconvenientes. Para evitarlos, deben llenarse estos blancos antes de enviar las Letras á la aceptacion; porque si en aquel estado se perdiesen podrian caer en manos de gente de mala fé que llenasen la órden como les pareciese, causando mucho trabajo la justificacion de su derecho á aquel á quien legítimamente perteneciesen. Este descuido es muy general, y es muy de admirar que á cada paso no esté ocasionando embrollos. Por esto prohibió S. M. la negociacion de los Vales Reales con los endosos en blanco, en la Regla 5. de la Real Cédula de 9 de Abril de 1784. Y sin embargo de esta prohibicion y de la que contienen varias Ordenanzas, no dexan de traspasarse en esta Corte Letras con endosos en blanco, y lo mismo en Sevilla y otras partes, especialmente quando el endosante es bien conocido y abonado; por eso los que sin reparo siguen esta práctica no deben quexarse de qualquiera acontecimiento que los escarmiente.

36 El tiempo del pagamento de la Letra á cierto número de dias, usos, semanas ó meses fecha, comienza en Francia el dia mismo de la fecha de las Letras, contandole por el primero del plazo; y lo mismo sucede en las libradas á dias, usos, meses ó semanas de la vista, en las quales se cuenta por primero del término el de la aceptacion. En Holanda comienzan á correr estos plazos desde el dia siguiente al de la fecha, y al de la aceptacion, y lo mismo se observa en nuestra Plaza de Comercio.

37 Concluida una negociacion de Cambio entre el que debe girar la Letra, y el que ha de dar el valor, no puede resolverse ó anularse el contrato, ni alterarse sin expreso consentimiento de las dos Partes.

38 El portador de una Letra librada á tiempo determinado de su fecha, no está en Francia obligado, sin órden positiva, á hacerla aceptar; pero debe presentarla á tiempo razonable, quando está librada á cierto número de dias vista, para que de esta suerte quede determinado el dia de su cumplimiento, porque de lo contrario quedaria responsable de las resultas.

39 El protesto por falta de aceptacion hecho en tiempo y en forma, obliga al librador, ó á que reemboise el valor, ó á que afiance que la Letra será pagada á su tiempo.

40 Qualquiera Letra de Cambio puede aceptarse baxo protesto por aquel á cuyo cargo está girada: por el portador de ella, ó por qualquier otra persona que no tenga impedimento legal para ello.

41 El que haya pagado baxo de protesto por honor de otro, ha de reem-

bolsarse sobre la Plaza en que habita la persona por quien pagó, y en su defecto sobre la Plaza mas vecina de este.

42 Quando se presentan muchas personas á aceptar una Letra de Cambio baxo de protesto, deben ser preferidas por el órden siguiente. I. El sugeto que tenga órden de aquel por cuya cuenta se ha girado la Letra. II. El que tenga órden del librador. III. El sugeto contra quien se hubiere librado. IV. El portador de la Letra, el qual, y el aceptante quando este quiere aceptar baxo de protesto, deben ser preferidos á otro qualquiera. V. El que quiera aceptar por honor del librador, y al qual siempre se le ha de anteponer al que quiera aceptar por qualquiera de los endosadores. Y el VI. El que quiera aceptar por qualquiera de los endosadores, graduando su antelacion por el lugar que tenga en los endosos, por quanto, como queda dicho, siempre hace mejora el que extingue las obligaciones.

43 Ninguna Letra puede aceptarse baxo de protesto por cuenta del interesado en ella que hubiere dado órden para que en estos términos no se acepte.

44 Quando se ha aceptado una Letra de Cambio por sorpresa, puede el aceptante hacerse descargar de ella; pero antes ha de probar la sorpresa.

45 Muchos llevan la opinion de que el aceptante es dueño de su firma, y puede borrarla mientras la Letra está en su poder; pero que no lo es desde el instante en que la devuelve aceptada al portador, aun quando por alguna casualidad vuelva á sus manos; y que por consiguiente, no pudiendo ya entonces retratarse de ella, debe pagar Sin embargo, la buena fé del comercio exigia que aun con solo asegurar el aceptante de palabra que la Letra era buena y corriente, se le obligase al pago de ella por todo riger de Derecho.

46 Quando aquel á quien se ha presentado una Letra de Cambio para que se la acepte, la retiene con el pretexto de que se le ha traspapelado, ó con otro alguno, debe reputarsele esta retencion como aceptacion, y por ello obligarsele al pago.

47 Aunque una Letra de Cambio se haya aceptado por la persona á cuyo cargo se giró, ó por otra qualquiera, no por eso queda libre el sacador, pues su obligacion subsiste hasta el pago efectivo de ella.

48 Quando el portador mandatario de una Letra de Cambio dexa de hacer las diligencias que le corresponden, ó concede al aceptante algun mas término que el que contiene la Letra, queda esta de su cuenta, y no puede repetir su importe contra el librador, ni endosadores, por quanto no tiene facultades para alterar de modo alguno los contratos que han mediado ya hasta llegar la Letra á sus manos.

49 El portador de una Letra de Cambio no está obligado á recibir su importe antes del cumplimiento del plazo de la Letra quando no se ha aceptado, ni antes del ultimo dia de los de la gracia, si ha sido debidamente aceptada.

50 El importe de la Letra de Cambio que se pide judicialmente, debe pagarse al sugeto que hace la demanda, ya sea por estár la Letra concebida á su órden, ó endosada, ó ya porque haya presentado el correspondiente poder de la persona á quien antes pertenecia.

51 En caso de quiebra de aquel á quien sea pagadera una Letra, pueden sus acreedores, ó la persona por cuya cuenta se le habia remitido, hacer que la pague el aceptante judicialmente; pero el que la pagare en estos términos, debe tomar bien sus medidas para hacer un pago legitimo que le escuse despues de toda suerte de litigios.

52 El portador de una Letra de Cambio es enteramente garante de la validacion de ella, y de todos sus endosos, y sobre esto tiene su recurso contra quantos en ella están obligados con él.

53 Los portadores de Letras de Cambio que han llegado á protestarse, no pueden resacar su importe y gastos contra los endosadores, ni contra el librador, sin acompañar la copia del protesto por falta de aceptacion, si no se aceptó, y la del de falta de pagamento.

54 Los protestos de las Letras de Cambio deben hacerse segun los usos y costumbres de las Plazas en que las Letras son pagaderas.

55 Para que los libradores se liberten de la garantía de sus Letras, por razon de no haberse hecho las diligencias de cobranza en el tiempo prescrito por las Ordenanzas, y en donde no las haya, por costumbre, deben probar positivamente que el aceptante les era deudor, ó que se le habian remitido los correspondientes fondos, porque de otra suerte estará obligado á hacer buenas las tales Letras.

56 Las personas que pagaren Letras domiciliadas en su nombre, deben exigir un recibo separado del que se da al respaldo de la Letra, para quedarse con él para resguardo, y remitir las Letras recogidas á los que se las domiciliaron.

57 Quando el portador de una Letra protestada por falta de pagamento, no es mas que un mandatario del que se la dirigió para cobrarla, debe devolversela á este con el protesto, y pedirle ó cargarle los gastos, á menos que no tenga órden expresa de él para solicitar judicialmente el pago.

58 Si el portador es dueño de la Letra, puede repetir por el principal y gastos contra el aceptante; y tambien puede resacar la suma principal con los gastos de protesto, y portes de cartas, encomienda, corretage, interés y recambio, si le ha habido, sobre la Plaza en que se giró la Letra protestada, y no sobre otra, mientras entre ella y la Plaza en que debió pagarse la Letra protestada haya cambio corriente.

59 Los libradores y endosadores de las Letras de Cambio son garantes, no solo del principal de ellas, sino tambien de los gastos, daños é intereses que pueden originarse hasta verificarse el pago.

60 El portador dueño de la Letra de Cambio protestada por falta de pagamento, puede demandar en todas las Plazas de Comercio extrangeras el reembolso contra aceptantes, endosadores y sacadores, segun le parezca, porque todos están obligados por el todo, y aunque entre nosotros estaba esto mismo en práctica, quedó anulado por la Real Pragmática de 2 de Junio de 1782 ya citada, en que se previene el órden gradual que en semejantes ocasiones debe seguirse.

61 Si todos los obligados en una Letra de Cambio vienen á quebrar, puede el portador dueño de ella, que tiene su accion contra cada uno de ellos, entrar al repartimiento en cada masa de acreedores, sin estar obligado á repetir solamente contra uno de ellos; pero si llega á formar contrato por el todo con qualquiera de los obligados, queda excluido de recurso contra los demas.

62 Si percibe una parte en el repartimiento de los bienes de uno de los obligados, no puede repetir contra los demas sino por el resto. Y aunque fuera del Reyno tiene derecho á que judicialmente se embarguen los bienes del obligado que mas le acomodare, ya queda dicho que en las Plazas de estos Reynos no puede hacerlo, sino gradualmente demandando primero al acep-

tante, despues al último endosador, y así por su órden hasta llegar al librador.

63. Por el Auto treinta y siete de los Acordados se manda lo siguiente en quanto al pago de las Letras en caso de qualquier alteracion de moneda. »Pá»guense las Letras, que al tiempo de la Pragmática estaban aceptadas, segun »el valor de las monedas al tiempo que se dieron, y los que tuvieron dinero en »plata, ú oro, ó pasta por encomienda lo satisfagan en el própio valor, peso, y ley.

64. Del própio modo que no debe tratarse, ni reputarse como Letra de Cambio la librada en una Plaza sobre sugeto de la misma, segun queda dicho en la regla XII, y explicado en los números 468, y siguientes del capitulo XXV., tampoco ha de tenerse por Letra de Cambio la que no explique el valor, por las razones manifestadas en el número 471 del própio capitulo.

65 Puede darse caso en que un Comerciante de Paris, Londres, ú otra qualquiera Plaza extrangera se halle en alguna de la de estos Reynos, y en ella se ofrezca girar ó endosar Letras de Cambio, ya para negociaciones de su comercio, ó ya para su própio gasto. En tales circunstancias advierte el Señor Roque en sus *observaciones sobre el cumplimiento de los plazos, ó términos de las Letras de Cambio*, lo muy conveniente que seria que á semejantes libradores, ó endosadores, se les obligase a poner debaxo de sus firmas razon de su domicilio, pues puede acontecer que en caso de protesto se ignore á que parte se ha de acudir, especialmente no siendo el sugeto de Casa de Comercio notoriamente conocida.

66. Si en la aceptacion de una Letra se pusiere en lugar de *aceptada ó acepto* las expresiones de *vista* ó *presentada*, con fecha y firma, no deberá admitirse semejante clase de aceptacion, porque podria dar lugar á recursos cabilosos, alegando que se puso para determinar el dia del cumplimiento del plazo de la Letra, pero sin obligarse á pagarla, pues certificar su presentacion no es lo mismo que aceptarla y obligarse á satisfacerla.

67. No debe abonarse recambio alguno mientras no acompañe á la Letra protestada justificacion en debida forma, segun la plaza en que se haya hecho la resaca, de que alli se tomó de un tercero el dinero para pagarla.

68. Si despues de la aceptacion se ha perdido, ó extraviado una Letra, deberá el portador sacar el protesto en el mismo dia de su vencimiento, especificando en él la imposibilidad de copiar el contenido de la Letra, é insertando el ofrecimiento que deberá hacer al aceptante de darle fiador abonado para la seguridad de la legitimidad del pago, y de que si pareciese la Letra se la entregará como pagada.

69 Si un aceptante no quiere aceptar una Letra de Cambio en toda la cantidad que contiene, porque siendo el deudor del librador por menor suma, solo quiere obligarse por esta, puede el portador de la letra admitírsela, y protestarla por la suma restante, dando recibo separado de lo que reciba, con expresion del motivo, y citacion de la Letra.

70. Los tenedores de las Letras primeras de Cambio á la disposicion de las segundas, estan constituidos como por Depósito Real á entregarlas á los portadores de las segundas, terceras ó quartas con que sean requeridos.

71. Debe tenerse mucho cuidado en la aceptacion y pago de las Letras que llegan perjudicadas en su plazo, para no cargarse con las resultas de las incidencias que en aquel intermedio pueden haber mediado. En quanto á esto

es forzoso arreglarse á la práctica que esté recibida en cada Plaza.

Hay ademas de estas reglas otras muchas que deberian ponerse en una Ordenanza general, quando, reconociendo el Tribunal á quien corresponde la necesidad que tenemos en quanto á las Letras de Cambio, y sus incidencias de una pauta autorizada para gobierno seguro, y uniforme en semejante giro y negociacion, se digne mandarla formar y publicar, cortando de esta suerte los abusos que por falta de ella se han introducido en muchas Plazas nuestras, y han adquirido el grado de costumbre recibida.

Tambien se halla gran variedad de reglas establecidas en distintos Estados por medio de Ordenanzas y Reglamentos, segun se reconocerá en las Obras que tratan de este adjunto.

Formulario de Letras de Cambio, Endosos, Recibos, Protestos y cuentas de resaca.

NÚMERO I.

J. M. J. Madrid 1.° de Junio de 1806. Son Rs. vellon 200 en plata ú oro.

Á veinte dias fecha mandará Vm. pagar por esta mi primera de Cambio, y á la órden del Señor Don Juan Salgado veinte mil reales de vellon en plata ú oro, valor de dicho Señor, que sentará V. en cuenta, como aviso, y Christo con todos.

Á Don Juan Diez Feria, guarde Dios muchos años. — Ignacio Vergara y Salinas.

I.a Sevilla.

J. M. J. Madrid 1.° de Junio de 1806. Son Rs vellon 200 en plata ú oro.

Á veinte dias fecha mandará Vm. pagar por esta segunda de Cambio, (no habiéndolo hecho por la primera,) y á la órden del Señor Don Juan Salgado veinte mil reales de vellon en plata, ú oro, valor recibido de dicho Señor, que sentará Vm. en la cuenta, como aviso, y Christo con todos.

Á Don Juan Diez Feria, guarde Dios muchos años. — Ignacio Vergara y Salinas.

II.a Sevilla.

J. M. J. Madrid 1.° de Junio de 1806. Son Rs. vellon 200 en plata ú oro.

Á veinte dias fecha mandará Vm. pagar por esta mi tercera de Cambio, (no habiéndolo hecho por la primera, ni segunda) y á la órden del Señor Don Juan Salgado veinte mil reales de vellon en plata, ú oro, valor recibido de dicho Señor, que sentará Vm. en cuenta, como aviso, y Christo con todos.

Á Don Juan Diez Feria, guarde Dios muchos años. — Ignacio Vergara y Salinas.

III.a Sevilla.

En quantas Letras se ofrezcan de esta naturaleza no hay mas diferencia que la de que si es la quarta, se expresa en ella entre dos comas, ó entre un parentesis, (no habiéndolo hecho por la primera, segunda, ni tercera.) Si la Letra es quinta se dice en el propio lugar (no habiéndolo hecho por la *primera, segunda, tercera, ni quarta*), y asi las demas que pueden ocurrir.

La razon de que en la primera se ponga *valor de dicho Señor*, y en la segunda *valor recibido de dicho Señor*, es porque dándose Letras en dias de Correos, y no enviando á cobrarlas hasta el dia siguiente ó mas, no se verifica la entrega de su importe, cuyo pago se hace al que presenta las segundas, y terceras, y solo entónces se puede ya decir que se ha recibido el valor, por lo qual se pone semejante expresion desde las segundas en adelante en todas quantas pide el tomador o dador del valor.

Si ántes de dar la Letra se ha recibido el importe, ó hay satisfaccion del tomador, se pone desde luego en la primera la expresion de *valor recibido*. Lo mismo se práctica quando se va á cobrar con la primera y segunda; y tambien si se libra por una Letra única, expresando, *sírvase Vm. mandar pagar, ó mande Vm. pagar por esta sola de Cambio &c.*

Para el giro de Letras dentro del Reyno, rara vez se dan mas que las primeras y segundas, y algunas veces segun las distancias las terceras.

Los dias del plazo de esta Letra comienzan desde el dia siguiente al de su fecha, y cumplidos estos goza de ocho mas, que son los de cortesía. Esto se entiende quando la Letra ha sido debidamente aceptada, sea por aquel contra quien va librada, ó por otro qualquiera que la haya aceptado por honor de la firma del librador, pues si despues de protestada por falta de aceptacion dexa el que debió aceptarla correr el protesto hasta el dia en que se vence el plazo, pierde los ocho dias de cortesía, y si quiere pagarla, lo ha de executar en el mismo dia del cumplimiento de su término, y antes de ponerse el sol, que es la práctica universalmente observada en todo el Reyno, sin embargo de lo que queda dicho, y de estar persuadidos algunos Comerciantes á que no hay obligacion de hacer el pago hasta dos horas ántes de salir el Correo, si el plazo se cumple en el mismo dia de su salida. Si quiere gozar de los dias de cortesía, puede aceptarla en el mismo dia, y de esta suerte no se le puede obligar al pago hasta el postrer dia de los de la gracia, no obstante, que por no haber aceptado la Letra en debido tiempo, se haya sacado el correspondiente protesto por falta de aceptacion; pero ha de aceptarla ántes de la salida del Correo si es dia de él, no siéndolo ántes de ponerse el sol.

Si esta Letra la ha solicitado Don Juan Salgado, porque debiendo pasar á Sevilla, quiere llevar su dinero mas seguro, no tiene necesidad de endosarla, sino poner á la espalda su recibo, y pasar á cobrarla despues de vencida, dando para ello, sino es conocido, persona ó personas conocidas, que manifiesten ser el sugeto mismo que ha firmado el recibo, y á cuya órden está concebida la Letra.

Si no la ha tomado para cobrarla por sí mismo, puede endosarla á quien quisiere, ya dándola en pago de lo que debiere á otro, ya para que qualquiera la cobre por cuenta del mismo endosador, ó ya en fin por negociacion.

Si la ha tomado por via de negocio, y con el fin de utilizarse del Cambio que pueda proporcionarse quando despues de corrida la mayor parte de su tér-

mino, venga á tener la calidad de cierto número de dias prefixo, ó de Letra á la vista, entónces la remite á algun amigo de Sevilla para que la presente á la aceptacion, y hecha esta la retenga en su poder á disposicion de la segunda, tercera, &c. esto es, para que sin detencion la entregue á quien le presentare la segunda ó la tercera.

En este caso se ponen los endosos en la segunda ó tercera, ó mas si son necesarias, y al pie de ellas se dice: ***La primera se hallará aceptada en casa del Señor Don F. de tal***, para que con esta advertencia se acuda á recogerla sin mas requisito que el de manifestar la segunda ó tercera.

Quando se recela algun accidente, ó no tiene entera satisfaccion del que ha de pagar la Letra, ya el librador mismo, ó ya qualquiera de los endosantes, se acostumbra tambien á poner al pie de las Letras lo siguiente: ***Si fuere necesario se acudirá á casa de los Señores NN. ó del Señor N.***, á quienes en tiempo hacen la correspondiente prevencion el librador ó endosante, que no quieren ver desairada su firma, para que estén á la mira, y satisfagan la Letra baxo el protesto regular.

Esta clase de Letras es de las que mas se usa en nuestro Comercio, y lo mismo tiene que esté concebida con la clausula imperativa de ***mandar á Vm. pagar***, que con la precativa ***sírvase Vm. mandar pagar***, pues todo es una misma cosa para el caso.

El protesto por falta de aceptacion debe hacerse en el mismo dia en que se presenta la Letra para su aceptacion, y que esta se rehusa ya por falta de aviso del librador, ya por defecto de fondos, ó ya por qualquiera otro motivo.

Quando es por atraso ó extravio del aviso y la firma es buena, sin que medie desconfianza del que debe aceptar, se conviene desde luego el portador de la Letra á aguardar un Correo, ó tal vez mas hasta que llega el aviso, sin que por esto se prolongue el plazo ó término de la Letra; pero algunos, aunque manifiesten que aguardan de buena gana, suelen ponerse á cubierto haciendo apuntar la Letra secretamente, para evitar qualquiera accidente.

Hecho el primer protesto de la Letra por ***falta de aceptacion***, y remitido á quien corresponde, se aguarda el dia perentorio del cumplimiento del plazo de la Letra, sin contar con los dias de cortesia, y si requiriendo con ella al sugeto contra quien estaba girada, y que no la aceptó, no la paga ó no la acepta para pagarla en el último dia de los corteses, que en tal caso le corren, se saca el segundo protesto de ***falta de pagamento***, y se remite con la Letra al librador, ó al endosante que la traspasó á nombre del portador.

Si el que debió aceptar, y pagar la Letra, es verdadero deudor del librador, ó tiene fondos de este en su poder, entónces remite el librador sus documentos al portador en vista del protesto por falta de aceptacion, para que en defecto de pagamento obre judicialmente contra el que debió aceptar, ó tal vez los envia desde luego por precaucion.

Quando la Letra se aceptó debidamente, y despues se dexa protestar al tiempo de irla á cobrar en el último dia de los de cortesia, los quales corren pacíficamente á favor de la aceptacion, entónces puede pedir en juicio el tenedor de la Letra contra el aceptante, sin necesidad de manifestar si obra como dueño de la Letra, ó como mandatario, ó comisionado del librador, ó de alguno de los endosantes.

El endoso de esta Letra no puede hacerle otro que Don Juan Salgado, que es el dador del valor ó tomador, y puede ponerle de varios modos segun le acomode. En primer lugar á nombre de un mandatario ó comisionado para que únicamente la cobre, y tenga el importe á disposicion del endosante; y entónces escribe el endoso en estos términos: *páguese á la órden del Señor N.* con fecha y firma. En segundo lugar, si la envia para parte del pago de la deuda suya al sugeto á quien la endosa, escribe: *Páguese á la órden del Señor N., valor en cuenta con dicho Señor.* Y si la negocia al cambio corriente, pone: *Páguese á la órden del Señor N. valor recibido de dicho Señor.* Si es un tercero el que toma la Letra, da este entonces el nombre del sugeto á cuyo favor se ha de endosar, y se escribe el endoso: *Páguese á la órden del Señor N. valor recibido del Señor N.*

Entre nosotros no hay la distincion que se explica en el capítulo IV. números 18. y siguientes, porque es indiferente que se diga en el endoso *páguese al Señor Don F. de tal, ó páguese á la órden del Señor Don F. de tal.* Tambien se pone *valor entendido con dicho Señor*, quando se remite el importe de la Letra para algun pago, compra, ó negocio, y no se tiene cuenta abierta con el sugeto á quien se pasa la órden, ó se endosa la Letra, segun queda expuesto en el número 33. capítulo III.

NÚMERO II.

J. M. J. Cadiz 1.° de Julio de 1806. Son pesos 20 escudos de 128 quartos en plata, ú oro.

Á veinte dias vista mandará Vm. pagar por esta mi primera de Cambio dos mil pesos escudos de á ciento y veinte y ocho quartos cada uno en plata, ú oro, á la órden del Señor Don Lorenzo Navas, valor de dicho Señor que dexo á Vm. acreditados en cuenta, segun aviso, y Christo con todos.

Á Don Josef Serrano, guarde Dios muchos años. La Madrid.

Juan de Jauregui Altena.

La segunda y tercera y demas que sean necesarias, se disponen como queda dicho en el número anterior.

Esta Letra no se diferencia de la antecedente mas que en la cantidad, y en el plazo. Este no comienza á correr hasta el dia despues de vista y aceptada la Letra, por las razones que quedan ya expuestas.

Comenzando el plazo de esta Letra desde el dia siguiente al de la vista y aceptacion, debe ponerse en esta la fecha, porque es la que fixa el dia del pagamento.

NÚMERO III.

J. M. J. Bilbao 7 de Julio de 1806. Son pesos escudos de á 128 quartos, 1500 en plata, ú oro.

Á veinte dias fecha mandará Vm. pagar por esta mi primera de Cambio, y á la órden del Señor Don Gabriel de Espinola un mil y quinientos pesos escudos de á ciento y veinte y ocho quartos cada uno, en plata ú oro, valor del Señor Don Juan Otarola, que dexo á Vm. anotados en cuenta, como aviso y Christo con todos.

Á Don Bartolomé Espejo, guarde Dios muchos años. I.a Sevilla. — Isidoro Vazquez de Inza.

El plazo de esta Letra comienza á correr desde el dia siguiente al de su fecha, y determinandose por ella el de su vencimiento no hay necesidad de expresar el dia en que se acepta.

Aunque en esta Letra se dice que el valor es de Don Juan Otarola, con todo eso, solo puede endosarla Don Gabriel de Espinola, porque es el sugeto á cuyo favor se dirige el Libramiento, y sin cuya órden ó recibo seria mal pagada, y por consiguiente nulo el pagamento.

Esta Letra es de aquellas en que el dador del valor no quiere tener responsabilidad alguna. Si la hubiese, mandando extender Don Juan Otarola á su nombre para endosarla él despues de Don Gabriel Espinola, contraheria todas las obligaciones del tomador de la Letra, ó dador del valor, por solo complacer al amigo, y quando mas por solo la comision.

NÚMERO IV.

J. M. J. Cádiz 2 de Agosto de 1806. Son reales de plata 12640 de á 16 quartos en plata ú oro.

Á doce dias fecha prefixos, se servirá Vm. mandar pagar por esta mi primera de Cambio doce mil seiscientos y quarenta reales de plata de á diez y seis quartos cada uno en plata, ú oro, á la órden del Señor Don Baltasar Cifuentes, valor del Señor Don Salvador de Menchaca, que sentará Vm. en cuenta de Don J. B. de Toledo, á quien los dexo acreditados, como aviso, y Christo con todos.

Á Don Juan Francisco de Arrieta, guarde Dios muchos años. I.a Madrid. — Antonio Lombardo y Carrion.

Esta Letra no goza de dias algunos de cortesia, y debe pagarse precisamente al dia décimo tercio de su fecha, por quanto el dia de esta no se cuenta

Para motivar esta Letra se supone que necesitando Don Salvador Menchaca, vecino de Cadiz, remitir esta cantidad á Don Baltasar de Cifuentes,

vecino de Madrid, y no teniendo el librador Don Antonio Lombardo y Carrion fondos en poder de sus correspondientes en esta Corte, pero sí en poder de Don Juan Barrientos de Toledo, y siendo correspondiente de éste, y tambien del librador Don Juan Francisco de Arrieta, vecino de Madrid; le escribe á Barrientos aquel, diciendole que por su cuenta ha librado dicha cantidad á cargo de Arrieta. Pagada por este la Letra se la carga en su cuenta á Don Juan Barrientos, y al mismo tiempo le descarga, ó acredita á este en la suya igual importe el librador Don Juan Lombardo y Carrion.

Si no hubiese mediado la circunstancia de ser correspondiente á un mismo tiempo de Lombardo y de Barrientos el citado Arrieta, hubiera formado Lombardo su Letra contra Barrientos su deudor en estos términos: *A doce dias fecha prefixos se servirá Vm. mandar pagar en Madrid á la órden &c.* En este caso la aceptaria Don Juan Barrientos, domiciliandola en casa del mismo Arrieta, ú otro de sus correspondientes, poniendo: *Aceptada al domicilio del Señor Don Juan, &c.*

Las casas á donde se domicilian las Letras nada tienen que ver con ellas si no son deudoras del que las domicilia, ó han recibido de él en tiempo los fondos suficientes para el pago. Por esta razon no hay cosa mas frequente que protestos por falta de fondos para satisfacer las Letras así domiciliadas, porque en esto nada padecen las casas á quienes se domicilian; bien que siempre que pueden escusarlo lo escusan.

Aunque en esta Letra es Don Salvador de Menchaca el dador del valor, con todo eso, solo se repita como dueño de ella Don Baltasar de Cifuentes, porque es á cuya órden se ha concebido, y el único que puede traspasarla á otro, ó darla en pago con su recibo puesto á la espalda de ella. De suerte que en esta negociacion solo interviene Don Salvador de Menchaca, ó como deudor de Don Baltasar de Cifuentes, ó como su comisionado para proporcionarle en Madrid el importe de la Letra, sin que en caso de protestarse esta tenga mas riesgo que correr que el sanear el librador de quien se valió.

NÚMERO V.

J. M. J. Sevilla 6 de Agosto de 1806. Son pesos 49 escudos de 128 quartos en plata ú oro.

Á la vista de esta mi primera de Cambio, y órden del Señor Don Felix Pardo, se servirá Vm. mandar pagar quatro mil escudos de á ciento y veinte y ocho quartos cada uno, en plata ú oro, valor en cuenta con dicho Señor, que dexo á Vm. acreditados en la suya, como aviso, y Christo con todos.

Á Don Francisco Antonio de la Higuera, guarde Dios muchos años. — Josef de Zafia y Escalzo.

La — Madrid.

ta Letra debe pagarse en el mismo dia en que se presente, pues no tie- plazo que el de la tardanza del correo, ó del viage del que fuere or de ella, en caso de que la tome para hallar á su arribo á esta dinero pronto.

NÚMERO VI.

J. M. J. San Sebastian 16 de Septiembre de 1806. Son 100 rs. de vellon en plata ú oro.

Por esta nuestra primera de Cambio, y á quince dias fecha mandará Vm. pagar sin mas aviso, diez mil reales de vellon en plata ú oro, á la órden del Señor Don Gerónimo Nuñez de Zepeda, valor entendido con dicho Señor, que sentará Vm. en cuenta, y Christo con todos.

Á D. Pasqual de Robles, guarde Dios muchos años. — Miguel Ferrer de Huice y Compañía.

1.ª — Salamanca.

Esta Letra no necesita de aviso alguno para que Don Pasqual de Robles la acepte y pague á su tiempo.

El valor entendido que se expresa en ella puede proceder de no haber querido entregarle Don Gerónimo Nuñez hasta tener noticia del pago de la Letra, y para lo qual se supone que habia hecho a Huice y Compañía un correspondiente resguardo. Tambien puede provenir de algun encargo particular hecho al mismo Don Gerónimo Nuñez, ó por razon de qualquiera convenio; pero ya queda dicho en el cuerpo de la obra que las expresiones mas usadas son las de ***valor recibido y valor en cuenta.***

NÚMERO VII.

J. M. J. Bilbao 12 de Agosto de 1806. Son pesos 1600 escudos de á 128 quartos en plata ú oro.

Á quarenta dias vista, sin mas término, mandará Vm. pagar á nuestra órden un mil y seiscientos pesos escudos de á ciento y veinte y ocho quartos cada uno en plata ú oro, valor en nosotros mismos, que dexamos á Vm. acreditados en cuenta, como avisamos, y Christo con todos.

Á D. Fulgencio de Ribas y Flores, guarde Dios muchos años. — Berrueta, Hermanos y Compañía.

1.ª — Burgos.

Esta Letra no goza de mas término que de los diez dias de su plazo, contados desde el dia siguiente al de la aceptacion, que se reputa por el de la vista, aunque antes se la haya visto.

Las Letras de esta clase se hacen así á prevencion para tenerlas prontas con la aceptacion, y negociarlas en el término ó discurso de su plazo en que el Cambio pueda darlas mas valor, y especialmente quando por estar próximo su cumplimiento vienen á ser como Letras á la vista, ó á muy pocos dias.

La negociacion se hace por medio del endoso á favor de quien las pide, ó del sugeto á cuya órden las manda aquel endosar.

Tambien suele tener lugar esta especie de Letras quando se quieren asegurar en cierto modo con una aceptacion los caudales que están en poder de sugetos de quienes se teme algun quebranto, ya por sus propios negocios, ó ya por su conexion con otras casas, cuyo crédito público comienza á padecer alguna excepcion.

De qualquiera de estos principios que procedan, nunca llegan á ser verdaderas Letras de Cambio mientras no se las endosa, pues hasta entonces no hay con quien verificar el contrato del Cambio que tiene efecto con el dador del valor. Por esta razon si llegase el caso de que por no haberse proporcionado ocasion de negociarlas, se viesen obligados los libradores á endosarlas para su cobro por su cuenta, y sin mas circunstancias que la de conseguir que mudase de mano su caudal, nunca tendrian la calidad de verdaderas Letras de Cambio, sino la de unos puros mandatos ú órdenes, y no estarian sujetas á las excepciones de las Letras de Cambio propiamente tales.

NÚMERO VIII.

J. M. J. Zaragoza 1.º de Septiembre de 1806. Son rs. de plata 5ª de á 16 quartos en plata ú oro.

Por esta mi primera de Cambio, y á treinta dias fecha, se servirá Vm. mandar pagar en Cádiz, á la órden del Señor Don Christobal del Rio, cinco mil reales de plata de á diez y seis quartos cada uno, en plata ú oro, valor del Señor Don Josef Pantoja, que dexo á Vm. acreditados, segun aviso, y Christo con todos.

Juan Ruiz de Ayala.

A D. Narciso de Amaya,
guarde Dios muchos años.

Aceptada á pagar al domicilio de los Señores Bogas, Hijo y Compañia.
Narciso de Amaya.

Córdova.

1.ª

Para el pago de esta Letra en Cadiz es preciso que el que la ha de satisfacer tenga correspondientes en aquella Plaza, ó que se valga de quien los tenga para domiciliarla.

El dador del valor ó aquel á cuyo favor este la endose, han de tener tambien sugeto en Córdova á quien dirigirle la primera para que la presente á Don Narciso Amaya, y despues de aceptada y domiciliada por este, la encamine á sugeto de Cádiz para que la tenga á disposicion de la 2.ª 3.ª &c.

En este caso es quando en las Letras de dentro del Reyno se requiere que ademas del recibo puesto en la Letra, se dé otro separado para resguardo de la Casa. Estos recibos se conciben con arreglo al contexto y cantidad de la Letra en los terminos siguientes.

He recibido de los Señores Bogas, Hijo y Compañia, vecinos y del Comercio de esta Ciudad, cinco mil reales de plata de á diez y seis quartos cada uno, en pago de una primera de Cambio de igual cantidad librada en Zaragoza á primero de Septiembre de este año, y á treinta dias fecha por Don Juan Ruiz de Ayala, á cargo de Don Narciso de Amaya, vecino de Córdova, y orden de Don Christobal del Rio, valor recibido de Don Josef Pantoja, aceptada por el Señor Amaya á pagar al domicilio de dichos Señores Bogas, Hijo y Compañia, y este recibo sirve de duplicado por haber puesto el cor-

respondiente en la Letra segunda en que se halla el endoso á mi órden por Don Josef Pantoja; y ambos recibos se entienden por una misma y sola paga. Cadiz y Octubre 7 de 1806.

Son rs. de plata 59 de á 16 quartos.

Ambrosio Diez.

Este recibo sirve para resguardo de la Casa á que se domicilió la Letra, por quanto remite esta original con el recibo en ella al domiciliante, ó á aquel sugeto que sirvió de mediador para ello en defecto de correspondiente en aquella Ciudad por parte del que debia pagar la Letra en ella; pero en Cádiz no hay semejante práctica, á menos que no encargue el domiciliante que se le devuelvan las Letras despues de pagadas.

NÚMERO IX.

J. M. J. Madrid 3 de Septiembre de 1806. Son reales de vellon 240 en plata ú oro.

Por esta sola de Cambio, y á dos dias vista, sin mas término ni aviso, mandará Vm. pagar á la órden del Señor Don Casimiro Cienfuegos veinte y quatro mil reales de vellon en plata ú oro, valor en cuenta con dicho Señor, que sentará Vm. en la mia, y Christo con todos.

Á D. Juan Domingo del Arco, guarde Dios muchos años.
1.ª

Bernardo Antonio Cosio y Mora.

Puerto de Santa Maria.

Para esta Letra no hay necesidad de aviso; bien que por lo regular, como no se libre fuera de dias de correo, y en términos que aunque se dé al correo inmediato no pueda llegar á tiempo, siempre se procura avisar para evitar todo accidente.

Por la calidad de *sola de Cambio* no se dá 2.ª ni 3.ª de ella; y por la expresion de *sin mas término* debe pagarse al dia tercero de presentada, por quanto ya se ha dicho que el dia de la presentacion no se cuenta.

NÚMERO X.

J. M. J. Valencia 9 de Septiembre de 1806. Son ps. 257 escudos de á 128 quartos en plata ú oro.

Á diez dias vista se servirá Vm. mandar pagar por esta mi primera de Cambio, á la órden de los Señores Astigarreta, Ortega y Compañia 257 pesos escudos de á ciento y veinte y ocho quartos cada uno en plata ú oro, que cargará Vm. en cuenta de M. S. de Madrid, como aviso, y Christo con todos.

Á Don Juan Jauregui, guarde Dios muchos años.
1.ª

Juan Bautista Muñoz.

Málaga.

Esta Letra es de las que se libran por cuenta de otro, de quien solo se ponen las Letras iniciales de su nombre y apellido, y aunque en el cuerpo de ella está expresada por números la cantidad, no por eso es defectuosa la Letra, por quanto esta circunstancia en nada puede influir para anularla; pero no puede dudarse que está mucho mas expuesta á la falsificacion.

NÚMERO XI.

J. M. J. Valladolid 2 de Octubre de 1806. Son reales vn. 9@ en plata ú oro.

Á la vista de esta mi primera de Cambio mandará Vm. pagar nueve mil reales de vellon en plata ú oro, valor del Señor Don Claudio Zorrilla, que dexo á Vm acreditados, como aviso, y Christo con todos.

Á D. Bernardo Moreno de Porras, guarde Dios muchos años.
L.a

Gabriel Merino y Duro.

Zamora.

En esta Letra falta la persona á quien se ha de pagar su importe, y solo consta que ha dado el valor, y á cuya órden queda dicho ya que debe pagarse. Su defecto consiste en no estar librada á la órden del que dió el valor; pero como esto no destruye la formalidad del contrato del Cambio, ni altera de modo alguno los efectos que debe producir, puede el dador del valor que es dueño legítimo de ella, endosarla ó disponer de ella á su voluntad.

NÚMERO XII.

J. M. J. Madrid de Septiembre de 1806. Son reales vellon 12@ en plata ú oro.

Á quarenta dias fecha se servirán Vm. mandar pagar por esta nuestra primera de Cambio, y á la órden de los Señores Viuda de Ambrona, Hijos y Compañía, doce mil reales de vellon en plata ú oro, valor en cuenta con dichos Señores, que dexamos á Vm. acreditado, segun aviso, y Christo con todos.

Á los Señores D. Santiago de Ugalde, Barcena y Compañía, guarde Dios muchos años.
L.a

Juan de Lencada y Compañía.

Sevilla.

Á esta Letra la falta la fecha del dia en que se libró, y por consiguiente no puede saberse por ella el dia fixo en que debe pagarse. Caminando de buena fé se la puede poner de comun acuerdo entre el tenedor de ella y el aceptante, manifestando aquel carta de aviso.

NÚMERO XIII.

J. M. J. Sevilla 17 de Octubre de 1806. Son libras 165 = 12 = 6 sterlinas.

Á uso y medio se servirá Vm. mandar pagar por esta mi primera de Cambio, á la órden del Señor Don Gerónimo Nuñez de Zepeda ciento y sesenta y cinco libras, doce schellines, y seis peniques sterlines, valor de dicho Señor, que sentará Vm. en cuenta, como aviso, y Christo con todos.

Al Don Guillermo Joston, guarde Dios muchos años. — Josef de Medina y Escalante.

1.a — Londres.

Para esta Letra se supone que entre el libr.ador y el dador del valor está ajustado el Cambio, y que reducida la moneda castellana a moneda Inglesa, corresponde entregar allá liquidas las ciento sesenta y cinco libras, doce schellines, y seis peniques sterlines

Este mismo valor en moneda castellana se explica, en el recibo que se acostumbra á dar ademas de las primeras, segundas y terceras, quando se libra sobre Plaza extrangera, el qual en el caso presente se concebira en estos términos.

Recibi del Señor Don Gerónimo Nuñez de Zepeda, reales de plata ocho mil de á diez y seis quartos en plata, por valor de una primera de Cambio que en este dia he dado á cargo del Señor Don Guillermo Joston de Londres, de libras ciento y sesenta y cinco, doce schesmes, y seis peniques sterlines, á treinta y nueve y tres quartos peniques por peso, á favor, y valor de dicho Señor Nuñez de Zepeda, á quien ademas de la primera, segunda y tercera, doy este recibo, que todo se entienda ser por una misma y sola paga. = Sevilla 18 de Octubre de 1806.

Son rs de plata 89 de á 16 quartos.

Josef de Medina y Escalante.

NÚMERO XIV.

J. M. J. San Sebastian 22 de Septiembre de 1806. Son ps. 500 á $39\frac{3}{4}$ peniques por peso.

Á uso se servirán Vms. mandar pagar por esta mi primera de Cambio, á la órden del Señor Don Juan Francisco Bringas, quinientos pesos á treinta y nueve y tres quartillos peniques por peso, valor de dicho Señor que dexo á Vms. acreditados en cuenta, como aviso, y Christo con todos.

Á los Señores Foces y Compañia. — Francisco Cortabarria.

1.a — Londres.

En esta Letra se explica la cantidad de moneda nuestra que se recibe, pero

no la cantidad de moneda en libras esterlinas, schellines y peniques que importa; pero como se expresa el Cambio á que se ha contratado, se hace la cuenta, y se carga á aquel á cuyo favor se endosa la cantidad que debe percibir moneda de aquel país.

El recibo que se dá en este caso ademas de la primera, segunda y tercera, es como se sigue.

Recibí del Señor Don Juan Francisco de Bringas, reales de plata quatro mil de á diez y seis quartos en plata, en valor de una primera Letra de Cambio que este dia he dado á cargo de los Señores Foces y Compañía de Londres, de quinientos pesos á treinta y nueve y tres cuartillos peniques por peso, á favor y valor recibido de dicho Señor Bringas, á quien ademas de dicha primera, segunda y tercera doy este recibo, entendiendose todo por una sola, y misma paga. San Sebastian 22 de Septiembre de 1806.

Son rs. de plata 49 de á 16 quartos en plata.

Francisco Cortabarria.

NÚMERO XV.

J. M. J. Morlaix 5 de Junio de 1806. Por doblones 487 29 reales.

Á noventa dias vista mandará Vm. pagar en Cádiz por esta mi primera de Cambio, á la órden del Señor Don Pedro Deschamps, la cantidad de quatrocientos ochenta y siete doblones, con mas veinte y nueve reales de á treinta y dos reales de plata antigua por cada doblon, valor en cuenta con dicho Señor, que sentará Vm. como aviso, y Christo con todos.

Á Don Josef Siecham, guarde Dios muchos años.
Pedro Barrere.

La Sevilla.

En esta Letra no se explica el Cambio á que el librador gira, porque se supone que lo advierte en el aviso, ó en la cuenta que privadamente remite al que ha de pagar la Letra, la qual por ser pagadera en Cadiz, la ha de domiciliar allí el aceptante.

NÚMERO XVI.

Amsterdam y Septiembre de 1806. Por 550 ducados de á 375 maravedís por ducado en plata ú oro.

Á uso y medio mandará Vm. pagar por esta mi primera de Cambio, y á la órden de los Señores Henrique Coecq é Hijo, quinientos y cincuenta ducados de á trescientos setenta y cinco maravedís de plata vieja por ducado, en plata ú oro, valor de los dichos Señores, sentandolos Vm. en cuenta, como aviso, y sea Dios con todos.

Á Don Francisco Salmeron, guarde Dios muchos años.
Harmano Vande-Poll.

Acepto
Francisco Salmeron.

La Cádiz.

NÚMERO XVII.

J. M. J. Madrid 27 de Agosto de 1806. Son rs. vellon 80 en plata ú oro.

Á ocho dias vista mande Vm. pagar por esta mi primera de Cambio en Cádiz, y á mi órden, ocho mil reales de vellon en plata ú oro, valor de mi mismo, que sentará Vm., como aviso, y Christo con todos.

Á Don Francisco Sanchez Coronado, guarde Dios muchos años. Ezija.

Rodrigo de Eulate y Calderón.

Aceptada á pagar en casa de los Señores Rodriguez, Bustos y Compañia. Ezija 3 de Septiembre de 1806.

Francisco Sanchez Coronado.

Para Cádiz.

La

Estas clases de Letras ya se ha dicho que se hacen á prevencion para negociarlas como Letras á la vista quando ya está próximo á cumplirse su plazo, ó bien para asegurar el importe por medio de una aceptacion.

La primera se remite á la aceptacion, bien sea al mismo sugeto que debe aceptarla, y esto es lo mas comun, y muy própio de la buena fe del Comercio; ó se la dirige á otro sugeto para que recogida la aceptacion tenga aquella primera á disposicion de la segunda.

Si se la remite al mismo que la debe aceptar y satisfacer, se le previene que aceptada la encamine, v. gr. á Don Juan de la Vega Triviño de Cádiz, y al endosar la segunda se pone al pie de ella lo siguiente. La primera se hallará aceptada en casa del Señor Don Juan de la Vega Triviño de Cadiz.

Supongamos ahora que recelando el librador que el que debia pagar la Letra, podria tal vez no cumplir con su aceptacion, dió órden á un amigo para que estuviese á la mira, y en caso necesario pague la Letra por honor de su firma. Entonces se pone al pie de la Letra. *En defecto se acudirá al Señor Don F.*

Si se verifica esto, y la paga este último, nunca lo executa sin que preceda el protesto por falta de pagamento, á menos que no tenga órden expresa del que le comisionó para el pago de que haga este lisa y llanamente, y al pagarla hace poner en la segunda debaxo del último endoso un recibo concebido así: *He recibido del Señor N. el importe de esta Letra, quien la paga de órden del Señor N. y se previene que ha dado recibo por duplicado, y que este y aquel sirven para un mismo efecto.*

Este recibo se da además del que se pone en la Letra, es con el que se queda el que ha pagado la Letra, por quanto remite esta al que le encargó que la pagase, ya sea el librador mismo, ó ya sea alguno de los endosantes.

Quando el tenedor de la Letra ha acudido á cobrarla, y por falta de pagamento ha hecho sacar el correspondiente protesto, y se presenta un tercero á pagar la Letra y gastos por honor de la firma del sacador, ó de algunos de los endosantes, se pone en la Letra el recibo siguiente con esplicion circunstanciada de todo, á saber.

En tantos de tal mes y año pagó la cantidad que consta de la Letra de la vuelta del Señor Don N. por no haberlo hecho á su devido tiempo el Señor

Don N. como conste del testimonio de protesto, que le he entregado para que el sacador (ó Don N. endosador) le haga bueno la referida cantidad, con los quince reales de vellon que costó el protesto, y asimismo tantos reales de la misma moneda que se han ocasionado de gastos en la demora, portes de cartas, comision y perjuicios.

Ademas de este recibo puesto en la Letra, se da otro separado al que la ha pagado para los efectos que quedan referidos.

NÚMERO XVIII.

J. M. J. Barcelona 12 de Julio de 1806. Son ps. 506 escudos de á 128 quartos en plata ú oro.

Por esta mi primera de Cambio se servirá Vm. mandar pagar para el dia 15 de Enero del año proximo, y á la órden del Señor Don Simon Darrigran, quinientos y seis pesos escudos de á ciento y veinte y ocho quartos cada uno, que dexo á Vm. acreditados en cuenta, como aviso, y Christo con todos.

Á D. Francisco Alzayvar, guarde Dios muchos años. — Jaime Respau.

Acepto. Francisco de Alzayvar.

I a — Madrid.

En esta Letra aunque librada á dia determinado, goza de los ocho dias de gracia ó de cortesia, segun la practica inconcusa de Cadiz, y otras Plazas nuestras, y para no gozarlos habia de expresarse en ella *para el dia 15 prefixo de Enero*. Contra esta costumbre generalmente recibida en aquella Plaza, y observada constantemente sin la mas leve contradiccion por Nacionales y Extrangeros, no puede militar ningun caso particular en que la proteccion ó el privilegio hayan querido variar semejante costumbre, pues en razon de formalidades y requisitos del Cambio nadie debe gozar de excepciones.

NÚMERO XIX.

J M J. Madrid 22 de Julio de 1806. Son rs. de plata 16234 de á 16 quartos en plata ú oro.

Sirvase Vm. mandar pagar por esta mi primera de Cambio diez y seis mil doscientos treinta y quatro reales de plata de á diez y seis quartos cada uno, en plata ú oro, á la órden del Señor Don Josef Laserre, valor de dicho Señor, que dexo á Vm. acreditados, como aviso, y Christo con todos.

Á Don Andres Lagunas, guarde Dios muchos años. — Juan Antonio de Zelada.

I a — Puerto de Santa Maria.

Faltandola á qualquiera Letra la especificacion del término ó plazo á que ha de pagarse, como sucede en esta, debe reputarse por Letra á la vista, y pagarse como tal por las razones que quedan expuestas en el n. 342.

NÚMERO XX.

J. M. J. Madrid 24 de Septiembre de 1805. Son ps. 600 escudos de á 128 quartos en plata ú oro.

Á quarenta y cinco dias fecha, se servirá Vm. mandar pagar á la órden del Señor Don Pedro Pinuaga, seiscientos pesos escudos de á ciento y veinte y ocho quartos cada uno, valor del Señor Don Pedro de Navas, que sentará Vm. como aviso y Christo con todos.

Á Don Francisco Tomas Sanz, guarde Dios muchos años. — Francisco Ramirez de Arellano.

1.a — Sevilla.

Esta Letra suponemos equivocada en su fecha, por quanto para Sevilla fueron dias de correo el 23 y el 26 de Septiembre, y estando librada con la fecha del 24 de ningun modo podrá convenir con el aviso que forzosamente se debió dar con las fechas de los dos dias de correo arriba mencionados; ademas de esto puede suceder que el sugeto á cuya órden se libró, se llame Panyagua, y no Pinuaga, como dice la Letra. Por otra parte; si el aviso expresa que la Letra se ha librado á sesenta dias, y en ella solo constan quarenta y cinco, estará equivocada en el plazo.

Qualquiera de estas equivocaciones puede dificultar el pago de la Letra, ó retardarle; y así en negociando Letras hechas, es forzoso exâminarlas con toda prolixidad para evitar los inconvenientes que de qualquiera de semejantes defectos pueden originarse.

NÚMERO XXI.

J. M. J. San Sebastian 23 de Septiembre de 1805. Son rs. vn. 40 en plata ú oro.

Á quarenta dias fecha, mandará Vm. pagar á mi órden quatro mil reales de vellon, en plata, ú oro, valor de mí mismo, que dexo á Vm. acreditado, como aviso, y Christo con todos.

Á Don Juan Sampere, guarde Dios muchos años. — Bartolomé Agüero.

1.a — Madrid.

Esta Letra es de las de que se trata en el concepto de que no es verdadera Letra de Cambio hasta tanto que por el endoso pase á persona distinta que la con quien medió el contrato de Cambio. Por esta razon si Don Bartolomé Agüero de Navra la endosase á otro puramente para su cobranza sin intervenir contrato alguno de Cambio, quedaria en la clase de simple mandato, y por consiguiente no siendo de la que habla la Pragmatica del año 82 no traeria aparejada execucion como instrumento público, pues esta calidad solo la adquiere en quanto es Letra de Cambio, y no mientras es únicamente un mandato.

NÚMERO XXII.

J. M. J. Zaragoza 15 de Octubre de 1806. Son rs. vn. 100 en plata ú oro.

Por esta mi primera de Cambio, y á quatro dias vista, mandará Vm. pagar á la orden del Señor Don Gil de Mazarredo diez mil reales de vellon en plata ú oro, que dexo á Vm. acreditado, como aviso, y Christo con todos.

Á Don Juan de Aguirre, — Alvaro de Miranda.
guarde Dios muchos años.
La — Madrid.

Esta Letra es de las que faltandola la circunstancia de haberse recibido el valor, viene á quedar en la clase de libranza ó puro mandato; y por lo mismo no puede ser executiva, ni esta comprehendida en la Pragmática, sin que obste para ello que se diga que es primera de Cambio; pues no lo es mientras no procede de vercadeo ó contrato de Cambio en que haya trueque de dinero ausente por presente, y tomador que le dé. Lo mismo sucederia si se dixese en ella: *Mande Vm. pagar á Don Gil de Mazarredo diez mil reales de vellon en plata ú oro, valor en mi mismo*, segun y por las razones que quedan explicadas.

NÚMERO XXIII.

Señor Don Fernando de la Guardia.

Muy Señor mio: Sírvase Vm. mandar entregar al Señor Don Pablo Ciruentes dos mil reales de vellon, que con esta y su recibo abonaré á Vm. en nuestra cuenta. Nuestro Señor guarde á Vm. muchos años. Madrid 14 de Octubre de 1806.

Son 2000 reales de vellon.

B. L. M. de Vm.
su mas atento servidor
Vicente Pardiñas.

Esto es lo que se llama una libranza, y sirve, ya de Casa á Casa en una própia Ciudad, sea ó no Plaza de Comercio, y ya para otros qualesquiera parages distantes. Lo mismo tiene que se diga *sírvase Vm. mandar entregar, que estimaré á Vm. que entregue*, ú otra qualquiera expresion que equivalga á estas. Y aunque en realidad no sean estas libranzas unas verdaderas Letras de Cambio, siempre causan el mismo efecto que ellas, mayormente quando solo se emplean por lo comun para cantidades cortas, &c.

NÚMERO XXIV.

Fórmula de protesto de una Letra, que supondremos aquí sea el número 16, y que se protesta en Cádiz por Don Juan de Menchaca, como portador de ella por endoso de los Señores Henrique Coecq y Hijo de Amsterdam.

En la Ciudad de Cádiz á tantos dias de tal mes y año, ante mi el Escribano público y testigos parecio Don Juan de Menchaca, quien para efecto de protesto me exhibio una Letra de Cambio, cuyo tenor, el de su endoso y aceptacion, es el siguiente = Amsterdam y Septiembre 4 de 1806. Por ducados 550 de a 365 maravedises por ducado en plata ú oro. A uso y medio mandara Vm. pagar por esta mi primera de Cambio, á la orden de los Señores Henrique Coecq y Hijo, ducados quinientos y cincuenta de á trescientos setenta y cinco maravedises de plata vieja por ducado, en plata á oro, valor de los dichos Señores, y sientelos Vm. en cuenta, como aviso, y sea Dios con todos. = Hermano Valde Poll. = A Don Francisco Salmeron, guarde Dios muchos años = Primera = Cádiz. = Págnese á la órden del Señor Don Juan de Menchaca valor en cuenta con dicho Señor. Amsterdam veinte y uno de Septiembre de mil setecientos ochenta y ocho. Henrique Coecq y Hijo. Acepto. = Francisco Salmeron. Y despues de copiada me pidio la presentase original á Don Francisco Salmeron, á cuyo cargo está dada, requiriendole que mediante á cumplirse su plazo en el dia de hoy, con los dias de cortesia que son de estilo, la pague luego al punto, y en su defecto se la proteste con todos sus cambios, recambios, intereses, costos y gastos, para repetirlos y cobrarlos del susodicho como aceptante, del sacador y de quien mas haya lugar, y que todo se lo diese por testimonio = En esa virtud yo el Escribano pasé á las casas morada del referido Don Francisco Salmeron, y habiendo preguntado en ellas por el, se me respondió por un sugeto que manifesto llamarse Don Juan Salcedo, y ser Cajero de Don Francisco Salmeron, que este se hallaba ausente en la Ciudad de Sevilla.

Y habiendo hecho al Don Juan de Salcedo el requerimiento y protestas arriba explicadas, y enterandole de sus efectos para que lo noticiase al citado Don Francisco Salmeron, dixo que no se haria cargo con orden ni providencia para hacer el pago de dicha Letra. Esto dió por respuesta, y mediante ella, dexé protestada la mencionada Letra, y lo firmo el mismo Don Juan de Menchaca, siendo testigos Don Joseph de Alcedo, Don Severino de Alcazar, y Don Fernando Gumiel vecinos de Cádiz. = Juan de Menchaca. = Bernardo de Mier. Concuerda con su original en mi registro, á que me remito; y para entregar á Don Juan de Menchaca, y á su pedimento mandé sacar esta copia que signo y firmo en Cádiz en el dia de su fecha.

Bernardo Mier.

Despues se pasa esta misma copia á tres Escribanos, para que certifiquen ser Bernardo Mier tal Escribano, y aquella firma signo suyo, y asi legalizada, se le entrega al que la ha pedido para que use de su derecho.

NÚMERO XXV.

Otra Fórmula de Protesto y cuenta de resaca de Letra protestada.

En la Ciudad de Sevilla á diez y nueve de Enero de mil setecientos ochenta y seis, ante mi Escribano y testigos pareció Don Juan Gutierrez, vecino del Comercio de ella, quien por si y su compañía intitulada Gutierrez, Ibarrola y Compañía, y para efecto de protesto de no pagamiento exhibió una Letra primera de Cambio, cuyo tenor dice así. = J. M. J. Cadiz y Diciembre 22 de 1806. Son pesos 500. escudos de á 128 quartos. A quince dias vista sirvase Vm. mandar pagar por esta mi primera de Cambio, y á la órden del Señor Don Jaime Escalonilla quinientos pesos, escudos de á ciento y veinte y ocho quartos cada uno, valor de dicho Señor, que sentará Vm. como aviso, y Christo con todos. = Julian de Zuñiga y Soriano. = Á Don Vicente de Escamilla guarde Dios muchos años. Primera. Sevilla. = Paguese por mí á la orden de los Señores Gutierrez, Ibarrola y Compañía, valor del Señor Don Miguel de Anduaga, Cadiz y Diciembre veinte y tres de mil ochocientos y seis. = Jaime Escalonilla. = Aceptó Vicente de Escamilla. = Y así inserta la referida Letra y endoso, me pidió el dicho Don Juan Gutierrez que la presentase á Don Vicente de Escamilla, vecino y del Comercio de esta Ciudad requiriéndole que en fuerza de su aceptacion, y de haberse hoy cumplido su plazo, la pague luego al punto, y en su defecto se la proteste con todos sus cambios, recambios, costas, daños é intereses seguidos, y que se causaron hasta su real y efectivo pago, para que todo se pida y cobre del sacador, endosador y demás personas y bienes contra quienes haya lugar, y que se lo dé por testimonio. En esta virtud yo el Escribano manifesté la expresada Letra original al susodicho Don Vicente de Escamilla, haciéndole en su persona este requerimiento y protesto, quien habiéndolo entendido todo, dixo que estaba haciendo várias diligencias en solicitud de dinero para hacer su pago á las ocho de la noche. Esto dió por su respuesta, y sin embargo de ella, y para los efectos que haya lugar, le dexé protestada la mencionada Letra con todos sus apercibimientos, de que quedó inteligenciado, y no firmó porque expresó no ser necesario: Fueron testigos Don Ramon de Uriarte, Don Sebastian de Inza, y Don Carlos Ramirez, vecinos de esta Ciudad. Juan Matias del Valle.

Letra.

Endoso.

Aceptacion.

Esta copia concuerda con su original en mi registro, á que me remito, y la entregué á la parte en el dia de su fecha. = Juan Matias del Valle.

Comprobacion. Damos fé que Don Juan Matias del Valle, de quien la copia antecedente parece autorizada &c.

Cuenta de resaca de una Letra de Cambio de 500 pesos de á 128 quartos cada uno, dada en Cadiz á 22 de Diciembre de 1806, á quince dias fecha por Don Julian de Zuñiga y Soriano, á cargo de Don Vicente Escamilla, y á la órden de Don Jaime Escalonilla; quien la endosó á la de los Señores Gutierrez, Ibarrola y Compañía por valor recibido de Don Miguel de Anduaga, y fué protestada por falta de pagamento en diez y nueve de Enero de 1807.

Importe de la Letra... Reales de plata.....	4000.	
Protesto.....	10.	10.
Portes de Cartas y Certificacion en el Correo.....	17.	
Daño de la resaca á 1 por ciento.....	40.	6.
Corretage á 2 por millar.....	8.	
	4075.	16.

4076.

Por mi encomienda de ½ por ciento. . . . . 20.
Sevilla 21 de Enero de 1786.

Reales de plata. . . . . 4096.

Miguel de Anduaga

Corretage de Cadiz. . . . . 4.

Reales de plata. . . . . 4100.

Recibi Jaime Escalonilla.

NÚMERO XXVI.

Otra Fórmula de Protesto, y cuenta de resaca.

En la Ciudad de Cadiz á veinte dias del mes de Enero de mil ochocientos y siete, ante mí el infrascripto Escribano y testigos, parecio Don Juan Lopez Carrascosa, vecino de ella, y hombre de negocios en su comercio, (á quien doy fé conozco) quien me exhibió una Letra de Cambio original del tenor siguiente. J. M. y J. Sevilla 14 de Diciembre de 1806. Por pesos 300. de á 128 quartos. = A treinta dias fecha sirvase Vm. mandar pagar por esta mi primera de cambio á la orden del Señor Don Mateo Alzayvar trescientos pesos escudos de á ciento y veinte y ocho quartos cada uno, valor de dicho Señor que sentará Vm. como aviso, y Christo con todos. = Manuel Ruiz de Noriega. = A Don Marcos Valladares, guarde Dios muchos años. Cadiz. Paguese á la órden del Señor Don Antonio Granados, valor en cuenta con dicho Señor. Sevilla quince de Diciembre de mil ochocientos y seis. Mateo Alzayvar. Paguese á la órden del Señor Don Pedro de la Quintana valor en cuenta con dicho Señor, fecha *ut supra*. = Antonio Granados. Paguese á la órden del Señor Don Juan Lopez del Corral, valor del Señor Don Fernando Velmonte, fecha *ut supra*. = Pedro de la Quintana. Aceptada. Marcos Valladares. Y asi copiada dicha Letra, el referido Don Juan Lopez Carrascosa, me pidió que requiriese con ella y la presentase original á Don Marcos Valladares, contra quien está sacada, á fin de que respecto á tenerla aceptada, y ser hoy dia de la fecha cumplido el plazo para su pago, lo executo luego al punto y sin dilacion, y de lo contrario sin que sea visto perjudicar en manera alguna el derecho que en fuerza de la aceptacion le compete, donde, quando, como le convenga, le protesta que todos los daños, pérdidas, intereses, gastos, cambios y recambios que se ocasionaren, serán de su cuenta, la de los endosantes y dador, ó de quien haya mas lugar, sobre que dixo hacia las protestas en esta razon necesarias, é yo el Escribano hice notorio este protesto, y requerí con dicha Letra al mencionado Don Marcos Valladares, quien entendido, y vista la Letra dixo, que con motivo de que el sacado no ha puesto los correspondientes fondos en su poder, como ofreció hacerlo en debido tiempo, no la puede satisfacer, pero que si el sacador no lo executaba de aqui al próximo Domingo, estaba pronto á dar Letras á

Endoso.

otro.

otro.

Aceptacion.

la vista contra el mismo sacador para el pago de esta con que se le ha requerido: Esto dió por respuesta, y no obstante ella se afirmó el requirente en sus protestas, pidiéndomelo por testimonio, y yo le doy de lo que dicho es firmado del mismo, siendo testigos Don Manuel Carbonera, Don Juan Serrano, y Don Ignacio Sarmiento, vecinos de Cadiz. = Juan Lopez Carrascosa. = En el registro de Don Diego de Mella, Escribano público. = Blas de Minaya.

Concuerda esta copia con su original en dicho registro, á que me remito, y la entregué á la parte, a cuyo pedimento se ha hecho en Cadiz á veinte y dos de Enero de mil ochocientos y siete. = Doy fé. = Blas de Minaya.

Cuenta de resaca de una Letra de Cambio dada en catorce de Diciembre de mil ochocientos y seis, por Don Manuel Ruiz de Noriega, de Sevilla, á treinta dias fecha, á favor de Don Mateo Alzayvar, cedida por éste á favor de Don Antonio Granados, quien la endosó á la órden de Don Pedro de la Quintana, y este á mi órden por valor de Don Fernando Velmonte, á cargo de Don Marcos Valladares, de pesos trescientos de á ciento y veinte y ocho quartos cada uno, protestada en veinte de este mes por falta de pagamento = á saber.

Principal de dicha Letra de pesos 300. . . Rs. de plata.	2400.
Por el protesto.	10.
Corretage de resaca.	4. 28.
Por mi encomienda y portes de cartas.	14. 26.
Reales de plata	2429. 20.

Cuya cantidad he librado en este dia á la vista á cargo de Don Pedro de la Quintana, y á favor de los Señores Villamil, Hermanos y Compañia. Cadiz 23 de Enero de 1807. Juan Lopez Carrascosa.

Recibí el contenido de esta cuenta y entregué la primera y segunda Letra con los demás instrumentos. Sevilla 2 de Enero de 1807. Mateo Alzayvar.

NÚMERO XXVII.

Otra Fórmula de protesto.

Para esto supondremos que sea la Letra protestada la del número 18.

En la Villa de Madrid á quince de Enero de mil ochocientos y seis, yo el infrascripto, de pedimento de Don Simon Darrigran, vecino y del Comercio de esta Corte, requerí á Don Josef de Zuñia y Escalzo, pagase la Letra siguiente. J. M. y J. Barcelona 12 de Diciembre de 1806. Son pesos 506 escudos de á 128 quartos en plata ú oro. Por esta mi primera de cambio se servirá Vm. mandar pagar para el dia quince de Enero próximo venidero, y á la órden del Señor Don Simon Darrigran, quinientos y seis pesos, escudos de á ciento y veinte y ocho quartos cada uno, que dexo á Vm. acreditados en cuenta, como aviso y Christo con todos. = Jaime Respau. Á Don Francisco de Alzayvar guarde Dios muchos años. Madrid. =

Primera. = Aceptó Francisco de Alzayvar. Concuerda con la Letra original que devolví á dicho Señor Don Simon Darrigran, de que doy fé: y en su consequencia apercibí al citado Don Francisco de Alzayvar, que de no pagar la cantidad contenida en dicha Letra, le protestaria lo que conviniese; y habiendo respondido que no la satisfacia por no hallarse con caudales del sacador para ello, yo el Escribano la protesté las veces en derecho necesarias, que todos los cambios, recambios, encomiendas, costas, gastos, daños, menoscabos é intereses que por falta de puntual pagamento de dicha Letra se hubieren seguido, y siguieren, serán por cuenta y riesgo del dador, y de quien mas haya lugar. Y habiéndomelo pedido dicho Señor Darrigran por testimonio, se lo entregué, de todo lo qual doy fé, y lo firmé F. de J.

Nota. Si la Letra ha venido girada contra persona de fuera de la plaza, y no la ha domiciliado en ella, se encabeza el protesto en estos términos.

En la Villa de Madrid á tantos de tal mes &c. Yo el infrascripto, de pedimento de Don F. fuí á diversas casas de hombres de negocios en la Calle Mayor, Plazuela del Angel, y otros parages de comercio, á efecto de preguntar por Don F. de J. y pedirle el pagamento de la Letra siguiente. =

Aquí se inserta la Letra y despues prosigue.

Concuerda con la Letra original, que devolví á dicho Don F. de que doy fe. = Y habiendo preguntado por el citado N. á diferentes personas comerciantes, Mercaderes, Corredores de Cambios y otras, y si querian ó sabian quien quisiese pagar por el referido, ú en otra forma la citada Letra, no hallé quien del expresado me diese razon, ni quien por él la quisiese pagar. = Y visto por Don F. dixo protestaba, y por ante mi el Escribano protestó las veces en derecho necesarias, que todos los cambios, &c. ***Lo demás como en el anterior testimonio.***

Formulario 1.° de una Sociedad entre dos Mercaderes que ponen tienda para hacer el comercio por menor, y que uno y otro lleven dinero efectivo por capital.

Los infrascriptos Don Pedro Lopez, y Don Guillermo Saavedra, Mercaderes de Sedas, vecinos y del Comercio de esta Villa, decimos: haber hecho y hacer sociedad y compañía para todos los negocios pertenecientes al gremio de sedas, por el tiempo de seis años consecutivos sin interrupcion, contando desde 1 de Octubre de este presente año de 1806, hasta igual dia del venidero de 1812, baxo los nombres de *Don Pedro Lopez, y Don Guillelmo Saavedra*, quienes habremos de firmar todos los actos necesarios concernientes á esta sociedad en la forma y con la firma siguiente. ***Lopez y Saavedra en compañía***, con los pactos, clausulas y condiciones siguientes.

1 Hemos convenido que el fondo y capital de esta sociedad y compañía, sea la suma y cantidad de 500 pesos de á 128 quartos cada uno, de esta manera.

2 Por mi parte yo Don Pedro Lopez contribuiré por mi capital 250 pesos, obligándome á aprontarlos en dinero efectivo en dicho dia 1 del próximo mes de Octubre

3 Yo Don Guillermo Saavedra prometo por la mia contribuir la cantidad de otros 25∂ pesos, que igualmente aprontaré en dinero efectivo en el mismo dia 1 de Octubre.

4 Demas de esto nos obligamos uno y otro á traer á la sociedad todo el dinero que venga á nuestro poder, ó por casamiento, sucesiones, donaciones, venta de generos, ó por otra qualquier manera, titulo ó via; de cuyo importe se llevará cuenta separada como acreedores en los libros de la sociedad con el interes de 6 por 100.

5 No será permitido ni al uno ni al otro socio tener cuenta corriente, interin y hasta no estar completa su cuenta del fondo capital que debe poner en esta sociedad.

6 Para el giro y manejo del comercio de la compañía se tomará en arrendamiento en nombre de los dos una casa, en la calle que tengamos por conveniente, siendo de cuenta de la sociedad el pago de los alquileres que se ajusten.

7 Nos hemos convenido en que yo Don Pedro Lopez ocuparé el quarto principal para mi habitacion con tales y quales piezas y comodidades, en que nos pondremos de acuerdo, y yo Don Guillermo Saavedra el quarto segundo con tales y quales agregados; y si ocurriere entre nosotros sobre este punto alguna dificultad, la determinarán nuestros amigos comunes, á cuyo dictámen, juicio y resolucion estaremos precisamente, sin contravenir á él en manera alguna.

8 En todo el discurso de dichos seis años será comun y á costa de la compañía, el gasto de la mesa, tanto para nosotros como para nuestros factores, mancebos y criados domésticos, como tambien los salarios y demás gastos que se ofrezcan concernientes á nuestro giro y comercio.

9 Tambien se comprarán muebles á costa de la compañía para amueblar una sala ó pieza comun para comer, y asimismo la batería de cocina, platos de peltre, y demás utensilios de ella, é igualmente los muebles necesarios para los dormitorios de los factores y criados domésticos.

10 En quanto á los muebles de nuestras habitaciones, los comprará de su cuenta cada uno de nosotros.

11 Nos hemos convenido en que ninguno de los dos tomará para su gasto particular sino la cantidad de 4∂ reales de vellon cada un año, á ménos que sea de su cuenta corriente.

12 No será permitido á ninguno de los dos socios otorgantes hacer comercio particular en todo el tiempo de esta compañía, y todo lo que hagamos ha de ser precisamente de acuerdo entre los dos, y en beneficio, provecho y utilidad comun de esta sociedad.

13 Si alguno de los dos contragese matrimonio durante el tiempo de esta sociedad, pagará á la compañía por los alimentos de su muger 2∂ reales anuales, 800 por cada criado ó criada que tenga, y 600 por cada hijo que Dios se sirva darle, despues de su lactancia.

14 Si sucediese que uno y otro socio contragesen matrimonio durante esta sociedad, todo el gasto de mesa, asi para nosotros como para nuestras mugeres, será comun y pagado por la compañía en los términos contenidos en la condicion 8.

15 Sin embargo de lo prevenido en los capitulos antecedentes, estamos convenidos en que si tuviesemos por bien tener mesa á parte, podremos hacerlo, en cuyo caso tendria solamente facultad cada uno de nosotros de tomar hasta 12∂ reales cada año, tanto para el gasto de nuestras familias, como para

el nuestro ; á menos de ser de su cuenta corriente.

16 En quanto á los factores y domésticos sirvientes, ó en la tienda, ó en el almacen, cada uno de nosotros tendrá á su cargo mantener á su costa particular la mitad de ellos, y si su número no fuese igual, se le abonarán por la compañía al socio que tenga uno mas, 1200 reales anuales, ó lo mantendremos alternativamente cada uno un año.

17 En el referido caso los muebles, servidumbre de peltre, batería de cocina y demás menage de casa, comprado para nuestro uso comun, se partirán por mitad entre los dos socios.

18 No podrá ninguno de nosotros renovar el recibo del dueño de la casa, ó la escritura de arrendamiento de ella, sin el mutuo consentimiento de uno y otro.

19 Para el buen regimen, gobierno y direccion de nuestro giro y comercio, llevaremos buenos y fieles libros, así jornales, de compra, venta y extracto, como todos los demás que sean necesarios, segun uso de mercaderes, con arreglo á las Ordenanzas del Consulado de. . .

20 Tendremos alternativamente cada uno de nosotros un año el gobierno y direccion de la casa, sin que por esto podamos reconvenirnos por los abusos que se cometan en ella, á ménos de ser por disminucion ó falta en el dinero.

21 Haremos todos los años Inventario general de todos los efectos activos y pasivos de esta compañía, del qual cada uno de nosotros tendrá una copia firmada de los dos.

22 Si alguno de los socios otorgantes falleciese en el tiempo de esta compañía, podrán su viuda, hijos y herederos continuar en ella hasta el cumplimiento de dichos seis años, ó retirarse de la sociedad ; en cuyo caso les entregará el otro socio que sobreviva, ó todo el importe de su capital y las ganancias que hasta entónces hubiera en la compañía, ó bien todo el referido capital con sus intereses á razon de diez por ciento, á opcion de la viuda, hijos y herederos.

23 Si sucediese que estando para cumplir los referidos seis años, no tuviesemos por bien renovar esta compañía, estaremos obligados los dos á darnos aviso el uno al otro seis meses ántes, á fin de que en este tiempo no se hagan compras de géneros ni mercaderías algunas, y se liquiden todos nuestros negocios, y se cobren las deudas activas para pagar las pasivas si hubiese alguna.

24 Se ha de hacer al fin de dichos seis años un Inventario general de todos los géneros y deudas activas que restaren pendientes, de todo lo qual haremos dos partes ó lotes, lo mas iguales que sea posible, y echando suertes sobre adjudicacion de ellas, aquel á quien le cupiese el uno de ellos habrá de darse por contento y satisfecho, y recibirlo sin reparo ni dificultad alguna.

25 Será obligacion de cada uno de nosotros hacer á costa comun de ámbos, por tiempo de un año, todas las diligencias necesarias, judiciales y extrajudiciales para el cobro de las deudas activas que le hayan cabido en su parte ; y de seis en seis meses nos daremos recíprocamente cuentas de todo lo cobrado, y abonandonos mutuamente los gastos y costas causadas á cada uno en dichas diligencias, partiremos el caudal que resulte, quedando de cuenta y riesgo de cada uno aquellas deudas en que hubiere sido omiso en practicar las diligencias necesarias, hasta poner las causas en estado de sentencia, y se le cargarán por el otro como si las hubiese cobrado.

26 De todas las demas deudas, que pasado dicho año, queden pendien-

tos y por cobrar, á reserva de las que por negligencia se hayan cargado á qualquiera de los dos, se harán dos partes lo mas iguales que pueda ser, y echando suertes para su adjudicacion, deberá contentarse y darse por satisfecho cada uno de nosotros con la que le cupiese sin recurso ni accion á reclamar ni pretender cosa alguna contra el otro; con lo qual quedará fenecida nuestra sociedad.

37. En caso, lo que Dios no permita, que sucediese, que durante nuestra compañía, ó al tiempo de su disolucion se suscite entre nosotros alguna diferencia, prometemos poner todas nuestras controversias, disputas y motivos de desavenencia en manos de sugetos del comercio que estarémos obligados á nombrar, y si estos no estuviesen, ó no fuesen de un acuerdo, ó dictámen, los damos poder para tomar ó nombrar un tercero, tambien comerciante, y nos obligamos por nosotros, nuestras consortes, nuestros herederos, y sucesores, á que estarémos, y pasarémos por el juicio, dictámen, y parecer de ellos, baxo la pena que nos imponemos de 200. reales, que pagará el que contraviniese, la que se aplicará por terceras partes, una para el Hospital general de esta Villa, otra á los pobres de las cárceles, y la tercera para aquel de nosotros que se hubiese conformado con dicha decision.

28. Las ganancias y pérdidas que Dios fuese servido darnos, se partirán igualmente por mitad.

29. Asimismo hemos convenido, que de las ganancias, que Dios se sirva concedernos, darémos cada año de consentimiento de los dos, la cantidad de 400 reales á los pobres que juzguemos tener mas necesidad.

Nota. Véanse sobre las condiciones 22. y 27. los números 9. y 16. del cap. 10. de las Ordenanzas de Bilbao.

Formula II. *De una sociedad de dos Mercaderes, para hacer el Comercio por menor, y de los quales el uno tiene ya tienda, y lleva por capital generos y deudas activas; y el otro dinero efectivo, con el pacto de que el uno tenga facultad de incluir á su hijo en la sociedad algunos años ántes de su disolucion.*

Los infrascriptos Don Santiago Cortazar, y Don Francisco Ponce, individuos del Gremio de Paños, uno de los cinco mayores de esta Villa, decimos y confesamos habernos convenido en celebrar y contraher, como por la presente escritura ó contrata celebramos y contrahemos compañía y sociedad para todos los negocios en que tratan los Mercaderes é individuos de nuestro Gremio, por el tiempo de nueve años consecutivos sin interrupcion, que se han de contar desde primero del mes de Septiembre próximo del presente año de 1806, y cumplir en igual dia de igual mes del año que vendrá de 1815, baxo la razon, nombres y firma de *Santiago Cortazar, y Francisco Ponce en compañía*, con los pactos, cláusulas y condiciones que se contienen en los artículos siguientes.

1. Será el fondo capital de esta nuestra sociedad la cantidad de 1200 reales: á saber:

2. Por mi parte yo Don Santiago Cortazar pondré la de 800 reales importe del Inventario de mis géneros y deudas activas, que hemos hecho el Señor Don Francisco Ponce y yo, del qual cada uno de nosotros tiene una copia firmada de los dos, estando conformes en los precios dados en él á los referidos géneros, estimándolos como dinero efectivo que yo traigo á la com-

pañia ; y en quanto á la cantidad en que el total del Inventario excede á la parte de mi capital , de este exceso se pagarán mis dendas pasivas al paso , y segun que se vendan los referidos géneros , y cobren las deudas activas ; y del sobrante seré acreedor en mi cuenta corriente con la compañia , con el interes de medio por ciento al mes.

3. Por mi parte yo Don Francisco Ponce me obligo á contribuir por mi capital para esta sociedad con 40ɔ reales en dinero efectivo en el referido dia 1.º de Septiembre próximo.

4. Nos obligamos uno y otro sócio á traer á la compañia todo el dinero que venga á nuestro poder ; asi por renta de bienes raices , sucesiones , y donaciones , como por otra qualquier via ó manera , de lo qual se nos abrirá y formará crédito en la cuenta corriente del que lo traxere , con el interes de medio por ciento al mes.

5 Para hacer el Comercio de esta compañia , se tomará casa en Madrid, y será la que yo ocupo en la calle de : .... y. se me pagarán los alquileres por la compañia como á dueño que soy de ella á razon de cincuenta doblones cada año , quedando de mi cargo pagar el alumbrado y demás cargas que segun la costumbre de dicha Villa son ó fueren de cuenta de los dueños de las casas de ella.

6. Todos los gastos que convenga hacer para el bien y curso de nuestro giro y comercio , como portes de géneros , los de cartas , gastos de viages , salarios , y mantenimientos de nuestros factores y mancebos , y otros qualesquiera gastos menudos serán de cuenta de esta compañia.

7. Hemos convenido que yo Don Santiago Cortazar mantendré los factores, mancebos , y demás criados ó dependientes del Comercio de esta sociedad . abonándome la compañia por esta manutencion tantos reales en cada un año.

8. Estamos tambien conformes , que yo el referido Don Santiago haré la costa de comer , y de lumbre para el brasero al Señor Don Francisco Ponce, contribuyéndome dicho Señor por esta razon con la cantidad anual de 2ɔ. reales.

9. Igualmente hemos convenido , que yo el referido Don Santiago Cortazar no podré tomar de esta compañia en cada un año mas de 10ɔ. reales de vellon , á no ser que sea de mi cuenta corriente.

10. Yo Don Francisco Ponce no podré asimismo tomar de la misma compañia mas de 5ɔ. reales anuales , á ménos que lo haga tambien de mi cuenta corriente.

11. Estamos tambien conformes, en que si yo el Don Francisco Ponce contragese matrimonio , todo el gasto de mesa se costeará por esta compañia , cesando en tal caso la pension de 2ɔ reales que me he obligado á pagar al Señor Don Santiago Cortazar en el articulo 8.

12. Ninguno de los dos sócios podrá hacer comercio ni negocio particular en el discurso de esta sociedad ; y todo el que hagamos uno y otro ha de ser de comun acuerdo de los dos , para el bien , ventajas y beneficio comun de esta compañia.

13. Para el buen régimen , direccion y gobierno de nuestro giro y Comercio , llevarémos buenos , fieles , y legales libros , asi Diarios de compra y venta , de caxa y extracto , como todos los demas que sean necesarios , segun uso de Mercaderes.

14. Estamos igualmente conformes en que yo.... tendré á mi cargo el gobierno de la caxa ::....

15. Asimismo estamos tambien convenidos, en que yo Don Santiago Cortazar llevaré la firma, para firmar todas las Letras y Villetes de Cambio, y las órdenes que sean necesarias con este motivo, como tambien otros Villetes y promesas pagables á la órden, ú al portador, los que precisamente habré de firmar baxo la razon de *Cortazar y Ponce en compañía*, á no ser que sean por mi cuenta particular.

16. En quanto á otros actos, como endosos de Letras y Villetes de Cambios, vales ó promesas pagables al portador á efecto de recibirlos en pago, y liberacion, y otros actos concernientes á nuestro comercio, á reserva de los explicados en el artículo precedente, se firmarán por uno y otro, y estarémos obligados á firmar *Cortazar y Ponce en compañía.*

17. Hemos concertado, que las deudas activas, tanto las que yo Don Santiago Cortazar lleve á la compañía, como las que contraigan los mismos deudores por los géneros y mercancías que ésta les venda, se distribuirán sueldo á libra en la cuenta de los mismos deudores; cuyas sumas se asentarán con separacion en los libros; á saber, parte sobre las deudas que yo Don Santiago traigo á la compañia, y parte sobre las deudas nuevas que contraiga á favor de ella.

18. Hemos acordado y convenido tambien, que yo Don Santiago Cortazar no podré *prestar*, ó fiar á ningun deudor de los deudores comprehendidos en mi Inventario sino de consentimiento del dicho Señor Don Francisco Ponce, salvo que sea de mi cuenta particular; y para que conste la aprobacion que yo el Don Francisco haya de dar al *fiado* ó préstamo que haga el Don Santiago, habré de poner por baxo de la partida ó asiento, *Aprobado*, con mi rúbrica.

19. Se hará todos los años Inventario general de todos los efectos activos y pasivos de esta compañia, del qual tendrá cada uno de los dos una copia firmada de ámbos.

20. Igualmente estamos conformes en que yo Don Santiago Cortazar podré interesar en esta sociedad á los tres años contados desde el dia que tenga principio, á Don Pedro Cortazar mi hijo mayor, y tendrá en ella una tercera parte de interés, que yo le daré en la parte que es própia mia en dicha compañia, poniendo en ella la tercera parte de los 1200 reales que es nuestro capital; de manera que yo el Don Francisco Ponce tendré una tercera parte; y yo Don Santiago y mi hijo Don Pedro tendrán cada uno otra tercera parte; entónces será la razon de la compañia *Santiago y Pedro Cortazar padre é hijo, y Francisco Ponce en compañía*; y el referido mi hijo entrará en ella baxo los pactos, cláusulas y condiciones de esta escritura.

21. Para la execucion del artículo antecedente, habrémos de hacer Inventario general de todos los efectos activos y pasivos de la expresada compañía, á presencia del referido mi hijo Don Pedro Cortazar, el qual le firmará juntamente con nosotros; y en caso que haya ganancias al fin de los dichos tres años, todo lo que se encuentre que exceda del capital perteneciente á mi Don Francisco Ponce, deducido mi gasto y lo que haya traido á la compañia, adquirido por herencias, donaciones, ú de otra manera, se pondrá ó se me abonará en mi cuenta corriente con el interés de medio por ciento al mes, que me pagará esta compañia.

22. Igualmente hemos acordado, que si yo Don Santiago Cortazar viniese á fallecer en los tres años primeros de nuestra sociedad, mi hijo Don Pedro Cortazar podrá entrar en mi lugar, en cuyo caso continuará la compa-

ñía con la denominacion de *Pedro Cortazar* y *Francisco Ponce en compañía*, hasta el cumplimiento de dichos tres años; y para los seis restantes hasta el fin de dicha compañía, serán interesados en ella en partes iguales ó por mitad, habiendo de tener yo Don Francisco Ponce el cargo de llevar la firma para los actos de que se ha hecho mencion en los susodichos artículos quince y diez y seis, los quales el Don Pedro Cortazar será obligado á observar en toda su extension segun su forma y tenor.

23. En caso de fallecer yo el Don Francisco Ponce, durante los dichos nueve años, si me hubiese casado, podrán mi muger, hijos y herederos, si quisieren, continuar y proseguir en esta sociedad por todo el tiempo que falte hasta su cumplimiento, ó bien apartarse de ella; en cuyo caso los dichos Don Santiago y Don Pedro Cortazar, si este fuese, ó estuviese ya en esta compañía, les entregarán mi capital, y las ganancias que hubiese hasta entónces, con todo lo demás que yo hubiese trahido á ella con sus intereses, en la misma forma, modo y términos, que se dirá en los artículos siguientes para el caso de la disolucion de la sociedad.

24. Si acercándose el cumplimiento de dichos nueve años, no tuviésemos por bien renovar la presente sociedad, será obligacion de los sócios otorgantes darnos aviso de ello seis meses ántes, á fin de cesar en este tiempo de hacer prevencion, y comprar de géneros ó mercaderías algunas, liquidar nuestros negocios, y tener tiempo para recaudar las deudas activas, y pagar con su producto las pasivas que hubiese contra esta sociedad.

25 Cumplidos dichos nueve años, se ha de hacer Inventario general de todos los géneros y deudas activas, de todo lo qual se harán tres lotes ó partes lo mas iguales que pueda ser, á excepcion de las deudas activas que yo Don Santiago Cortazar haya traido á la compañía, si todavía hubiese alguna pendiente, las quales deberé yo volver á tomar de mi própia cuenta: y echando suertes sobre la distribucion, aplicacion y adjudicacion de dichas tres partes ó lotes, de las quales una será para mí, otra para mi hijo Don Pedro en caso que entre en la sociedad, segun queda convenido, y otra para mí Don Francisco Ponce; y á quien cupieren por suerte dichas partes ó lotes, será obligado á darse por contento y satisfecho con la que le tocare.

26. Será obligacion de cada uno por la suya por tiempo de un año, como tambien de la de Don Pedro Cortazar si entrase en la sociedad, hacer á costa comun de todos las diligencias que sean ó fueren necesarias para cobrar las deudas activas creadas y contrahidas en el tiempo de esta sociedad, que hubiesen cabido en suerte á cada uno de nosotros, dándonos despues recíprocamente de seis en seis meses cuenta de todo lo cobrado, abonándonos tambien en ella los gastos que hubiésemos hecho, y distribuyendo entre nosotros todo el producto líquido; y cumplido y fenecido el expresado año, y vencidas dichas deudas, si alguno de nosotros hubiere dexado de hacer las diligencias necesarias, hasta poner en dicho año las causas en estado de sentencia difinitiva, las deudas en que hubiese sido omiso alguno de nosotros á quien hubiesen cabido como dicho es, quedarán de su cuenta y riesgo, y tendrá que admitirlas en su cuenta como si las hubiese cobrado.

27. De todas las demás deudas activas que restaren pendientes despues de pasado el referido año, se harán tres partes ó lotes lo mas iguales que sea posible, de los quales, dos serán para nosotros Don Santiago y Don Pedro Cortazar, si este hubiese entrado en la sociedad, y uno para mí Don Francisco Ponce; y á quien qualquiera de ellas cupiere por suerte, habrá de recibirla

sin pretension, repeticion ni recurso alguno contra los otros; con lo que quedará resuelta y acabada nuestra sociedad.

28. Si en el discurso de la presente compañía sobreviniesen algunas contiendas, disputas ó desavenencias entre los socios otorgantes, nos obligamos desde ahora para entónces, á estar y pasar por lo que acordaren y resolvieren dos comerciantes nombrados, uno por cada uno de los sócios; y desde ahora les damos tambien poder y facultad de nombrar un tercero en caso de discordia, y so la pena que nos imponemos de veinte y quatro mil reales al contraventor, aplicables por terceras partes, una para el Hospital general de esta Villa, otra para los pobres de las cárceles, y otra á los que estén y pasen por el referido acuerdo y resolucion de los árbitros.

29 Las ganancias y pérdidas que Dios fuere servido dar á nuestra compañía, se partirán de esta manera: dos terceras partes para mí Don Santiago Cortazar, y la otra tercera á mí el dicho Don Francisco Ponce en los tres primeros años; y en caso que Don Pedro Cortazar mi hijo entre en la sociedad, despues de los referidos tres años, se partirán y distribuirán en tres iguales, á saber, una para mí Don Santiago Cortazar, otra á dicho mi hijo, y la otra tercera parte á mi Don Francisco Ponce.

30. En el caso que Don Pedro Cortazar falleciese ántes de los tres años en que ha de poder tomar interés en esta sociedad, ó no quisiese interesarse en ella, ó si entrase viniese á morir, hemos convenido en que yo Don Francisco Ponce interesaré en la mitad de las ganancias y pérdidas en los seis años últimos de esta sociedad, ó en el del tiempo que restáre y faltáre hasta el fin y cumplimiento de ellos, poniendo en la compañía en tal caso la cantidad de..... reales necesaria para cubrir la parte correspondiente á mi capital; y en su consequencia todos los efectos, géneros y deudas activas de esta sociedad se repartirán y dividirán por mitad, segun y de la manera que se contiene en los artículos 25, 26, y 27 de la presente escritura.

31. Estamos tambien conformes en distribuir de comun acuerdo todos los años entre los pobres de mayor necesidad la cantidad de 400 reales.

Nota. Los artículos concernientes al público, que en conformidad de las Ordenanzas de Bilbao, donde rixan, deben explicarse en el testimonio en relacion que mandan poner en poder del Prior y Consules, son los que hablan de la razon y título de la sociedad y del tiempo de su duracion; la del sócio que ha de llevar la firma para ciertos actos; la de los negocios que se estipula hayan de llevar las de todos los sócios; la del nuevo sócio que á su tiempo ha de entrar en la sociedad á los tres años, ú ántes si muriese su padre; la que habla de haber de llevar la firma en su caso Don Francisco Ponce, y que Don Pedro Cortazar firmará entónces los actos referidos: últimamente la que trata de que muriendo Don Pedro Cortazar en los seis años últimos, la compañía que ántes era de tres sócios, se reduce á dos por iguales partes. Queda cumplida la disposicion de la Ordenanza, aunque desde el principio de la sociedad no comprehenda el testimonio en relacion, sino los artículos que desde luego han de tener efecto, dexando de dar cuenta de los demas; porque hasta el tiempo en que el público, por cuyos respetos se ordena este requisito, se interese en su publicacion, no tiene necesidad ni aun derecho, á saber lo que aun no ha tenido efecto, y que quiza no sucederá. Véanse los artículos 2, 9, 10, 13, 17, 20, 21, 22, y 28, del Formulario antecedente.

FORMULA III. *De una sociedad entre dos comerciantes de por mayor, para el comercio de toda especie de mercancías nacionales, y extrangeras.*

Nosotros los infrascriptos Don Nicolás Tarazona, y Don Francisco Xaramillo, vecinos de esta Ciudad de Cádiz, confesamos haber contraido, y contraer como por la presente contraemos sociedad y compañia para hacer el comercio de toda especie de géneros nacionales ó extrangeros en que tengamos por conveniente comerciar, por el tiempo y espacio de quatro años consecutivos sin interrupcion, los que se han de contar desde 1.º de Enero de 1803 hasta igual dia del año venidero de 1807, baxo la razon y nombre de *Don Nicolas Tarazona*, y *Don Francisco Xaramillo en compañía*, con los pactos, cláusulas, y condiciones contenidas en los artículos siguientes.

1. El capital de esta compañia ha de ser, y estamos conformes en que sea la cantidad de 400ȣ. reales de vellon, á saber:

2. Yo Don Nicolás Tarazona pondré por mi parte, y prometo poner la suma de 300ȣ reales de vellon en dinero contante en dicho dia 1.º de Enero.

3. Por la mia yo Don Francisco Xaramillo, he de poner la de 100ȣ reales de vellon en esta forma: 60ȣ en el referido dia 1.º de Enero de 1803, y los 40ȣ restantes en 1.º de Marzo siguiente.

4. Tendrémos dos casas para nuestro giro y comercio, una en esta Ciudad, y otra en la de Valencia, cuyos alquileres se han de pagar, y pagarán por cuenta, y á costa de la compañía.

5. Estamos de acuerdo en que yo Don Nicolás Tarazona me estableceré en la casa de esta Ciudad de Cadiz, para vender en ella los géneros y mercaderías que compre y envie yo el dicho Don Francisco Xaramillo, y comprar las que tengamos por conducentes en beneficio de esta nuestra compañia.

6. Y en que yo Don Francisco Xaramillo he de residir, y establecerme en la casa de Valencia, á fin de hacer fabricar ó comprar todas las mercaderías que estimemos ventajosas, oportunas, y conducentes para el bien, y la prosperidad de nuestra sociedad, y asimismo para encargar, y dar comisiones en Milan, Génova, Venecia, Lovaina, Bolonia, Luca, y otras Ciudades de Italia de los artículos de géneros de que tengamos necesidad, segun los avisos que reciba yo del dicho Señor Don Nicolás Tarazona.

7. Uno y otro sócio hemos de firmar todas las Letras y Villetes de Cambio, y otros qualesquiera vales pagaderos á la orden del portador, como tambien todas las órdenes, para librar, girar, y hacer remesas á qualesquiera Plaza ó parage donde sea necesario; y asimismo todos los endosos, finiquitos, y demás actos necesarios en beneficio de nuestro giro y comercio; serán dichas firmas con los nombres de *Don Nicolás Tarazona*, y *Don Francisco Xaramillo en compañía*; no pudiendo ni el uno ni el otro usar en ninguno de los expresados actos de su firma sola; y de lo contrario se estimarán ser de cuenta particular del que firme de esta manera.

8. Yo Don Nicolás Tarazona podré comprar y vender por comision en la Ciudad de Valencia toda especie de mercancías que se me encarguen ó envien por qualesquiera personas así de España como de Paises extrangeros, con condicion que todas nuestras ganancias, premios y aprovechamientos procedentes de las referidas comisiones, pertenecerán á la dicha nuestra sociedad.

9 Si para el bien y mayor beneficio de esta sociedad, fuese necesario hacer algun viage ó viages á los paises extrangeros, hemos acordado que los haya de hacer Don Francisco Xaramillo á costa de la compañía.

10 Si lo que Dios no quiera sucediese que en dichos viages, el referido Don Francisco Xaramillo fuese hecho prisionero, y puesto en rescate por enemigos ó por tropas de otros qualesquiera Príncipes, será y habrá de ser rescatado á costa de nuestro capital, y de las ganancias que Dios se sirva darnos, como tambien habrán de ser de cuenta de la compañía los gastos de las enfermedades que tuviese en todo el tiempo de los expresados viages.

11 Todos los gastos que convenga y sea necesario hacer para la expedicion y curso de nuestro giro y comercio, asi en esta Ciudad de Cádiz como en la Ciudad de Valencia, &c. los de conducciones, portes de cartas, costas de viages, salarios y manutencion de criados ó dependientes de nuestro comercio, embalages y otros gastos menudos, de qualquier especie y naturaleza que sean, se abonarán en la cuenta de las ganancias ó pérdidas de esta sociedad.

12 Será facultativo á cada uno de los dos sócios traer á esta sociedad, y poner en ella, todas las cantidades de dinero que lleguemos á adquirir ó por herencias, legados, donaciones, ó por otro qualquier titulo, sea el que fuese; de cuyas cantidades se nos formará y abrirá credito ó cuenta separada, con el interes corriente de 6 por 100.

13 Pero no tendrá facultad ninguno de los dos de tomar dinero alguno prestado baxo su nombre particular para ponerlo en esta compañía, y aumentar ó formarse cuenta corriente; si no que todos los empréstitos han de ser á nombre y en beneficio de esta nuestra sociedad.

14 No podrá tampoco ninguno de los dos sócios tomar del caudal de la compañía cantidad alguna sino en la forma siguiente: yo Don Nicolas Tarazona 120 reales en cada un año y nada mas, para sustentar y mantener mi familia, á menos de ser de mi cuenta corriente; y yo Don Francisco Xaramillo para el mismo efecto la de 80 reales anuales, salvo que sea tambien de mi cuenta corriente.

15 Sin embargo de lo convenido en el artículo antecedente, el Señor Don Francisco Xaramillo podrá tomar para sí en cada un año de las ganancias de la campañía si las hubiese, y no del capital, la suma de 20 reales, en consideracion á que ha de ir á establecerse en Valencia, al trabajo y molestias de los viages que serán de su obligacion hacer a Italia, Francia y á otros paises extrangeros en beneficio y mayor ventaja de esta nuestra sociedad.

16 Ninguno de los dos sócios otorgantes, durante esta sociedad, podrá hacer negocio ni comercio, ni tener comisiones particulares; sino que todo se ha de hacer de comun acuerdo de los dos, y en pró, beneficio y provecho de esta compañía.

17 Para la buena direccion y gobierno de todos nuestros negocios habremos de llevar cada uno de nosotros fieles, legales y buenos libros, asi diarios de compra y venta, de caxa, extractos, como todos los demas que sean necesarios segun uso de mercaderes.

18 Cada uno de los sócios otorgantes tendrá á su cargo en la respectiva Ciudad de su residencia el gobierno, manejo y direccion de la caxa.

19 Será obligacion asi del uno como del otro socio remitirnos respectivamente de tres en tres meses cuentas firmadas de las compras, ventas de géneros, y de todos los demas negocios que cada uno de nosotros hubiese he-

cho á nombre de esta sociedad en el referido tiempo, como tambien del dinero que cada uno tuviese en la caxa.

20 Al fin de cada uno de dichos quatro años habremos de hacer inventario general de todos los efectos activos y pasivos de esta sociedad, del qual cada uno de los socios otorgantes tendrá una copia firmada de los dos.

21 En el caso que no tengamos por conveniente renovar la presente sociedad, será obligacion así del uno como del otro sócio avisarnos recíprocamente por escrito seis meses antes del cumplimiento de los referidos quatro años, para que en este tiempo hayan de cesar todas la compras y prevenciones de géneros, se liquiden todas las cuentas, y recauden las deudas activas para satisfacer las pasivas si las hubiese contra esta sociedad.

22 Al fin de los mismos quatro años de esta sociedad se hará por los socios otorgantes inventario general de todos los géneros así de los que exîstan en los almacenes de Cadiz y de Valencia, como de todos los demas que estén en poder de los corresponsales de Italia, Francia y demás paises extrangeros; y tambien de las deudas activas y de las pasivas de esta sociedad, si hubiese algunas contra ella.

23 Á este efecto yo Don Francisco Xaramillo habré de venir á esta Ciudad de Cádiz, y traer todos los libros que haya llevado concernientes al comercio de esta sociedad, para en su vista y de los que yo Don Nicolas Tarazona hubiese tenido relativos á la misma, proceder á la formacion del expresado inventario general.

24 Los géneros y exîstencias que resulten en el almacen de Valencia, se remitirán por mí el referido Don Francisco Xaramillo á esta Ciudad de Cadiz al Señor Don Nicolas Tarazoua, para que junto con las que hubiese en su poder se repartan con las deudas activas de esta sociedad entre los dos sócios otorgantes de esta manera: á mí Don Nicolas Tarazona las tres quartas partes, y la otra quarta parte á mí Don Francisco Xaramillo, quedando dichas deudas activas de cuenta y riesgo de cada uno de nosotros; sin que por la insolvencia que pudiese suceder en alguno ó algunos de los deudores, podamos tener repeticion y recurso el uno contra el otro de qualquier naturaleza que sea.

25 En quanto á los géneros que exîstiesen en Italia, en Francia y en otros paises extrangeros en poder de nuestros corresponsales se venderán por mano de los mismos, de cuenta y riesgo comun de los dos otorgantes, y su producto en dinero ú otros efectos, deducidas la comisiones y todos los demas gastos, se partirán con igualdad entre los dos.

26 Si alguno de los dos sócios otorgantes falleciese en el discurso de los expresados quatro años, quedará enteramente disuelta esta sociedad seis meses despues, contados desde el referido fallecimiento; á efecto de que en dichos seis meses, el que sobreviva de los dos pueda liquidar todos los negocios de esta compañía; y pasado este tiempo, los géneros, deudas activas, el capital, ganancias y pérdidas, se partirán entre el superstite, la viuda, nuestros hijos, herederos y sucesores, en la forma y de la manera que se dexa dicho en los artículos 22, 23 y 24.

27 Si sobreviniesen en la série de esta nuestra sociedad, ó al tiempo de su fin ó disolucion, diferencias, disputas ó desavenencias algunas, prometemos y nos obligamos á estar y pasar por lo que acuerden, determinen y resuelvan dos comerciantes, que habremos de nombrar uno por cada sócio á quienes da-

mos poder desde ahora para entonces para que puedan nombrar tercero, tambien comerciante, en caso de discordia.

28 Las ganancias y pérdidas que Dios fuere servido darnos en esta sociedad, se repartirán de esta manera; las tres quartas partes á mi Don Nicolas Tarazona, y la otra quarta parte á mi Don Francisco Xaramillo.

29 Estamos asimismo conformes en que todos los años de comun acuerdo de los dos se den 400 reales de vellon á los pobres de mayor necesidad.

Los artículos concernientes al público de que se debe poner testimonio en relacion donde y para los fines que lo ordenen las ordenanzas consulares, son la razon y título de la compañia, los que previenen que Tarazona resida en Cádiz y Xaramillo en Valencia para las compras y ventas que se habrán de hacer en una y otra Ciudad; el que dice que las Letras y villetes de Cambio y los pagaderos á la órden del portador y otros actos de la sociedad, se concebirán en nombre de ***Don Nicolas Tarazona y Don Francisco Xaramillo en Compañia***, y que las firmas particulares serán por cuenta de quien las ponga; últimamente del artículo donde se previene que Xaramillo podrá admitir y desempeñar á nombre de la sociedad las comisiones que se le encarguen. Si tanto en Cadiz como en Valencia hubiese ordenanzas para el registro de las escrituras de compañia, no será bastante que se registre esta en Cadiz, y tambien habrá que hacerlo en Valencia.

FÓRMULA IV. *De una Sociedad en comandità entre un Mercader de la Villa de Madrid, dos de Valencia y un Fabricante de texidos de sedas de la misma Ciudad, para el establecimiento de una Fábrica de dichos géneros.*

Los infrascriptos Don Guillermo Forcada, Mercader de Sedas, vecino de la Villa de Madrid, Don Juan y Don Pablo Lozano, del comercio de la Ciudad de Valencia, y Francisco Martí, Fabricante del arte mayor de la seda de la misma Ciudad, decimos: haber formado y formar, como por la presente formamos sociedad y compañia para el comercio y tráfico de texidos de seda que se fabrican en dicha Ciudad de Valencia, por el tiempo de seis años consecutivos sin interrupcion, los que se han de contar desde 1.º de Octubre de 1806, hasta igual dia del año venidero de 1812, con los pactos, cláusulas y condiciones siguientes:

1 Hemos concertado y convenido que el fondo capital de esta compañia ha de ser de 500ª reales de vellon en esta forma:

2 Por mi parte yo Don Guillermo Forcada he de poner y pondré en esta compañia 250ª reales de vellon en dinero efectivo de esta manera, 125ª en 1.º de dicho mes de Octubre, 80ª en 1.º de Diciembre próximo, y los restantes 45ª reales en 1.º de Enero inmediato siguiente.

3 Por la nuestra, nosotros Don Juan y Don Pablo Lozano pondremos en dicha sociedad igual suma de 250ª reales, que prometemos aprontar en dicho dia 1.º de Octubre próximo.

4 Por la mia yo Francisco Martí no he de contribuir con dinero alguno por capital en dicha sociedad, y en lugar de él concurriré con mi industria y trabajo en la direccion de la Fabrica, con las condiciones y obligaciones siguientes, á saber:

5 La de emplear todos mis desvelos, aplicacion, industria y trabajo en dirigir las manufacturas de la Fábrica de los referidos texidos de seda que la

compañia tenga por conveniente fabricar para venderlos, así en Madrid como en Valencia y demas pueblos donde le parezca, acuerde y determine.

6 Será obligacion de mi dicho Martí tener casa en dicha Ciudad de Valencia, y mantener las personas que sean necesarias, así para preparar las sedas y ponerlas en labor, y darlas á teñir, como para llevar los libros, apuntes y asientos que sean menester en la expresada Fábrica de texidos, habiendo de ser á su costa la manutencion y salario de ellos, de manera que la compañia no pueda ser requerida, demandada ni molestada sobre este particular.

7 No podrá dicho Martí manufacturar, ni hacer manufacturar género, mercancia ni texido alguno, ni hacer otro ningun negocio, que no sea en utilidad y beneficio de esta sociedad.

8 No podrá asimismo disponer, ni hacer que se disponga la fabricacion de ninguna especie de texidos sin consentimiento y órden expresa de los referidos Don Guillermo Forcada y Don Juan y Don Pablo Lozano, ú de alguno de ellos en ausencia de los demas.

9 Deberá llevar dicho Señor Martí libros fieles y legales, así diarios para dar sedas á los tintoreros y demás oficiales, á quienes se habrán de entregar, como para recibir los texidos y los de venta y de caxa, y como todos los demas que se juzgue ser necesarios en la forma acostumbrada en dicha Ciudad de Valencia.

10 Es condicion que se pagará por la compañia á Alexandro Martí, hijo de dicho Señor Martí, la cantidad de 1600 reales en cada un año con respecto al trabajo que tendrá en llevar el libro de caxa, al cuidado que pondrá en los negocios y en beneficio de esta nuestra sociedad; cuyos 1600 reales cargará en la cuenta de gastos dicho Señor Martí.

11 Será del cargo y obligacion de los Don Juan y Don Pablo Lozano hacer traer de Italia y otras partes, baxo su nombre solo, todas las sedas que sean necesarias para la referida Fábrica de texidos, sin que por esto puedan pretender derecho alguno de comision de dicha sociedad; bien entendido que todos los riesgos, peligros y accidentes serán de cuenta de esta compañia.

12 Los mismos Don Juan y Don Pablo Lozano estarán obligados á dar á la sociedad, á mas de su capital, la cantidad de 2500 reales, de cuya suma se les formará su cuenta corriente, con el interes de 8 por 100 al año.

13 Será tambien del cargo de dichos Don Juan y Don Pablo Lozano en el discurso y duracion de la presente sociedad, aprovechar las coyunturas y ocasiones favorables para adquirir con beneficio en la misma Ciudad de Valencia las porciones de sedas que sean mas á proposito para las obras y texidos de la referida Fábrica, procediendo siempre en este particular de acuerdo, con consentimiento y á presencia del Señor Martí.

14 Será del cargo del Señor Don Guillermo Forcada vender baxo su nombre solo en la Villa de Madrid todos los texidos que se le envien por el dicho Señor Martí, siendo del cargo y de cuenta del mismo Señor Forcada la manutencion y salarios á su costa de los factores y domésticos que tenga con este motivo, sin que pueda pedir, pretender ni cargar á la compañia derechos ni gastos algunos, ni comision ni almacenage ni otros, los que precisamente habrán de ser tambien de su cuenta y cargo

15 No podrá asimismo el dicho Señor Forcada vender ni tener comision de texidos algunos de Valencia, fuera de los manufacturados y texidos en la expresada Fábrica.

16 Es tambien condicion, que dicha Fabrica se denominará, *Fábrica del Señor Francisco Martí*; á cuyo fin la compañia hara imprimir porcion de cédulas de la manera y forma que habremos de acordar, á cuyo pie estarán estas palabras *Fábrica del Señor Francisco Martí*, cuyas cédulas se pondrán y unirán á cada una de las piezas de texidos que se fabriquen en ella.

17 El mismo Señor Martí habrá de llevar con toda puntualidad, exâctitud y fidelidad libros rotulados con su nombre así diarios, de venta y de caxa como todos los demás que sean necesarios.

18 Será obligacion del dicho Señor Forcada enviar de tres en tres meses al Señor Martí un extracto de su libro diario de las ventas que hubiese hecho de los expresados texidos, así al contado, como al fiado, con expresion de los nombres y apellidos de los mercaderes á quienes las hubiere vendido.

19 Podrá el referido Señor Martí vender los expresados texidos de la Fábrica á toda clase de personas que hagan comercio en qualquier Ciudad, Villa ó lugar de estos Reynos ó de los extrangeros, á excepcion de los que moren ó estén avecindados en Madrid; y si por algun comerciante ó mercader de esta Villa se le hiciesen encargos al referido Señor Martí para fabricar alguno ó algunos texidos los habrá precisamente de remitir al Señor Forcada, para que por su mano precisamente se entreguen á los comitentes, y los haga en los libros el cargo y asiento que corresponda.

20 Tampoco podrá dicho Señor Martí vender texido alguno fabricado por él, ó de su orden, sin el consentimiento de los Señores Don Juan y Don Pablo Lozano ó de alguno de los dos, y los vales y obligaciones de los que los compren habrán de estar concebidos baxo el nombre de los asociados solamente.

21 Todos los gastos que sea necesario y convenga hacer para dicha Fabrica, su giro y comercio, como dibujos de texidos, tintoreros, portes de conducciones, corretajes, aduanas, papel y otros se pagaran por la sociedad, con arreglo á los asientos y cuentas de las que los hayan devengado.

22 Todos los años en el discurso de los seis de esta nuestra sociedad, se ha de hacer inventario general de todos los efectos activos y pasivos de esta compañia; á cuyo fin el Señor Don Guillermo Forcada deberá pasar á la Ciudad de Valencia, y poner en manos del Señor Francisco Martí un estado de todos los géneros que exîstan en el almacen, como tambien de las deudas activas de esta sociedad, con expresion de los nombres y apellidos de los deudores con arreglo á los libros que deba llevar; cuyo inventario no se podrá executar sino á presencia de los expresados Señores Don Juan y Don Pablo Lozano ó del uno de los dos, habiendo de tener cada interesado en la compañia una copia de él firmada de todos.

23 No podrá tomar ninguno de los sócios de las ganancias de la sociedad en cada uno de dichos seis años sino la cantidad de 360 reales entre todos en esta forma, 120 reales vellon el Señor Forcada, otros 120 reales los Señores Don Juan y Don Pablo Lozano, y 80 el Señor Martí.

24 Todas las deudas *contraidas* así por la casa de Valencia, como por la casa de Madrid, serán de cuenta y riesgo de esta sociedad, y á cargo de los sócios de ella á prorata de la parte y porcion de cada uno.

25 No obstante lo prevenido en el articulo antecedente, estamos igualmente conformes todos los sócios en que el Señor Martí no será responsable á pérdidas algunas que sobrevengan, sino hasta la concurrente cantidad de las ganancias que le corresponden en esta sociedad.

26 Falleciendo en dichos seis años alguno de los dichos Señores Forcada y Martí, quedará disuelta esta sociedad; como tambien si llegasen á fallecer los Señores Don Juan y Don Pablo Lozano; pero si falleciese solamente alguno de los dos, continuará la sociedad por el tiempo que falte al cumplimiento de dichos seis años, con las mismas clausulas, pactos y condiciones de esta escritura.

27 Si los otorgantes no tuviesemos por bien renovar la presente sociedad, será de nuestra obligacion hablarnos por escrito un año antes de espirar los referidos seis años, á fin de que en este tiempo no se hagan acopios ni prevenciones algunas de sedas, ni de otra qualquier materia, sea qual fuese su naturaleza y utilidad, sino de las precisas ó necesarias para acabar los texidos y manufacturas que esten en obra; y para que se liquiden en el mismo tiempo las deudas activas y pasivas de esta sociedad.

28 No obstante lo prevenido en el articulo precedente, estamos tambien convenidos y conformes en que si no tuviesemos por conveniente renovar la presente sociedad, podrá dicho Señor Martí hacer que de su cuenta particular, para que la Fábrica se conserve y mantenga, continuen en su trabajo los oficiales empleados en ella, segun vayan concluyendo los texidos y manufacturas, con tal que dicho Señor Martí no venda, ni haya ni pueda vender los que se hiciesen de su cuenta particular, hasta despues de cumplidos los seis años de esta sociedad.

29 Al fin de los mismos seis años hemos de hacer tambien inventario general de todas las exîstencias de géneros que haya en los almacenes de Madrid y en el de Valencia: como tambien de todas las deudas activas y pasivas, y generalmente de todos los efectos pertenecientes á esta compañía.

30 Á este fin será obligacion de dicho Señor Forcada saldar ó cerrar el libro de sus asientos, pasar á la Ciudad de Valencia para proceder á la formacion del referido inventario, debiendo dar un estado de todos los géneros que exîstan pertenecientes á esta sociedad, como tambien de todas las deudas activas, con expresion de los nombres y apellidos de los deudores de la compañía.

31 Asimismo será obligacion del dicho Señor Martí cerrar todos los libros, así de los oficiales ú obreros, tintoreros y libros de asientos, como todos los demas libros que haya llevado relativos á esta sociedad, para proceder en su vista al expresado inventario general.

32 Las exîstencias de géneros, y las referidas deudas activas se repartirán entre nosotros segun la parte y porcion de cada uno en esta sociedad, pagadas deudas pasivas, reembolsados ante todas cosas los capitales de los Señores Forcada y Lozano; y se harán ocho partes lo mas iguales que sea posible, sobre las que echando suertes, tres serán para dicho Señor Forcada, tres para los referidos Don Juan y Don Pablo Lozano, y dos para el expresado Señor Martí, cuyas partes quedarán por cuenta y riesgo del sócio ó sócio á quienes tocaren, sin recurso ni pretension alguna contra los demas asociados, aunque despues de la particion ó adjudicacion de ellas los deudores vengan á quiebra ó á ser fallidos, ni por otra qualquier causa ó motivo de insolvencia que suceda ó pueda suceder; á lo qual en caso de fallecimiento de alguno de los sócios otorgantes, obligaremos nuestros hijos, herederos ó sucesores, y otros qualesquiera que tengan ó traigan, ó puedan traer causa de nosotros.

33 Si sucediese, lo que Dios no quiera, que en el discurso ó al disol-

verse esta sociedad, haya ó se susciten algunas diferencias ó disputas entre los sócios otorgantes, prometemos y nos obligamos desde ahora para entonces á ponerlas en manos de tres comerciantes, que nombrará cada uno de nosotros; y si dichos tres comerciantes no fuesen ó no pudiesen ponerse de acuerdo y resolver, desde ahora para entonces les damos tambien poder de nombrar uno ó dos comerciantes, por cuyo juicio nos obligamos á estar y pasar, y estarán y habrán de estar y pasar nuestras viudas, hijos, herederos y sucesores.

34 Las ganancias y pérdidas que Dios fuere servido darnos en esta sociedad, se dividirán y partirán de esta manera; tres octavas partes al Señor Forcada; otras tres octavas partes á los Señores Lozano, y la quarta parte restante al Señor Martí.

35 Para que Dios sea servido bendecir y prosperar nuestra industria, aplicacion y trabajo, hemos convenido dar á los pobres de mayor necesidad, la suma de 800 reales en cada un año, habiendose de hacer de comun acuerdo de todos la eleccion de las personas mas beneméritas á esta limosna. Hecho por triplicado.

Deben hacerse sobre esta fórmula de sociedad las siguientes observaciones. Esta es una sociedad *desconocida*, ó en *comandità*, ó de sócios no conocidos, sin denominacion colectiva, donde cada uno de los asociados tiene sus funciones separadas, y obra en su nombre particular; uno en lo concerniente á la compra de materias própias para la Fábrica; otro en lo relativo á fabricar y hacer fabricar los texidos que le ordenen y encarguen los demas asociados; otro para la venta de ellos. Por esta razon se le prohibe en uno de los artículos al Señor Francisco Martí concebir baxo nombres colectivos los vales, billetes, remesas y endosos que se hagan en la venta de géneros, y se le previene los haya de hacer á nombre de uno solo de los asociados. Ademas de esto como los tres asociados tienen su residencia en pueblos diferentes es difícil que todos hayan de firmar; pues segun queda dicho, en esta especie de sociedades un sócio no obliga al otro al acreedor, y solo él queda obligado; al contrario de lo que sucede en una sociedad que se compone de nombres colectivos de un *tal y tal en compañía*; entonces obliga á todos los sócios con obligaciones directas á favor de los acreedores con quienes se empeña; pero sí podrán los acreedores de la sociedad desconocida, en caso de quiebra del sócio con quien contraxeron, embargar los derechos y repeticiones que tenga el fallido contra los demas sus asociados.

Prohibese en otro artículo, que el Señor Forcada pueda vender, ni tener comision para vender texido alguno de Valencia; porque si se le permitiesen otras ventas y comisiones que las de la sociedad, como en aquellas tendria una ganancia particular para sí solo, las venderia con preferencia á las de la compañía.

El extracto que se ordena haya de enviar el Señor Forcada de tres en tres meses á los asociados de Valencia, sirve para que sepan el estado de sus negocios en Madrid, quienes son los deudores, y si los géneros se venden con ventaja.

Es muy racional que los texidos se denominen de la *Fábrica del Señor Francisco Martí*, y que en las marcas, sello y plomos se haga mencion de él; porque estando baxo su sola direccion, y siendo su sola industria y trabajo lo que le da reputacion, es muy justo que él solo tenga el honor. Tambien es muy justo y puesto en razon, en caso de no querer los sócios

renovar la sociedad, que al paso que los oficiales vayan concluyendo los texidos y obras de cuenta de la compañia, los ocupe Martí por su cuenta particular; de otra suerte, marchandose los obreros á otra parte, se destruiria una Fábrica, en cuya conservacion tendria el grande interes.

Tambien son de observar en esta fórmula de sociedad, las partes ó porciones que se asignan á cada uno de los tres sócios; pues aunque la industria y trabajo del Señor Francisco Martí equivalen al capital de los otros, solamente se le señalan dos partes, al paso que á los otros dos sócios se les asignan tres: esto es, en quanto Forcada, porque á mas de concurrir con la mitad del capital, contribuye con su trabajo é industria en la venta de las manufacturas; y en quanto á Don Juan y á Don Pablo Lozano, tambien la ponen para la compra de materias primeras: es verdad que la industria y trabajo de estos para la compra de ellas, es negocio de pocos momentos, no iguala á la de Forcada, que sobre tener á su cargo la venta de texidos, tiene tambien el cobro de las deudas activas, y dar las órdenes á Martí para fabricarlos; pero tambien lo es que por eso se les impone á ellos solos la obligacion de prestar á la compañia 240∂ reales en caso de necesidad. Se prohibe tambien á Martí vender texidos algunos sin el consentimiento de Don Juan y Don Pablo Lozano, ó de alguno de ellos; porque no siendo Martí responsable á las pérdidas, es muy justo que no dependa de su voluntad sola la disposicion de los efectos de la sociedad, donde los demas asociados tienen puestas considerables sumas.

FÓRMULA V. *De una sociedad desconocida, ó en comandità entre un caballero ó un togado, &c. ó un militar, y un comerciante ó mercader, para el Comercio de paños, lencería y otros generos, y enviarlos á América.*

Los infrascriptos Don Tomas Guevara, Caballero del Orden de Santiago, Regidor perpetuo de . . . . . Oficial de . . . . . y Don Santiago Lopez, vecino y del comercio de Santander, decimos haber convenido y convenir, como por la presente convenimos y acordamos hacer compañia para el comercio de paños, telas, lienzos y otros géneros própios y convenientes para enviar á la América, por tiempo de seis años consecutivos, sin intermision, los quales han de comenzar á correr desde el dia 1.º de Enero de 1804, y han de cumplir en igual dia del año venidero de 1810, con los pactos, claüsulas y condiciones contenidas en los artículos siguientes.

1 Es condicion que para que tenga efecto esta nuestra sociedad, el capital de ella ha de ser de 400∂ reales de vellon.

2 Para completar la expresada suma, yo el dicho Don Tomás Guevara he de poner por la parte de mi capital en poder del referido Don Santiago Lopez el dia 1.º de Enero próximo la cantidad de 200∂ reales.

3 Por la mia yo el susodicho Don Santiago Lopez, he de poner igual cantidad en esta forma; 200∂ reales en paños y otros géneros que existen en mi tienda y almacen, los que se estiman y han de estimar como dinero contante segun el inventario hecho en el dia de la fecha, de que cada uno de los socios otorgantes conserva copia firmada de los dos; y los 1800∂ reales restantes en dinero efectivo que me obligo poner en el mismo dia 1.º de Enero próximo.

4 Nos hemos convenido tambien en que el comercio de esta sociedad se hará baxo el solo nombre de mi el Don Santiago Lopez.

5 A este fin el mismo Don Santiago conservará la casa que actualmente ocupa, por la qual paga cinco mil reales de alquiler cada un año, segun la escritura de arriendo que le ha hecho Don Pedro Samaniego en 1.º de Marzo del año pasado de 1802, cuyos alquileres se le abonarán en la cuenta de gastos de dicha sociedad.

6 El referido Señor Don Santiago Lopez podrá dar las comisiones que le parecieren á los sugetos y en los plazos que juzgue oportunos para comprar los paños, lienzos, texidos de lana y seda, y otros géneros que tenga y estime convenientes para el bien, provecho y ventajas de esta sociedad, y hacerlos llevar y conducir donde sea necesario de cuenta y riesgo de la misma.

7 Podrá asimismo el própio Don Santiago Lopez comprar y hacer comprar por medio de sus comisionados, y enviar á América telas de Rouen, Morlaix, Coutances, y de otros parages, sombreros de castor y de vicuña, toda clase de texidos de seda, encaxes de oro, de plata y de seda, y generalmente toda especie de mercería y quincallería própias para el Comercio y consumo de América.

8 Todas las comisiones así de compra como de venta de todos los expresados géneros, el coste de los fletes, seguros, derechos de Aduana que haya de pagar en estos y aquellos dominios á la ida y á la vuelta por el retorno en pesos fuertes, barras de plata, cochinilla, palo de campeche, cacao, azucar, cueros, y otros efectos, se le abonarán en cuenta de esta sociedad segun las notas, apuntes y asientos que habrá de presentar.

9 Igualmente se le abonarán en cuenta de gastos de esta sociedad todo lo que haya pagado ó desembolsado por penas de. . . . . papel, plumas, tinta, bramante, embalado de géneros; y generalmente serán de cuenta de la sociedad todos los gastos segun las memorias, asientos y notas que presente.

10 Será obligacion del referido Señor Don Santiago Lopez entregar ó remitir al Señor Don Tomás Guevara, ántes de la salida de los géneros del puerto de Santander, las facturas de todos los que haya comprado para enviar á la América, con expresion de los nombres y apellidos de los vendedores, ó de aquellos á quienes haya encargado su compra, y del precio de su coste: asimismo estará obligado dicho Señor Don Santiago Lopez, luego que se verifique el regreso, á entregar y remitir tambien al Señor Don Tomás Guevara, factura de los pesos fuertes, barras de plata y de todos los demás efectos que vengan de retorno de aquellos dominios.

11 No podrá de ninguna manera dicho Señor Don Santiago Lopez vender paños, texidos, telas, ni efectos, ni géneros algunos de qualquiera especie que sean, ni enviarlos directa ni indirectamente á la América por su cuenta particular; sino que todo ha de ser en beneficio, ventajas y provecho de esta sociedad.

12 El referido Señor Don Santiago Lopez habrá de tener fieles, legales y buenos libros, de caxa, y cuenta de compras, de venta y diarios, y los demás que sean necesarios para el Comercio de esta sociedad.

13 No podrá asimismo el expresado Señor Don Santiago Lopez pretender cosa alguna por tal y tal cosa.

14 Cada uno de los socios otorgantes podrá tomar cada año para sustento de su familia la cantidad de 120 reales de vellon de los caudales de esta sociedad.

15 En el caso que la sociedad tenga necesidad de dinero para su giro y Comercio, pagará la misma sociedad al socio que lo prestáre el interés de 6

por 100, el que se abonará en la cuenta de gastos de la compañía.

16 Es tambien condicion que se ha de hacer todos los años Inventario general de todos los efectos de esta compañía, así de los que se hallen en el almacen de Santander, como de los que existan en los paises de América, de cuyo Inventario tendrá una copia cada uno de los socios otorgantes, firmada de ámbos.

17 Hemos convenido y estamos tambien conformes, en que dicho Señor Don Tomás Guevara no podrá perder en caso de haber pérdidas en esta sociedad sino hasta el importe del capital que pone en ella, y en quanto á las cantidades de dinero que supla, preste ó anticipe á mas de su capital, se le restituirán y pagarán con los intereses por dicha compañía, como si se hubiesen prestado por otra qualquier persona.

18 Si sucediese que el dicho Señor Don Santiago Lopez llegase á fallecer en el discurso de esta sociedad, tendrá opcion el Señor Don Tomás Guevara, dentro del término de un mes contado desde el fallecimiento de dicho Señor Don Santiago, para sacar libremente todo su capital íntegro, y el 10 por 100 de él por cada un año, por los aprovechamientos, ganancias y beneficios que podria pretender de esta sociedad, como tambien la cantidad ó cantidades de dinero que hubiese prestado, suplido y anticipado á la compañía, con los referidos intereses que se le debiesen; sin que por razon de esta opcion tengan obligacion ni necesidad la viuda, sus hijos y herederos, sucesores, ó que traigan causa de el, de hacer algun Inventario; y pasado y cumplido el expresado mes no podrá ya optar dicho Señor Don Tomás Guevara, y los efectos de esta compañía se habrán de partir de la manera que se expresará en esta escritura.

19 Dicho capital y ganancias en el referido caso de opcion, y las demás cantidades de dinero que se debian al Señor Don Tomás Guevara, por principal é intereses, se le pagarán por la viuda, hijos, herederos, sucesores, ó que traigan causa del expresado Señor Don Santiago Lopez, en quatro pagamentos iguales de seis en seis meses, contándose el primer plazo desde el dia en que el Señor Don Tomás Guevara hubiese la expresada opcion.

20 En el caso que los otorgantes no tuviesemos por bien renovar la presente sociedad, tendremos obligacion á darnos aviso de ello por escrito; el uno al otro seis meses ántes del fenecimiento de ella, para que en todo este tiempo no se hagan compras ni prevenciones algunas, y el dicho Señor Don Santiago Lopez liquide todos los negocios de esta compañía.

21 Hemos convenido sinembargo, que en caso que no tengamos por conveniente renovar esta sociedad, podrá dicho Señor Don Santiago Lopez comprar y dar comision para comprar las mercaderías que quiera y estime pró-pias para el Comercio de América de su cuenta particular, con tal que no pueda venderlas sino despues de cumplidos los seis años de la presente sociedad.

22 Al fin de los mismos seis años se hará Inventario general á presencia del Señor Don Tomás Guevara, de todos los géneros existentes en el Almacen de Santander y de los que existan entónces en América, y de todas las deudas activas y pasivas de la sociedad, para hacer la correspondiente particion, pagadas las deudas pasivas.

23 Es condicion que el Señor Don Santiago Lopez estará obligado á tomar, si quiere el Señor Don Tomás Guevara, todos los géneros que le cupieren por su parte, con la rebaxa del 10 por 100 del precio en que estén valuados en el Inventario general; en cuyo caso el importe de los expresados géne-

ros del Señor Guevara se pagará sin algunos intereses por el Señor Don Santiago Lopez en dos pagamentos ó plazos iguales de seis en seis meses, que se contarán desde el dia de la conclusion del Inventario.

24 En quanto á las deudas activas, quedarán de cuenta y riesgo de aquel á quien cupieren en suerte, sin recurso alguno en el uno contra el otro, aunque los deudores vengan á estado de insolvencia despues de hecha la particion.

*25 En el caso que en el discurso ó al tiempo de la disolucion de esta sociedad, sobrevengan entre los otorgantes algunas diferencias, estaremos á lo que decidan dos Comerciantes que tengan giro y Comercio en América, que nombraremos cada uno el suyo, y no poniéndose de acuerdo les damos desde ahora poder y facultad para nombrar y asociarse como tercero en discordia, otro Comerciante cargador tambien para América; y nos obligamos á estar y pasar por el juicio de ellos, pena de mil pesos sencillos al contraventor aplicados al Hospital de esta Ciudad.

26 Las ganancias ó pérdidas que Dios fuere servido darnos en esta compañía, se partirán de esta manera: al Señor Don Tomás Guevara tocará una tercera parte, y al Señor Don Santiago Lopez las otras dos terceras partes.

27 Para que Dios se sirva echar su bendicion sobre esta nuestra sociedad, estamos tambien convenidos y conformes en dar todos los años á los pobres, de comun acuerdo y consentimiento de los dos, la cantidad de 800 reales de vellon.

Ha de observarse primeramente en esta fórmula de sociedad, que Don Santiago Lopez interesa en una parte mas que Don Tomás Guevara; porque á mas de su capital tiene á su cargo toda la direccion del Comercio, y una absoluta responsabilidad á las pérdidas de la compañía, quando Don Tomás Guevara solo está obligado á responder hasta el importe de su capital; y por otra parte tiene y se le estipula el derecho á la opcion al fin de la sociedad. Tambien se han de observar las seguridades mutuas de los socios, pues Lopez tiene todo el manejo, y Guevara por las facturas y noticias que debe darle y entregarle Lopez sabe siempre el estado de los negocios de la compañía. Se estipula que en quanto á los gastos se ha de estar á los asientos de Lopez; porque regularmente de muchos por su corta entidad, no se da recibo ni otro documento; bien que de los que es costumbre darlo, deberia acreditarlos con él.

FÓRMULA VI. *De una sociedad en* comitente *entre un caballero y un comerciante de Málaga, para el comercio de vinos y aguardientes.*

Los infrascriptos Don Juan de la Vega, Caballero del Orden de Santiago, vecino de . . . . . y Don Jacobo Smit, vecino y del comercio de la Ciudad de Málaga, decimos haber celebrado, y celebrar ahora de nuevo contrato de sociedad para el comercio y tráfico de vinos y aguardientes, por tiempo de tres años consecutivos sin interrupcion, que se han de contar desde el dia 1.º de Diciembre próximo de 1807, y cumplirán en igual dia del año venidero de 1810, con los pactos, clausulas y condiciones siguientes.

1 Hemos convenido que el capital de esta compañía ha de ser de 1200 reales de vellon.

2 Por mi parte yo Don Juan de la Vega he de poner por capital mio la suma de 800 reales de esta manera, 200 reales en pipas de vino á razon

de ..... reales la pipa, las quales prometo poner á disposicion y en poder del Señor Don Jacobo Smit, siempre y quando me las pida, y los 60ə reales restantes en dinero efectivo que tambien prometo entregarle, segun, y á medida que vaya comprando vinos y aguardientes.

3 Por mi parte yo Don Jacobo Smit he de poner para completar dicho capital la cantidad de 40ə reales á saber, 20ə en tantas pipas á razon de tantos reales cada una; 10ə reales en tantas barricas de aguardiente, á razon de tantos reales cada barrica; 10ə reales en calderas y otros utensilios, para fabricar aguardiente existentes en mi casa sita en tal parte, segun la estimacion que los otorgantes tenemos hecha, todo lo qual asciende á la referida suma de 40ə reales.

4 Hemos convenido tambien que el comercio de esta sociedad se hará baxo el solo nombre de Don Jacobo Smit.

5 A este fin servirá la referida casa y bodega que yo el Don Jacobo Smit tengo en tal parte, por cuyos alquileres se pagarán por la sociedad 800 reales cada año, que se abonarán en la cuenta de gastos de esta compañía.

6 El expresado Don Jacobo Smit podrá hacer las compras de las porciones de vinos y aguardientes que estime convenientes en beneficio y ventaja de la sociedad.

7 Podrá tambien el mismo Señor Smit fabricar los aguardientes que le parezcan en la referida su casa, y no en otra parte.

8 Podrá igualmente el mismo Señor Smit vender los referidos vinos y aguardientes en la misma Ciudad de Málaga, y demas pueblos que juzgue convenientes, ó hacerlos embarcar para Inglaterra y Olanda, para venderlos en estos paises por cuenta y á mayor beneficio de esta sociedad.

9 Es tambien pacto que el dicho Señor Smit no ha de poder vender los referidos vinos y aguardientes sino á dinero de contado, y si lo hiciese al fiado, ha de quedar garante de la solvencia de los deudores, por cuya garantía se le abonará en la cuenta de gastos de la sociedad el 2 por 100 de las ventas que haga de esta manera.

10 Si el dicho Señor Smit tuviese que hacer, é hiciese alguno, ó algunos viages á algunos pueblos para las compras, ó para las ventas de vinos y aguardientes, se le pagarán por la sociedad 15 reales diarios, y asimismo se le pagarán 2ə reales anuales para manutencion y salario de un factor.

11 Todos los gastos que se causen asi en leña, como en jornales, cubas, conducciones por tierra y por agua, fletes de navios, seguros, derechos de internacion ó extraccion, aduanas y otros derechos de S. M. y otros Señores, comisiones, bodegas en la Villa de tal y tal, portes de cartas, y generalmente todos los que sean necesarios para dicho comercio, serán abonados al Señor Smit en la cuenta de gastos de esta sociedad, segun los asientos, ó notas que produzca.

12 Será obligacion del mismo Señor Smit entregar ó remitir al Señor Vega antes de hacer salir del Reyno, ó de embarcar para Olanda, ó Inglaterra los vinos y aguardientes, una factura firmada, y certificada por él, con expresion del número de barricas y arrobas de cada una

13 Entregará tambien al Señor Vega una nota de la venta que haya hecho de los referidos vinos y aguardientes, con expresion del número y precio de contado, ó al fiado, y de los nombres de los sugetos á quienes los hubiere vendido, como tambien una copia de los contratos ó ajustes, si se hubiesen hecho algunos por escrito.

14 Asimismo habrá de entregar, ó remitir dicho Señor Smit al Señor Vega copia de los cargamentos de vinos y aguardientes que haga para Inglaterra, y Olanda, y de las facturas de venta de ellos que le remitan sus corresponsales en dichos paises.

15 No podra de ninguna manera dicho Señor Smit vender directa, ni indirectamente vinos ni aguardientes de su cuenta particular, ni por comision de persona alguna, sino que todo este comercio ha de ser en beneficio de esta sociedad.

16 Es tambien condicion, que todos los vinos de la cosecha del Señor Vega se comprarán en cada un año por la sociedad al precio de tantos reales la pipa, aunque á la sazon los precios corrientes sean mas baxos ó mas altos, con tal que dichos vinos no estén *entonces* en cubetas nuevas.

17 El mismo Señor Smit habrá de tener fieles y legales libros diarios, y de caxa, así de compra como de venta, y los demas que sean necesarios para el comercio de la sociedad.

18 En caso que sea menester dinero para el giro y comercio de esta sociedad, se tomará prestado de las personas, que de comun acuerdo de los dos sócios nos parezca conveniente, abonándose los intereses en la cuenta de gastos de esta sociedad.

19 Ninguno de los dos sócios podrá sacar ni tomar cantidad alguna de su capital en dichos tres años, el qual ha de permanecer en la sociedad hasta su fin, para su giro y comercio.

20 Sin embargo de esto, de las ganancias y beneficios de esta sociedad, si hubiere algunos, podrá percibir cada uno de los sócios otorgantes, 2500 reales anuales.

21 Se ha de hacer precisamente todos los años un inventario de todos los vinos y aguardientes que existan en las bodegas de tal y tal parte, y demás parages de Inglaterra y Olanda, donde los hubiere.

22 Es condicion, en que estamos conformes, que dicho Señor Vega no podrá perder sino hasta la concurrente cantidad del capital que ha puesto en esta sociedad.

23 En caso de fallecer dicho Señor Smit, ó el Señor Vega durante el tiempo de esta sociedad, quedará esta disuelta, y todos los efectos pertenecientes á ellas se partirán entre su viuda, hijos y herederos, y el referido Señor Vega, ó el Señor Smit, el que de ellos sobreviviere.

24 En caso que no tengamos por conveniente renovar la presente sociedad, será obligacion de uno y otro avisarnos seis meses antes de cumplirse dichos tres años, para que en este tiempo pueda vender dicho Señor Smit los vinos y aguardientes que existan en los referidos almacenes y bodegas, sin que pueda hacer ya compras, ni executar acopios algunos en el mismo referido tiempo, ni aun tendrá obligacion la sociedad de tomar en él los vinos y aguardientes de la cosecha del Señor Vega en el último año de la referida sociedad.

25 Sin embargo estamos convenidos que en el caso que no queramos renovar esta sociedad, podrá el Señor Smit hacer compras de vinos, y aguardientes, de su cuenta particular, pero no podrá vender sino los de la sociedad no estando vendidos.

26 Cumplidos los tres años de esta compañía se ha de hacer inventario general de todos los vinos y aguardientes pertenecientes á ella, los que se partirán entre los dos sócios de esta manera: los existentes en casas y bode-

gas del Señor Smit, y del Señor Vega de tal y tal parte, segun la parte y porcion que cada sócio tiene en la sociedad; y en quanto á los vinos y aguardientes que existan en Olanda, ó Inglaterra, el dicho Señor Smit estará obligado á tomar por su cuenta particular la parte y porcion del Señor Vega, al precio que tengan en las plazas ó puertos donde existan, con la rebaxa del 5 por 100 del referido aprecio, con el término de un año que tendrá el Señor Smit para el pago de su importe al Señor Vega hecha la expresada deduccion.

27 Es tambien condicion que el Señor Smit volverá á tomár como dinero efectivo las calderas y demás utensilios de la Fábrica de aguardiente.

28 En caso de sobrevenir entre los dos sócios algunas diferencias, ó disputas en la serie y tiempo de esta sociedad, ó al tiempo de su disolucion, prometemos y nos obligamos ú ponerlas en manos de dos comerciantes, y tercero en discordia, pasando por lo que determinaren estos.

CAPÍTULO XIX.

De las clases de Instrumentos: de quales puede, y debe, ó no dar muchas copias el Escribano: y que cosas le están prohibidas.

§. I.

De las clases de instrumentos, y sus requisitos para hacer fé: y de quales, y á quien puede, y debe dar, ó no el Escribano las copias que se le pidan.

1 Esta palabra *Escribano* se deriva de la latina *Scriba*: que en lo antiguo se entendia á veces por el Prefecto, ó Gobernador de una Plaza de Armas que pasaba revista á las tropas que la guarnecian: y á veces por un sugeto de gran confianza destinado para escribir las cosas secretas interesantes al Estado. En las sagradas letras se entiende por los *Escribas*, hombres muy sábios, y los Doctores, y Maestros de la ley mosaica, ó escrita (1) Y segun nuestro Derecho Real significa hombre que sabe escribir, como lo dice la ley 1. tit. 19. Part. 3. al principio: *Escribano tanto quiere decir como ome que es sabidor de escribir*:: la qual distingue dos clases, una de los que escriben, y sellan las Cartas, y Privilegios Reales, y los llama *de la Corte del Rey*: y otra (que es de la que voy á tratar) de los *Públicos* de las Ciudades, Villas, y Lugares del Reyno (2). Estos son no solo los que saben escribir, sino los que exercen el arte de Escribanía, que es oficio público honorífico con autoridad pública, y real, concedida por el Soberano, para que en juicio, y fuera de él sea creido lo que testifiquen. Tambien se les llama *Secretarios* y *Notarios*: *Secretarios*, porque por su oficio están obligados á guardar secreto en todo lo que concierne á él, y á la utilidad del Rey, y su Reyno, (que esto quiere decir la palabra *Secretarios*) y asi con

(1) Matth. cap. 12. v. 35. Marc. cap. 12. v. 28. Calmet. in Diction. Bibli. (2) Leyes del tit. 19. Partid. 3. y 3. tit. 8. lib. 1. del Fuero Real.

propiedad se les dá este título (1). y *Notarios*, por las notas, ó minutas que toman de lo que las partes tratan á su presencia, á fin de ordenar los instrumentos con arreglo á su convenio, y á derecho (2); cuyas notas en lo antiguo firmaban los contrayentes, y servian de protocolo, lo qual está abolido, como diré en el num. 9. Y el oficio de Notario entre los Romanos era de la mayor confianza, y honor, y venía á ser un Secretario que notaba, ó escribia todo quanto hablaban los Padres conscriptos, ó recitaban los Causidicos, ó Abogados en el Senado; lo qual practicaban con tal velocidad que admiraba á los mismos Romanos, como lo indica el Poeta *Ausonio* en su epigrama 138 y en el título se dá tambien á los Escribanos el nombre de Notarios de los Reynos, ó Reales (*a*).

2 Los instrumentos son *Auténticos*, *Públicos*, *y Privados*. El *Auténtico* es el que firman, y sellan el Rey, los Arzobispos, Obispos, Prelados, Duques, Condes, Marqueses, Maestres de las Ordenes Militares, y otros grandes Señores, y los Cabildos, Universidades, y Concejos; se llama asi porque está vigorizado, y robustecido por el mismo que lo hizo, y contiene hecho suyo privativo, y no ageno: y porque por él, y no por un tercero tiene autoridad cierta, é indubitada (3); pues esta palabra *Auténtico* es adjetiva, y trae su etimología de la Griega *Autentes*, y de la latina *Autenta*, que significa *Auto de alguna cosa*; y tambien se llama *auténtico* lo que está comprobado por la autoridad de muchos (4); y lo que se halla en el Archivo público, y lo demas que refiere el Señor *Gregorio Lopez en la glos.* 1. *de la ley* 1. *tit* 18. *Part.* 3. Cuyo instrumento prueba contra el que lo mandó sellar si lo reconoce, mas no á su favor; sobre lo qual vease la ley 114. tit. 18. Partid. 3. en los dichos, y sus diez glosas primeras. Y *instrumento público* es el que autorizan los Escribanos de los Pueblos, y contiene hechos, y cosas agenas que pasan á su presencia; y ámbos hacen fé, y plena probanza en quanto á su contexto (5): como igualmente el que autoriza el Escribano de Cabildo, ó Concejo, (que es própiamente fiel de fechos, si por él es nombrado, y no tiene Real Título) en las co-

(1) Ley 8. tit. 9. Partid. 2. y leyes 2. y 5. tit. 19. Partid. 3. (2) Ley 9. tit. 19. Partid. 3. (3) Cicer. Epist. 187. ad Athic. lib. 9. y Epist. 200. lib. 10. Sr. Covarr. Pract. cap. 19. núm. 1. (4) Rubiños, in Dictionar. let. A ante U. (5) Leyes 1. y 114. tit. 18. Partid. 3. (*a*) Nota 1.

sas á él concernientes (1); bien que hoy á entrámbos llaman vulgarmente *Auténticos* Del *Privado* trataré en el cap. 1. §. 7. lib. 3. de mi segunda parte.

3 Para que haga fe el instrumento público otorgado en estos Reynos de Castilla, han de concurrir en él á mas de las quatro circunstancias explicadas en el auterior capítulo, las siguientes: La I que se otorgue ante el Escribano de Número del Pueblo, y no ante los Reales, porque se le defraudan sus derechos; á menos que sea para su protocolo con su consentimiento, ó por su ausencia, ó impedimento: ó en donde no hay numerario: ó en la Corte, y Chancillerías, (y lo própio milita en los Sitios Reales, pues donde está el Rey, es, y se llama Corte) ó para aquellas cosas para que se les dipute, y están permitidas (2), de que adelante haré mencion. La II que se haga en registro protocolo de pliego entero del sello quarto: (ya sea suelto cada pliego segun en esta Corte se estila, ó metido por quadernos uno en otro; pero esto no lo manda la ley, ni dice mas que pliego entero) y que las copias se saquen de él literal, y fielmente en el papel sellado que la ley real prescribe para cada contrato, ó instrumento segun su calidad, y cantidad (3), de que traté clara, y difusamente en las últimas notas de los anteriores capítulos. La III que al principio, ó fin del instrumento (pues la ley no distingue) se expresen el dia, mes, año y Lugar, ó Pueblo en que se otorga, los nombres, y apellidos de los contrayentes, y de los testigos que presencien su otorgamiento, ó publicacion, y la vecindad de unos, y otros; pero no es preciso que se especifique el lugar, sitio ó parage del Pueblo, ó Lugar, porque la ley no lo preceptúa, antes bien habla disyuntivamente en quanto dice: *Y el lugar, ó casa donde se otorgan*::: bien que lo que abunda no daña. La IV que lo firmen los otorgantes, y si no saben, ó no pueden, uno de los testigos instrumentales á su ruego, y no otro, diciendo al final del mismo instrumento que un testigo firmará por ellos, á causa de no saber, ó no poder, y expresando el motivo de su imposibilidad: pero aunque los otorgantes sean muchos, y ninguno sepa firmar, no es necesario que cada testigo firme por cada

(1) Ley unic. tit. 26. lib. 4. Rec. (2) Ley 26. tit. 6. lib. 3. l. 1. tit. 25. lib. 4. y ley 34. tit. 18. lib. 6. Recop. (3) Leyes 13. 44. y 45. tit. 25. lib. 4. Recop.

uno, porque la ley no lo manda: basta que uno firme por todos, excepto en el testamento, y codicilo cerrados, y asi se practica. La V que antes de las firmas se saquen, y salven sin sospecha las enmiendas, adiciones, testaduras y entrerrenglonaduras que tenga. La VI que lo firme, ó autorice, y selle, ó signe el Escribano. y dé fé de que conoce al otorgante; y no conociendolo, que con juramento dispongan de su conocimiento dos de los testigos instrumentales, que expresen ser el mismo que suena, y de aquel nombre, y apellido sin fraude: y que firmen tambien el instrumento por esta razon (1): á los quales, ó á lo menos á uno debe conocer, y en este caso dar fé de su conocimiento, pues quanto conoce al otorgante, no necesita darla de ellos, ni conocerlos, porque la ley no lo manda; ó que el sugeto á cuyo favor se formaliza, se dé por satisfecho del conocimiento del otro contrayente, como que le importa, y á nadie mas el saber con quien contrae para no ser perjudicado, y que lo firme igualmente, ó un testigo por él sino sabe; pues como la fé del conocimiento se estableció á su favor con el objeto de evitar engaños, y perjuicios, en dandose por contento de él, cesan, y se verifica el fin de la ley, y asi se practica; bien que aunque la fé, y la deposicion de los testigos ó la contenta del contrayente falten, no se anulará el instrumento, y solo será cargo arbitrario y pecuniario contra el Escribano, por no cumplir el legal precepto, porque la ley no lo invalida, ni le impone pena, pero basta que se lo prohiba para que no lo haga (2); pero le advierto, que si á ninguno de los otorgantes conoce, no ha de suponer ni afirmar que tienen los nombres que dicen tener, sino decir *que expresáron llamarse así*, lo qual es muy diverso, y de esta suerte no se le podrá arguir de que dió á entender que los conocia; y lo mismo ha de practicar en el exámen de testigos quando no los conoce. Del mismo modo se le puede exîgir pena arbitraria, y mucho mas crecida por no autorizar el instrumento, porque por este defecto y omision no es, ni se le tiene por público, sino por privado, ni de él se puede dar copia que pruebe en juicio; y si el Escribano ha muerto, necesitan probar su contesto por otro medio los interesados, á quienes de este punible descuido ó mali-

(1) Leyes 54. y 114. tit. 18. Partid. 3. y 13. 14. y 45. tit. 25. lib. 4. Recop. (2) Cur. Philip. part. 1. §. 17. núm. 30.

cia se irrogan gravísimos daños, que deben resarcirles los herederos del Escribano. La VII., que este signe todas las escrituras, porque el signo ó sello es el carácter real que las vigoriza; pero esto solo se practíca en las copias, pues en quanto á los protocolos se signa el de cada año á su final, cuyo signo comprehende y corrobora todos los instrumentos dentro de él otorgados, de lo que trataré en el §. siguiente. Y la VIII. circunstancia es, que el instrumento no esté roto ó cancelado en parte substancial; como son los nombres y apellidos de los otorgantes. Escribano, testigos, firmas, signo, cosa, cantidad, plazos, pactos, fecha y lugar de su otorgamiento; pues si lo está ó en abreviatura, y no puede tomarse el verdadero sentido de su contesto; ó aun quando se entienda, si está enmendado ó testado, y no salvado sin sospecha ántes de las firmas: ó la cantidad ó fecha por guarismo ó con letras iniciales, poniendo una sola por nombre ó cantidad, v. gr. A. por Alonso, C. por ciento, no hará fé (1). Cuya forma y solemnidad debe observar exâcta y puntualmente el Escribano para que no se le haga cargo quando se le visite, ni el instrumento se anule ni cause perjuicio á los contrayentes, y no la pueden remitir ni renunciar estos, porque á todos está prohibido inmutar y alterar lo dispuesto por derecho (2); bien que si el instrumento contiene diversos capítulos, y alguno de ellos está viciado solamente, no se viciarán por él los demás, porque en lo divisible no se vicia lo útil por lo inútil; y lo mismo sucede quando alguno está obscuro y confuso, si por otro se puede percibir el verdadero sentido de su contesto (3). Por lo tocante á si el instrumento se podrá extender en latin, ó en otro idioma que el castellano, (lo qual no hallé ley, ni autor que lo trate) digo que no, y que el protocolo há de extenderse en el idioma vulgar, aunque el Escribano posea el de los otorgantes, y la razon es, porque como instrumento público que se otorga ante testigos, debe leerse ante estos, y es-

(1) Ley 11. tit. 18. y leyes 7. y 12. tit. 19. Partid. 3. y leyes 3. y 13. tit. 25. lib. 4. Recop. Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 2. §. 1. lin. 8. núm. 60. y 61. (2) Ley Testandi caus. 13. Cod. de Testam. ley 32. tit. 9. Partid. 6. y ley Nemo potest 55. ff. de Legat. 1. (3) Ley Si ex falsis 42. Cod. de Testam. y reg. 37. Jur. in 6. Gom. en la ley 45. de Toro núm. 14. Ciriac. Controvers. 408. Menoch. lib. 5. præsumpt. 21. Escob. de Puritat. part. 1. qnæst. 15. §. 1. núm. 20. y 21. Parlad. dicha lin. 8. núm. 63.

tos enterarse de quanto contenga para deponer en caso de duda de su contexto, (lo que no podrán hacer, no entendiéndolo, y sí únicamente de que el Escribano y otorgantes les dixéron que era instrumento de aquella clase) y para obviar siniestras y voluntarias interpretaciones; y aun quando los testigos posean el própio idioma y lo entiendan, deberá hacerse lo mismo; porque de no, se lo harán traducir al Escribano al tiempo de la visita, y como instrumento público debe estar escrito en el idióma que usa el Público del Pueblo y Provincia en que se formaliza; y así sin embargo de que los Magistrados y otros Jueces literatos, y los Abogados poseen el latin, hacen que los instrumentos latinos se traduzcan al vulgar, como diariamente lo vemos; y lo própio debe observarse con los documentos que se insertan en los instrumentos, para evitar el gasto de traducirlos á su costa, si los Visitadores no los entienden; bien que el Escribano puede sacar copia testimoniada traducida, y ponerla con ellos, si posee el idioma, y no hay traductor público que los traduzca. Pero en quanto á las copias de ellos no hay inconveniente en que el Escribano las dé traducidas en otro idioma que entienda, porque como están otorgados segun deben, y el Escribano en la copia no hace mas que dar fé de que concuerda con el protocolo, y por ser acto privativo suyo, no hay necesidad de testigos que lo testifiquen, se ha de estar á su fé, miéntras no se pruebe lo contrario: al modo que en los protestos de cambios, que se copian en el idioma en que se hallan, y no hay mas testigos, ni solemnidad que la fé del Escribano, ni es necesaria, por ser unos meros testimonios que no requieren otra.

4 En quanto á los testigos que deben presenciar el otorgamiento de los contratos (cuya asistencia á él se estableció para evitar toda sospecha de falsedad, y asegurarlos mas, y la fé del Escribano) dice una ley de Partida (1) que concurran tres, ó dos Escribanos por ellos, y que escriban sus nombres en el instrumento, que es lo mismo que firmarlo; pero en lo concerniente á que sean Escribanos públicos solo se practica en Sevilla, ni firman todos el instrumento, excepto en el testamento, y codicilo cerrados, aunque el otorgante no sepa, ó no pueda escribir, y solo uno en este caso firma por él con arreglo al precepto de la

(1) Ley 52. tit. 18. Partid. 3.

ley recopilada, que es posterior á las de Partida; lo qual está recibido en los Tribunales, sin que por ello se objete el menor obice á la fé del Escribano, ni al contrato. Y aunque de otras tres leyes de Partida posteriores (1) se prueba ser suficiente dos: no obstante, lo mejor es que presencien tres, como se practica; y sobre todo se estará á la costumbre de la Provincia: pues *in ore duorum, vel trium stat omne verbum*, y dos fidedignos, y contestes hacen prueba plena en juicio, como diré en el cap. 1. §. 7. lib. 3. de mi segunda Parte: bien que lo que abunda, no daña, y por presenciar mas, y firmar todos el instrumento, no se anulará; á cerca de lo qual vease al *Señor Covarr. pract. cap.* 20. *num.* 4.

5 Estos testigos deben ser precisamente varones hábiles para testificar (y no locos, ciegos, mudos, sordos totales, ni con otro defecto legal) y mayores de 14. años, ó á lo menos entrados en ellos (2), y siendo menores de esta edad, no los debe admitir el Escribano; y aunque la muger en todo puede serlo, excepto en testamento, ó en otra última disposicion (3): no se la admite por tal en los contratos; pero no es preciso que sean vecinos del Pueblo en que se otorga el instrumento, porque ninguna ley lo preceptúa como en el testamento nuncupativo, ni concurren para ello los motivos que para este; bien que debe expresarse en él donde lo son, para que testifiquen de él, si se dudase de su confeccion. Los Religiosos profesos pueden ser testigos de qualquier instrumento, disposicion testamentaria, y acto civil, como he sentado en el cap. 1. porque ninguna ley real, civil, ni canónica se lo prohibe: lo qual se entiende aun en el caso de que no tengan licencia de sus Prelados, pues para lo que la necesitan, es para testar, tratar y contratar, y deponer en juicio lo que ante ellos pasó, mas no para presenciar como testigos en los instrumentos; y la licencia para aquello ha de estar firmada de su Superior, sellada con el sello de su Religion, y refrendada de su Secretario, ó dada ante Escribano por instrumento público, é insertarse en el que se otorgue en su virtud, á fin de documentarlo, y sin estos requisitos no debe admitirla el Escribano, porque no es auténtica, ni por consiguiente merece crédito.

(1) Leyes 111. 114. y 119. tit. 18. Partid. 3. (2) Ley 9. tit. 16. Partid. 3. (3) Ley 17. tit. 16. Partid. 3. y leyes 1. y 9. tit. 1. Partid. 6.

6 No hace fé el instrumento que autoriza el Escribano públimente excomulgado (1); y si no lo está, el que se otorga ante él á su favor, ó al de su muger, padre, madre, hijo, hermano, yerno, suegro y de otros parientes hasta el quarto grado, porque es sospechoso; pero el que se otorga ante él contra ellos, ó contra sí mismo, la hace (2), como tambien el que autoriza como apoderado de alguno á favor de otro, observando en su extension, y otorgamiento la solemnidad, y formalidad prescritas por derecho sin faltar cosa alguna, y haciendo protocolo; en cuyo irrefragable supuesto puede otorgar su testamento, y codicilo, y ventas, trueques, donaciones, obligaciones y demas contratos á favor de un tercero, y como apoderado substituir el poder, y formalizar los instrumentos para lo que se le conceda facultad en él, sin necesidad de valerse de otro Escribano; y la razon es, porque en él residen dos personalidades compatibles, una pública, y otra privada, y aunque son realmente distintas, puede usar de ámbas en un própio acto, no siendo á su favor, ni al de los referidos, por la compatibilidad, y ninguna repugnancia que tienen entre sí: al modo que puede hacer de Juez, y Escribano con comision, como se practica.

7 Tampoco hace fé, ni trae aparejada execucion el que no esta signado por el Escribano ante quien se otorga, aunque lo firme, antes bien se reputa por privado; y la razon es, porque el signo es el sello, ó carácter real que lo vigoriza, y da autoridad pública, y es de substancia para que la haga, y sea creido, y por lo mismo está mandado que los Escribanos signen cada año los registros que en él hicieren, pena de suspension de oficio por uno, y de diez mil maravedis (3). Y esto se prueba tambien del Título que se les expide, en el que S. M. dice: *Y mando que todos los poderes, ventas, censos, compromisos, transacciones, testamentos, codicilos, obligaciones y otras qualesquiera Escrituras que ante vos pasaren, y se otorgaren, á que fuere-*

(1) Ley. 117. del Estilo. Parlador, lib. 2. Rer. cap. 20. num. 24. Barbos. in Collectan. cap. Decernimus, de Sentent. excommunicat. in 6. num. 8. Gam. decis. 133. Farin. Prax. crim. part. 2. quæst. 56. num. 258. (2) Parlad. lib. 2. Rer. cap. 20. num. 23. Señor Greg. Lop. en la ley 3. tit. 19. Partid. 3. glos. 6. Ciriaci, Controvers. 149. Pareja, de Edition. instrum. tit. 5. resolut. 1. num. 17. (3) Ley 54. tit. 18. Part. 3. y leyes 12. y 13. tit. 25. lib. 4. Recop. Parlad. lib. y cap. cit. num. 21. y sig. y cap. fin. part. 1. cap. 12. limit. 2. num. 21. al 23.

des presente, y en que fuere puesto el dia, mes, año y lugar donde se otorgaren, y los testigos que á ello se hallaren presentes, y vuestro signo tal como este, que yo os doy, de que mando useis como tal mi Escribano, valga, y hagan fé judicial, y extrajudicialmente, &c. lo qual no milita para con los Fieles de fechos electos para con los Concejos, que por no tener título, ni autoridad real, no pueden tales signar, ni autorizar instrumentos, y sí solo las cosas que pasaren en juicio ante sus Jueces (1), y las peculiares del Concejo; ni tampoco para con los Escribanos de Cámara del Consejo, Chancillerías y Audiencias Reales, pues estos certifican y no dan fé, ni signan los despachos, ni certificaciones. Y se previene lo I, que el Escribano que tomó la nota, razon ó minuta del instrumento, no debe cometer, ni delegar en otro su extension, ni complemento (2): ni tampoco confiar á su amanuense la toma de ella, sino tomarla por sí para cerciorarse de la voluntad, y convenio de los contrayentes, y extenderlo con arreglo á ella. Lo II, que jamas debe variar de signo, ni mudar la forma de la firma que echó al tiempo de su aprobacion, sin expresa real facultad, porque no es suyo, sino del Rey que se lo dió, en virtud de cuya concesion exerce autoridad pública (3), y de lo contrario debe ser reprehendido, y resarcir á los interesados los daños que se les irroguen, porque el instrumento no merece fé, por no poderse comprobar en caso de dudarse si es, ó no suyo, ni se reputará por pública, si no por privado. Y lo III, que aunque el Escribano tenga título honorario de Secretario del Rey, debe signar los instrumentos, y testimonios que ante él pasan como Escribano, porque como mero Secretario carece de facultades para autorizar instrumentos públicos: repugna el que autorice aquello que no puede hacer: y el signo es de substancia del instrumento, y lo vigoriza; por cuya razon, y porque en el protocolo de cada instrumento no se pone, se manda que al fin de cada año se signe el comprehensivo de todos los que pasaron ante el Escribano en él, cuyo signo robustece á todos, y así se pone á su final (4); y ademas es demasiada barba-

(1) Ley 3. tit. 19. Partid. 3. & ibi, glos. 7. (2) Authentic. de Tabellion. collat. 4. & ibi, glos. verb. Ipsis per set: Señor Covarr. Pract. cap. 21. num. 1.
(3) Arg. Authent. de Instrument. cautel. y su glos. 5. verb. Adniciat.
(4) Jerem. cap. 23. vers. 44. y leyes 54. y 55. tit. 18. Partid. 3. & ibi, glos.

rie, y necia vanidad la de los que sabiendo, ó debiendo saber esto, y mandándoseles en el título que los signen, los firman solamente, desdeñándose al parecer de usar del sello que el Rey les dió, y no de exercer el oficio á que es anexo el mismo sello, y autoridad que les concedió, ni de percibir sus emolumentos; y así en lo que autoricen como Escribanos, han de usar del signo, y dar fé: y en lo que como Secretarios, certificar, y firmar, y no exponer los instrumentos á que no sean creidos por defecto del signo.

8 El instrumento público (cuyo nombre se le da porque está corroborado, y robustecido por quien se halla constituido en oficio con autoridad pública, y real para vigorizarlo á fin de que sea creido del Público, y porque se otorga ante testigos, y no en secreto, y de su orígen trata el *Señor Gregorio Lopez en la glos. 2 del Proemio del tit. 18. Partid. 3.*) le dividen los Jurisconsultos en tres clases, y lo distinguen con tres nombres, que son: I, *Protocolo*, ó *Registro*. II, *Copia original*: y III, *Traslado*. El *Protocolo* es la Escritura matriz, original ó primera en que el Escribano nota brevemente la substancia del acto, ó contrato, para poderla extender, ó absolver despues con arreglo á derecho, y al convenio de los contrayentes (1), segun antiguamente se practicaba. Se llama *Protocolo* de la voz Griega *Protos*, que significa *Primero* y de la latina *collum*, ó *collatio*, de las que se compone, como si se dixera, primera colacion, abreviatura, union ó acumulacion de letras en la carta, ó instrumento (2): y tambien se llama así el libro en que se escribe la primera matriz, ó Escritura original de los instrumentos que las partes piden (3).

9 El *Registro* es el libro en que se extienden los instrumentos, protocolos, y privilegios, para renovar, y comprobar, ó confrontar las copias que de ellos se sacan, en caso de perderse, romperse, ó dudarse de su tenor, lo qual se prueba de la ley 8. tit. 19. Partid. 3. que dice: *E decimos que* registro *tanto quiere decir como libro, que es fecho para remembranza de las cartas, é de los privilexos que son fechos. E tiene pro, porque si el privilexo, ó la carta se pierde, ó se rompe, ó se desface la letra por vejez,*

(1) Spigell. y Calvin. Lexic. jurisdic, en la pal. Protocollum. (2) Glos. in Authent. de Tabellionib. ver. Protocollum, collat. 4. Mascard. de Probation. conclus. 4. num. 1. y 5. Thusc. en la letra P. conclus. 945. num. 1. (3) Authentic. de Tabellion. §. Illud quoque, y su glos. Thusc. ibi, num. 3.

ó por otra cosa, ó si viniere alguna duda sobre ello, por ser raida, ó de otra manera qualquier, por el registro se pueden cobrar las perdidas, é renovarse las viejas: é otro si por el pueden perder las dubdas de las otras cartas, de que han los omes sospecha. E aun yace y otra pro: que si alguna carta diesen como non deben, por el registro se puede probar quien la dió, ó en qué manera fue dada. Pero hoy se usa indistinta, y promiscuamente de las voces, ó palabras *Protocolo*, y *Registro*, y se entienden por una misma cosa; y no solo se llama así al libro comprehensivo de las Escrituras de un año, dos ó mas, sino á cada una de estas en particular. Y aunque en lo antiguo se otorgaban por las meras notas, razones ó minutas que los Escribanos tomaban, y las partes firmaban, segun dexo expuesto, y estos extendian y daban luego las copias con arreglo á lo substancial del contrato, como se previene por la ley 9. tit. 19. Partid. 3. de cuyo método se originaban dudas, pleytos y perjuicios: para exterminarlos, se abolió justa, y sabiamente este modo de escriturar por la Señora Reyna Doña Isabel en la Pragmática que estableció en Alcalá el año de 1503, á 7 de Junio, que es la ley 13. tit 25. lib. 4. Recop. la qual prescribe la forma de ordenar, y otorgar los instrumentos, y dar sus copias, de la que traté en el num. 3. y trataré en el 20.; cuyo precepto es el que se observa.

10 El *protocolo*, ó *registro* es la matriz, orígen y fuente, de donde se sacan todas las copias, ó traslados que piden las partes, y por él se disuelven las dudas que en ellas ocurren (1), que es el fin para que fué introducido, y no para otro alguno. Debe estar siempre en poder del Escribano ante quien pasó (2), y este custodiarlo, y signarlo al fin del año, como adelante diré, y asimismo poner en él fé, ó nota de si ha dado copia de su contexto, segun lo ordena la ley 54. al fin tit. 18. Partid. 3. y conteniendo todos los requisitos expresados en el num. 3. y que se expresarán en el 20. hace plena fé para el efecto para que se introduxo; de modo que en caso de duda mas se debe estar á él que

(1) Leyes 8. y 9. tit. 19. Partid. 3. y 12. 13. y 16. tit. 25. lib. 4. Recop.
(2) Cap. 1. 2. y últim. de Fide instrum. Parlador. lib. 2. cit. cap. fin. §. 12. lim. 2. num. 17. Señor Covarr. Practic. cap. 19. Señor Cast. lib. 2. Covarr. cap. 6. Señor Molin. de Hispan. primogen. lib. 3. cap. 13. num. 44. Parej de Edition. instrum. lib. 1. resol. 3. §. 3.

al trasunto (1). Pero presentado en juicio no la hará, porque no se estableció para esto, y porque carece del signo, ó carácter real que lo vigorice, y debe contener todo instrumento público para ser creido en él segun el legal precepto.

11 El instrumento conocido entre los Jurisconsultos por *Original*, (bien que el que con propiedad se debe llamar así es el protocolo, ó registro, como queda sentado) es la primera copia que literal, y fielmente se saca de este por el Escribano que lo hizo, y autorizó, la qual debe estar subscripta por él con arreglo al precepto de dicha ley 54. tit. 18. Partid. 3. que inserté en el cap. 28. lib. 3. de mi segunda parte adicionada; y no dada *por concuerda*, segun algunos practican por ignorancia, para que no se dude que es la original, y primera; ni se le objete el defecto de la subscripcion, como forma ordenada por la ley, si en su virtud se pide execucion, segun he visto objetar, y estimar en juicio, y convertir este en ordinario. Se llama *copia original* por tres razones: I, porque es sacada de la fuente. ó matriz: II, porque es el origen de todos los exemplares, trasuntos ó traslados que de ella se pueden sacar, y traducir (2): y III, porque es dada, subscripta y autorizada por el Escribano que hizo, perfeccionó y autorizó el protocolo; y faltando alguno de estos indispensables requisitos, ya no es, ni se la debe titular copia origiginal: pero conteniéndolos, hace plena fé en juicio, trae aparejada execucion, y no debe redargüirse de falsa civilmente, porque es *prueba probada*, *y acabada*, *ó perfecta* (3); la que no se induce de la deposicion de testigos, como del instrumento público, pues por esta no se prohibe, ni excluye probar lo contrario por otros testigos, ó medio, lo qual no sucede con el instrumento (4): bien que puede ser redargüida absoluta, y criminalmente, si en la realidad es falsa, y suplantada: de lo qual trataré mas difusamente en el lib. 3. de mi segunda parte, cap. 2. §. 7. mas no hace fé judicialmente aunque esté autorizada por otro, ó por mas, y ninguna copia se haya sacado del registro: ni la pluralidad de signos la da mayor vigor, porque como todos no tie-

(1) Speculator. de Instrum. edit. §. Videndum, num. 4. Mascard. conclus. 4. num. 1. y conclus. 125. num. 2. Parlador. lib. 2. cap. fin. part. 1. §. 12. lim. 2. num. 14. al 17. (2) Cap. 1. y ley 2. ff. de Fide instrum. ley 4. y ley Pomponius. ff. Familiæ erciscund. (3) Ley Census, ff. de Probat. ley In donationibus, Cod. de Donationib. (4) Beguud. Biblioth. en la pal. Probatio, num. 7.

nen mas que una autoridad, y el Escribano no puede hacer válido lo que el derecho estima nulo, es lo mismo que si uno solo la autorizára. Lo qual milita, y se entiende aun quando la dé su heredero sucesor en su oficio, excepto que se coteje, ó compruebe, ó que para darla intervenga precepto judicial con citacion de parte, si es de los que la requieren. Y sin embargo de que habiéndose entregado á su heredero los protocolos, y papeles con intervencion de la Justicia, no necesita el judicial precepto para darla, no siendo de las que le está prohibido, y expresaré en el num. 14. no obstante, no hará fé en juicio, sino se comprueba con citacion contraria, y el registro anual no está foliado, y signado á su final como debe, por el Escribano ante quien se otorgó el instrumento (1). Bien que si ninguna de estas se redarguye de falsa por la parte contra quien se producen, no es necesaria su comprobacion, porque es visto aprobarlas, y no dudar de su veracidad.

12 Y el *Traslado*, ó *exemplar*, (ó por otro nombre vulgar *testimonio por concuerda*) es el que por exhibicion se saca de la copia original, ó de la que hace veces de tal, aunque no sea la primera. Este traslado, trasunto ó exemplar estando autorizado por el Escribano ante quien pasó el instrumento, hará fé, porque milita la própia razon para ser creido, que si se sacára del protocolo (2), no obstante que siendo dado por exhibicion, no se deberá titular original, ni traerá aparejada execucion. Pero si lo es por otro Escribano, ya lo saque del protocolo, ó por exhibicion de la copia original, no hace fe regularmente en juicio, contra quien lo produce, ni en su virtud se debe despachar execucion, porque no la trae aparejada, y si se despacha, es nula: ni tampoco presta ni puede darse en su vista la posesion de la herencia, ó Mayorazgo, aunque el Escribano que lo sacó, afirme estar sin sospecha el original, y al tiempo de sacarse ningun adversario cierto hubiese á quien citar. Lo qual se entiende, excepto que se dé con autoridad judicial, y citacion personal de

(1) Ley 55. tit. 18. Partid. 3. y leyes 12. y 24. tit. 25. lib. 4. Recop. Parej. cit. resol. 3. y tit. 5. resol 1. num. 12. Señor Cov. Pract. cap. 21. num. 3. y 4. Señor Salg. de Retent. par. 2. cap. 20. num. 60. (2) Authent. Si quis in aliquo documento, Cod. de Edendo, Señor Cov. ibi, num. 2. vers. Quid si fiat: Mascard. concl. 712. num. 35. Reinfestuel, lib. 2. tit. 22. §. 2. num. 66. Señor Molin. lib. 3. de Primogen. cap. 13. num. 44. al 49.

este, ó por edictos solemnes, si á ninguno se conoce: ó que precedida dicha citacion, se compruebe con el protocolo: ó de consentimiento de ámbas partes, en cuyo caso las perjudicará, y á sus sucesores (1).

13 Porque están persuadidos algunos Escribanos que de todas las Escrituras que ante ellos pasan, pueden dar á las partes quantas copias les pidan, sin ser necesario precepto judicial: Otros, que sin que intervenga este, de ninguna pueden dar mas que la primera: y otros, que en pasando el año de su otorgamiento no pueden poner subscripcion en ellas, sino *concuerda*; para que no ignoren lo que les está permitido y prohibido, digo: que de las Escrituras de poder, venta, cambio, donacion, testamento, poder para testar, codicilo, compañía, redencion de censo ó gravámen, cartas de pago, renuncias, lastos, esperas, adopcion, emancipacion, contratos de obra, y demas; en cuya virtud no tiene accion el acreedor á pedir la deuda tantas quantas veces parezcan, ni puede resultar perjuicio á la otra parte, puede y debe el Escribano ante quien pasáron, dar á los verdaderos interesados, y no á los que no lo sean, todas las copias que quieran y le pidan, sin que para ello sea necesario precepto judicial, (al modo que quando está rota, y piden copia de ella, lo manda la ley 12. que insertaré en el num. 15.) como lo ordena la 10. tit. 19. Partid. 3. ibi: *E decimos que si la carta que dicen que es perdida, es de compra ó de vendida, ó de cambio, ó de testamento, ó de personería, ó de otra cosa semejante de estas que fuesen á tales que maguer pareciesen dobladas, non puede venir daño por ellas á la otra parte: que el Escribano* por sí *puede, é debe facer esta carta, sacándola de su registro, é faciéndola bien así como fué fecha la primera, que dicen que es perdida, é darla á quien pertenesce.* Lo qual se entiende sin citar á la otra parte, y sin que la que la pretende, tenga que probar habersele perdido la primera (2): y se entiende tambien en qualquier tiempo que le pida la copia, ó copias, ya sea dentro ó fuera del año de su otorgamiento; lo I. porque ningun derecho se lo prohibe, y lo que no está prohibido, se entiende permitido; y lo II porque las leyes hablan indistinta y absolutamente, sin prefinir, ni limitar tiempo; por lo que solo dándolas en año diverso, deberá añadir

(1) Sr. Cov. ibi, num. 5. (2) Speculator de Instrument. edition. §. Postquam: Señor Gregor. Lop. en la ley inserta, glos. 2.

en la subscripcion la fecha del en que las da, aunque ninguna se haya sacado del registro; y todas serán y deberán llamarse *originales*, y harán veces de tales, porque han salido de la fuente ó matriz, y sido autorizadas por quien hizo el protocolo, y tuvo facultad y potestad legal para darlas por sí sin decreto judicial (1); y porque en dar fé de haberse hallado presente á su otorgamiento, no falta á la verdad, por haber sido así, y tener en su poder el protocolo, en donde consta: Pero el que le suceda en su oficio y papeles, ni otro alguno, no deben darlas, sin que preceda auto de Juez á pedimento de parte interesada, ya haya dado ó no copia el que las hizo, y ante quien se otorgáron.

14 Y si la Escritura es de aquellas en cuya virtud se puede pedir la deuda tantas quantas veces parezca la original, v. gr. la obligacion de dar, pagar ó hacer alguna cosa, las de imposicion de censo, arrendamiento, &c. ó la que puede dañar á la otra parte, no debe dar por sí, ó de autoridad própia el Escribano ante quien se otorgáron, ni otro alguno mas copias que la primera, ya sea ó no en el año en que se otorga, aunque el acreedor ó interesado la solicite con pretexto de habersele perdido, ú otro, pena de perder el oficio, y de pagar á la parte que la otorgó, ó á quien la represente el daño ó interes; cuya copia será la única que deba llamarse original, y se estime por tal, porque como está prohibido al Escribano dar mas que la primera, no puede verificarse que haya otras originales que esta, y así debe poner en el protocolo la nota de haberla dado, para que conste y no se le olvide. Lo qual se entiende, á ménos que precedan los requisitos siguientes: I. ha de acudir el acreedor al Juez ordinario del pueblo en donde está otorgada, afirmando con juramento que la copia original se le perdió, ó quemó sin culpa ni malicia suya: II. que ignora su paradero si fué perdida: III. que no está reintegrado de su crédito; y IV. obligándose baxo del mismo juramento á exhibirla al Escribano ante quien pasó, si la halláre, para que la rompa y cancele, y á no usar jamas de ella: pretenderá que mande darle otra copia. En vista de esta solicitud debe mandar el Juez que se cite, ó haga saber al deudor, y si este confiesa el débito, ó dentro de tercero dia no se opone á la intentada por el acreedor, deferir á ella, y el Escribano dar la copia á continuacion del pedimento, auto y ci-

(1) Panormit. yotros en el cap. 1. de Fide instrument.

tacion, y no separadamente. Si el deudor comparece, alega que pagó la deuda, y contradice por lo mismo la dacion de la Escritura, le ha de conceder el Juez término suficiente para que lo pruebe, y no acreditándolo en él, mandar que se le dé la copia: mas no, si justifica que le remitió la deuda, ó que por habersela satisfecho, le entregó la Escritura, y por eso exîste en su poder. Y si el Juez despues de citado y oido el deudor, manda dar segunda copia; debe el Escribano en cumplimiento de su obligacion poner nota en el protocolo con relacion de todo, para que en lo sucesivo conste que se dió; el acreedor no pueda cobrar dos veces su crédito, si parece la primera, y evitar pleytos y perjuicios al deudor; lo qual es conforme á derecho (1): bien entendido, que si el Juez por no ser letrado, ó aunque lo sea, la mandáre dar, ha de hacerle presente la prohibicion de las leyes, y su precepto, y que en otros términos no se debe dar, para que haga citar, y oiga á la parte adversa, y no se la irrogue detrimento. Però de los demas instrumentos no necesita poner mas nota que de haber dado la copia original con expresion del sello del papel, aunque los interesados le pidan muchas, porque no traen perjuicio próxîmo ni remoto, ni hay prohibicion ni precepto, ni por consiguiente necesidad de notarlas. En quanto á la subscripcion, digo que en todas las que saque del protocolo que hizo y autorizó, ya sea en el año en que se otorgáron, ó en otro, debe ponerla, y dar fé de haber presenciado su otorgamiento, como lo manda la ley 54. tit. 18. Partid. 3. que estiende la forma de subscribirlas, y la inserté en el lib. 3. cap. 2. num. 28. de mi segunda parte adicionada, en donde puede verla, porque todas son originales, no hay prohibicion legal, y la fe es verdadera; mas no, si es traslado de la copia original, pues entónces la ha de dar de que está conforme ó concuerda con esta, á la que se debe remitir, y no al protocolo; y lo mismo procede si es traslado de otro traslado, ó exemplar. Se previene que aunque las copias esten escritas de varias manos ó letras, no importa, porque á mas de que ninguna ley lo prohibe, ni las anula, ni manda que hayan de ir precisamente de una, se salva, y evita qualquiera sospecha, en diciendo el Escribano al pie quantas hojas van de una letra, y quantas de otra, y rubricándolas to-

(1) Leyes 10. en las palab. Mas si la carta: y 11. tit. 9. Partid. 3. y ley 17. tit. 25. lib. 4. Recop.

das como se acostumbra, y debe practicar, pues quien las da el vigor y autoridad, no es el amanuense que las escribe, sino el que las afirma, y autoriza; y lo mismo digo en quanto á los protocolos, y otros instrumentos ó testimonios. Igualmente se previene que si la copia es voluminosa, debe escribirse en quadernos iguales, y en el primero y último ponerse pliegos sellados de un mismo sello, segun sea la cantidad y calidad del instrumento, y en su intermedio comun, de modo que el signo y firma se pongan en el segundo sellado, y todos los pliegos de los quadernos de ella han de ir metidos unos dentros de otro, y no sueltos. Y últimamente se previene que si baxo de una firma estan comprehendidas diversas partidas de Bautismo, casamiento, muerte ú otras cosas, que entre sí no tengan conexion, y el Escribano saca testimonio á la letra de alguna, debe sacar tambien la firma, porque esta corrobora, y se ha puesto para todas y para cada una en particular: v. gr. en un libro de Bautismos, en cuyos folios hay muchas partidas, y solo una firma al pie de todas, por acostumbrar practicarlo así el Cura, como lo he visto; pero debe relacionar lo que resulte del libro en quanto al estilo del firmante; todo lo qual tendrá presente el Escribano principiante para no errar.

15 Y si la Escritura se daña, ó rompe de modo que no puede leerse tambien como quando se sacó, se observará lo que manda la ley 12. tit 19. Partid. 3. cuyo contexto es este:: *Dañanse á las vegadas las cartas, que son fechas por mano de Escribanos públicos, por ocasion, ó por mala guarda, de manera que no se pueden bien leer como de primero, é por ende decimos que quando alguno demandare al Escribano que él renueve tal carta como esta, si fallare que non es raida en lugar sospechoso, nin desfecha de guisa que non se pueda leer, nin rozada, nin rota de manera que non alcance la rotura á la letra, si fuere de debda, debe ser emplazado aquel contra quien fué fecha, ante el Juzgador que venga, si quiere decir alguna cosa contra lo que pide su contendor, é si non quisiere contradecir que la carta sea renovada, ó dixere que la ha pagado, ó que es quito de aquella debda, é non lo pudiere probar, debe el Juzgador mandar al Escribano que la renueve en la manera que fallare en el registro onde aquella carta fué primeramente sacada. Mas si la carta fué de donadío, ó de compra, ó de cambio, ó de otra razon que fuese de tal natura, que maguer pareciesen muchas cartas de una forma, non podrian facer daño á otro, solo que la carta non sea rota fasta las letras, é non sea cancelada, ó raida en logar sospechoso, asi como en los*

nomes de aquellos que ficieren el pleyto, de los testigos, ó del Escribano, ó en la quantía del precio, ó el nome de la cosa, ó en el dia, ó en el mes, ó en la era, ó en lugar en que fué fecha la carta, bien lo puede facer de nuevo el Escribano por sí sin mandado del Juzgador, concertándola con el registro, onde fué primeramente sacada. E aun decimos que tal carta como esta solamente que se pueda leer, é haber verdaderamente la intencion de lo que fué escrito en ella, que debe ser creida en juicio, maguer non fuese renovada. Otro si decimos que si la rotura, ó la canceladura de la carta fuesen algunos de los lugares sobredichos, non debe ser creida en juicio, nin renovada, fueras ende si aquel que la mostrare, pudiere probar que por ocasion, ó por fuerza, ó sin su grado otro ficiera aquella rotura, ó canceladura, cá en tal caso como este non le debe empecer, ante decimos que probando lo que dice, quel debe valer tambien como si non fuese cancelada, nin rota, é debengela renovar sinembargo ninguno, ni la demandare, concertándola, sacándola del registro onde fué primeramente sacada; pero el Escribano público que la renovare, debe decir en el lugar de la carta, ú escribiere el su nombre, la razon por qué la ovo de renovar.

16 Quando el Escribano ha muerto, y no consta, ni parece en su protocolo la Escritura matriz, por haberla perdido, ú otro motivo, y el interesado en ella tiene la copia original, puede presentarla al Juez, y pretender que comprobado su signo, y firma se mande protocolar, y de ella se den los traslados conducentes, á los quales interponga su autoridad; y á mayor abundamiento que se reciba informacion de su otorgamiento con los testigos instrumentales, si viven, y de la legalidad, y descuido del Escribano ante quien pasó; en cuya vista deferirá el Juez á su pretension: servirá de registro la copia original, siendo de buena fama el Escribano que la autorizó: se protocolarán, y unirán á ella los Autos obrados: y de todos se darán copias á los interesados. Y se previene que el Auto 21. tit. 9. lib. 3. Recop. dice que qualquiera copia de censo autorizada, y sacada del registro, se tenga por original en caso de perderse el protocolo; y lo mismo milita para con otro qualquiera contrato, y asi se observa; á cerca de lo qual vease al *Señor Covarr. Pract. cap.* 19. *num.* 3.

§. FINAL.

Prohibiciones á los Escribanos.

17 Dos cosas debe saber, y tener presentes el Escribano:

I, lo que ha de hacer, y cómo, para que no sea nulo, ni cause perjuicio á los otorgantes, ni tampoco se le tenga por ignorante; y II, lo que no debe hacer, por estarle prohibido, para incurrir en pena, porque si la ley no se lo prohibe, aunque el contrato se anule por algun acto ilegal de los contrayentes, ó por otro motivo, no será cargo contra él, pues en dando fé *de que así lo otorgan*, cumple, y ellos vean lo que hacen, y aconsejense de Letrado que los dirija: y para el Escribano lo que no le está prohibido, se entiende permitido, y lo demas es querer ligarle con obligacion, y pena que las leyes no le imponen. Y respecto haber explicado difusamente la primera en quanto á testamentos, y contratos en los 18 capítulos de esta obra: paso á tratar de la segunda no menos importante, para que no alegue ignorancia, y huya del perjuicio que se le pueda irrogar; y en su exposicion digo: que los de Cámara del Consejo no pueden recibir por fiadores de los Jueces de comision á sus compañeros, ni á los Relatores, y Procuradores del Consejo, ni tampoco á los Oficiales que los Jueces llevaren consigo á las comisiones (1).

18 Los de las Iglesias no pueden usar oficios entre legos en materias temporales, pena de perder la mitad de sus bienes, y ser desterrados de estos Reynos (2)(*a*), ni los del Número, y Concejo llevar salarios de Iglesias, Monasterios, ni de persona alguna, pena de privacion de oficio (3).

19 Los Escribanos ante quienes pasan los Procesos de que se apela al Ayuntamiento, deben entregar los originales, y no por compulsa dentro de los dos primeros dias que se dan para sentenciarlos, á los Jueces que han de conocer del negocio (4). Quando entregan algun proceso en grado de apelacion, ó remision, ha de ser íntegro, y no diminuto, pena de perder el oficio, y pagar el interes á la parte, pues se le puede seguir daño de no ir entero todo el pleyto; y sin mandato del Juez no deben dar Auto alguno de él; ni consiguiente copia del tal Auto legalizada; y dandolo con su mandato, deben decir que se sacó, y que los otros, Autos quedan en su poder (5).

20 Todos los Escribanos deben signar anualmente, y tener en

(1) Ley 39. tit. 15. y Auto 28. tit. 19. lib. 2. Recop. (2) Ley 19. tit. 25. lib. 4. Recop. (3) Ley. 8. tit. 25. lib. 4. Recop. (4) Leyes 7. 17. 18. y 19. tit. 16. y 9. 32. y 43. tit. 25. lib. 4. Recop. (5) Ley 16. tit. 25. lib. 4 Recop. (*a*) Nota 2.

custodia segura los registros de Escrituras que pasan ante ellos pena de diez mil maravedís, y suspension de oficio por un año (1): poner á continuacion de la última testimonio de los folios que comprehende el protocolo, y dar fé de que ante ellos no pasaron para sus registros otras algunas. Asimismo deben extender todo el contexto de ellas en pliegos enteros sellados con el sello quarto mayor, y no en papel comun, y en idioma castellano, de modo que no solo lo entiendan los otorgantes, sino tambien los testigos instrumentales, para que en caso de duda puedan deponer de su contexto: expresar claramente, y no en abreviaturas, ni con palabras equívocas, ni ambiguas, ni por guarismo el dia, mes y año, el Pueblo ó Lugar en que se otorgan (pues no es preciso se especifique el sitio, casa ó parage del Pueblo ó Lugar, porque la ley habla disyuntiva, y no copulativamente, ni la hora, porque no lo manda, como en el núm. 3. dexo expuesto) los otorgantes, testigos presenciales, condiciones, pactos, sumisiones y renunciaciones de los contrayentes, leerlas luego á presencia de estos, y de los testigos, los quales sabiendo, y pudiendo firmar, las firmarán, y si no un testigo instrumental á su ruego, haciendo mencion en la Escritura de que este firmará por el otorgante; y si se añade, quita, testa ó enmienda algo al tiempo de su otorgamiento, se ha de salvar antes de las firmas para evitar toda sospecha de fraude, segun lo manda la ley, pues no salvandose en esta forma, se les debe hacer cargo en la visita, y estando salvado, no, porque ninguna ley lo manda, ni les impone pena. Sus copias no han de contener mas que el protocolo, excepto la subscripcion, signo y firma del Escribano, ni este poder darlas, aunque tome en minuta, nota ó memorial, la razon del contexto de la Escritura, como antiguamente se hacia, sin que estén entendidas primero en el protocolo, ó corregidas á presencia de las partes, si quisieren asistir; y debe hacerse la subscripcion de las copias en la forma que prescribe la ley 54. tit. 18. Partid. 3. inserta en el lib. 3. cap. 2. num. 28. de mi segunda parte adicionada, para que se estimen, y tengan por originales, como dexo expuesto en en el num. 14. El protocolo debe estar enquadernado, bien custodiado y foliado, pena de nulidad de la Escritura, privacion de oficio, no poder obtener otro, y de pagar el daño á los interesados (2). Si conocen á los otorgantes, deben dar fé de su cono-

(1) Ley 12. tit. 25. lib. 4. Recop. (2) Ley 9. tit. 19. Partid. 3. leyes 13.

cimiento, y si no, hacer la Escritura, á menos que presenten dos testigos que digan que los conocen, de lo qual, y de donde estos son vecinos han de hacer mencion en ella, y sentar sus nombres: y executando lo contrario, se les puede imponer pena pecuniaria por no cumplir el precepto de la ley prohibitiva (1); pero si no se encuentran testigos que los conozcan, basta que el sugeto á cuyo favor se celebra el contrato, como que le interesa, y no á otro, se dé por contento, y satisfecho de su conocimiento, y lo firme, con lo qual cesa el fin de la prohibicion legal, como se practica, bien que por ninguno de dichos defectos se anulará, porque la ley no la anula por ellos, como dexo sentado en el número tercero de este capítulo.

21 Los Escribanos que hacen Escrituras entre los legos sobre cosas profanas, ó no pertenecientes á la Iglesia, en que el lego se somete á la jurisdiccion eclesiástica, pierden el oficio (2); y si autorizan obligacion con juramento de dar, hacer ó pagar alguna cosa, ó cantidad el Christiano á otro, ó á Judío, ó Moro, á mas de ser nula, deben perder el oficio, y la mitad de sus bienes, y quedan inhábiles para obtener otro tal oficio: excepto que sea en la forma prescrita en el cap. 7. num. 22.; pero se permite interponer juramento en los arrendamientos de rentas de Iglesias, Monasterios, Prelados y Clérigos de ellas, y á los Labradores el que con él se obliguen á pagar los diezmos, y rentas eclesiásticas, y se sometan á esta jurisdiccion por dicha causa (3): y tambien el Clérigo, aunque el otro contrayente sea lego, y en los contratos de menores, Comunidades, Concejos, mugeres casadas, compromisos, dotes, arras, ventas, donaciones, y enagenaciones perpetuas, y en otros que dexo explicados en los anteriores capítulos, sin que el Escribano incurra en pena por autorizarlos con él (4); pero le advierto que porque la ley lo permita, no le obliga á ponerlo en ellos, ni los invalida por carecer de él, y así siempre que pueda omitirlo, no lo ponga, pues el tit. 18. de la Partid. 3. que trata de las Escrituras, y las trae extendidas, en ninguna lo pone, porque con las cláusulas correspondientes á la naturaleza de cada una, estima el derecho por firme el contrato, y se evitan las funestas consequencias que dexo apuntadas en el cap. 13. num. 28.

16. y 24. y Auto 26. cap. 1. tit. 25. lib. 4. Recop. Otero de Officialib. Reipub. part. 2. cap. 10. Parlador. lib. 2. Rer. cap. 20. (1) Ley 14. tit. 25. lib. 4. Recop. (2) Ley 25. tit. 25. lib. 4. Recop. (3) Leyes 11. tit. 1. y 26. tit. 21. lib. 4. y 3. tit. 6. lib. 8. Recop. (4) Ley. 12. tit. 1. lib. 4. Recop.

22 El Escribano que usa su oficio con Jueces eclesiásticos, ó conservadores contra legos, excepto en los casos permitidos por derecho, incurre en infamia, debe perder la mitad de sus bienes, y ser desterrado por diez años del lugar de su domicilio (1); y si da fé, y presencia como tal á la colacion de grados de Bachiller, Licenciado ó Doctor en virtud de Rescripto, ó Breve Apostólico, ó de otra manera, incurre en la pena de destierro de estos Reynos, pierde la mitad de sus bienes, y queda inhabilitado para usar el oficio (2).

23 No pueden los Escribanos ser Abogados de las partes, ni favorecerlas en los pleytos que ante ellos penden (3), ni tratar en oficio de Regatonería, pena de perder el de Escribano (4): ni tampoco solicitar pleyto alguno de los de Cámara de los Consejos, y Audiencias, ni los de la Corte de los Juzgados de dichos Consejos (que hoy llaman de Provincia, y Comisiones) ni los del Número, ni los criados de unos ni otros (5); y las razones son las que expone la ley 8. tit. 5. Partid. 3. inserta en el cap. 15. num. 13. Pero á los Escribanos reales no está prohibido solicitar, ó ser Agentes en pleytos, y negocios en que no actúan, porque ni tienen el poder, y valimiento que los referidos, ni pueden irrogar perjuicio á las partes como ellos, ni hacer mas oficio en dichos negocios, y pleytos que el de un mero Apoderado, ó Agente con instruccion mas que algun otro para saber seguirlos, y evitar á sus principales muchos daños que por ignorancia les causan los que no lo son, y así se practica en esta Corte, porque lo que no está prohibido, se entiende permitido, y ademas no están ligados ni sujetos como los otros, y por consiguiente no se pueden distraer de sus obligaciones, ni perjudicar por esta razon á los interesados.

24 Los del Número, y Concejo no pueden ser fiadores ni abonadores de Rentas Reales, Própios, y Carnicerías en el lugar en que exercen sus oficios, ni arrendarlas por sí, ni por interpósita persona, pena de privacion de ellos, y de perder la quarta parte de sus bienes, lo que deben jurar al tiempo que son recibidos á su uso, y exercicio (6); y por carga de sus oficios tampoco pueden llevar derechos de las Escrituras, y procesos que autorizaren por lo respectivo al Concejo su parte, á menos que

(1) Ley 2. tit. 8. lib. 1. Recop. (2) Ley 5. tit. 7. lib. 1. Recop. (3) Ley 30. tit. 16. lib. 2. Recop. (4) Ley 20. tit. 3. lib. 7. Recop. (5) Leyes 30. tit. 4. y 36. tit. 20. lib. 2. Recop. (6) Ley 3. tit. 5. lib. 7. Recop.

sentenciado el pleyto quiera el Concejo traslado del Proceso, pues en este caso debe pagarles los legítimos (2).

25 Ningun Escribano puede recibir en su poder por via de depósito, ni en otra forma maravedises tocantes á penas de Cámara, gastos de Justicia, ú obras pias pena de pagar lo que recibiere con el quatro tanto, aunque la partida esté sentada en los libros (3); ni ser Tesorero de Rentas reales en el Lugar en que usáre su oficio, pena de perderlo, y pagar cincuenta mil maravedises (4). Los depósitos de dinero, y de otras cosas que las Justicias mandaren hacer, no han de ser en el Escribano de la causa que diere motivo al depósito, pena de pagar diez mil maravedises para los Própios del Pueblo el Juez que lo mandáre, y otros tantos el Escribano que lo recibiere (5); y en los Pueblos en que hubiere oficio de Depositario, debe el Escribano de Ayuntamiento tener libro en que siente, y tome la razon de qualquier depósito que se haga antes de su entrega (6)(*a*).

26 Los Escribanos no pueden hacer Escrituras de cosas que se miden, no siendo por la medida de Toledo, y en granos por la de Avila, pena de perder el oficio: ni autorizar las en que una, ó mas personas pongan bienes en cabeza de otro en perjuicio de la Real Hacienda, ó en fraude de las Leyes, administracion de Justicia, ó engaño de tercero; y de las hechas deben dar noticia á las Justicias dentro de quince dias, pena de privacion de oficio, y otras (7)(*a*).

27 Los Reales deben decir en la subscripcion, de donde son vecinos, y no usar su oficio sin haber presentado el título en el Ayuntamiento, pena de perderlo, y por la presentacion no se les han de llevar derechos (8). No pueden actuar, ni autorizar contratos, ni testamentos, y últimas voluntades en los Pueblos en que hay Escribano del Número, pena de privacion de oficio, pagar veinte mil maravedises, y de nulidad del instrumento; cuya prohibicion se les impone por las razones que expondré en el lib. 3. cap. 2. num. 29. de mi segunda parte adicionada; y solo pueden

(1) Ley 30. tit. 6. lib. 3. Recop. (2) Leyes 18. cap. 24. tit. 26. lib. 8. y 23. tit. 16. lib. 9. Recop. (3) Ley 8. tit. 5. Part. 3. (5) Leyes 13. tit. 9. lib. 3. y 28. tit. 25. lib. 4. Recop. (6) Leyes 7. 17. 18. y 19. tit. 6. y 32. y 43. tit. 25. lib. 4. Recop. (7) Leyes 1. y 2. tit. 13. lib. 5. Recop. (8) Ley 22. tit. 25. lib. 4. Recop. (*a*) Actualmente se han arreglado las medidas y pesos, y estos deberá usar el Escribano en las Escrituras ó instrumentos que otorgue. Véase esta Real Orden en el Apéndice del cap. X. (*a*) Nota 3.

dar fé de los Autos extrajudiciales, y tambien de los judiciales, siendo elegidos por los Corregidores para recibir quejas, y las primeras informaciones de los delitos, a fin de mandar prender á los que resulten reos, con tal que entreguen luego los Autos al Escribano del Número, ó Crimen si lo hubiere (3); pero en las Aldeas donde no residen Escribanos numerarios, y en la Corte, y Chancillerías les está permitido autorizar todos los referidos instrumentos, (y lo mismo sucede en los Sitios Reales, como dexo sentado) y aunque residan, actuar con los Alcaldes de Sacas, y Hermandad, Jueces de Comision, y Pesquisidores, y tambien autorizar las obligaciones, y Autos que dimanan de estos negocios, y las pertenecientes á las Rentas Reales, en caso que no haya propietario, ó Teniente (4). Pero en esta Villa los Escribanos de su Número compraron á S. M. el Privilegio de que los Reales no puedan autorizar Escritura de fundaciones de Mayorazgos, Vínculos, Patronatos, Memorias, Aniversarios, y de Censos perpetuos, y al quitar, Ventas de ellos, y de Casas, Villas, Jurisdicciones, Tierras, Montes, Dehesas, Alcabalas y Juros; y asimismo de Capitulaciones matrimoniales, y Dotes, interviniendo en ella Vínculos, ó Mayorazgo, pena de ser habidos por falsarios, y de nulidad de ellas; cuyo privilegio se les despachó en 9 de Junio de 1636, y mandó observar por los Tribunales de esta Corte; bien que por el no uso de él en todo lo que comprehende, lo han perdido en esta parte, y asi las autorizan los Reales asegurando la Alcabala en los contratos que la causan, y protocolando en los de aquellos las Escrituras, ó dexándolas en sus registros, segun cada uno quiere, y ni se dan por nulas, ni se les impone pena, porque hoy hay Archivo general en donde se custodian sus protocolos, y no hay ningun riesgo de que se pierdan; á mas de que los títulos que se les expiden, son privilegios posteriores, y no se lo prohiben, y asi es visto permitírselo, y derogar el de aquellos; y porque de autorizarlas los Reales se sigue mucho beneficio á los otorgantes, y aun á la Real Hacienda, como se verá en el número inmediato.

28 Tampoco pueden otorgarse ante los Escribanos Reales, aunque sea en la Corte, y Chancillerías, Escrituras de venta, y permuta de bienes raices, imposiciones de censos, ni otros con-

(3) Ley 1. tit. 25. lib. 4. Recop. (4) Leyes 26. tit. 6. lib. 3.: tit. 25. lib. 4. y 34. tit. 18. lib. 6. Recop.

tratos que causan alcabala, pena de privacion de oficio, y de pagar esta con el quatro tanto, pues deben pasar ante los del Número de las Ciudades, Villas y Lugares en cuya jurisdiccion están las heredades que se venden, truecan y acensúan; y en caso de no haber Escribano público en ellos, ante el del Realengo mas cercano del mismo Partido, el qual debe dar en cada mes copia signada, y firmada de las referidas Escrituras á los Arrendadores, Fieles y Cogedores, con juramento de no haber pasado ante él otra alguna, y testimonio, siempre que estos se lo pidan; previniendo que si se prueba haber ocultado, ó dexado de incluir en el testimonio mensual alguna partida, debe pagar lo que importe la alcabala de ella con el quatro tanto (1); mas no obstante, se otorgan en esta corte ante los Escribanos Reales todas las expresadas Escrituras, y despues las protocolan en los Oficios de Número, ó Provincia que les parece, ó en sus registros; pues con el motivo del perjuicio que se irrogaba á los Arrendadores de observarse el privilegio, y precepto legal, por ciertas causas que alegaron, pretendieron y se mandó por el Señor D. Pedro Colon de Larreategui, del Supremo Consejo y Cámara, y por otros Señores Jueces privativos de este negocio, que los Escribanos Reales, y los del Número, y Provincia no diesen copias de las Escrituras que causan alcabala, sin que se les hiciese constar por carta de pago de los Arrendadores estar satisfecha; de cuya providencia se prueba que no solo pueden autorizarlas, sino dar las copias, despues de satisfecha la alcabala, porque cesa el motivo de la prohibicion legal, y así se observa hoy por haber Archivo general de Protocolos, y por las demas razones expuestas; pues no obstante los esfuerzos que han hecho, no han podido conseguir que se imponga la prohibicion á los Reales que se domicilian en esta Corte, en sus títulos, que es el único medio de impedir su otorgamiento ante ellos. A mas de que los Numerarios de esta Villa no tienen cargas concegiles como los de los demas Pueblos, y así no se les perjudica como á estos. Tambien pueden dar fé, y testimonio en los Lugares de Señorío por lo tocante á la moneda forera, aunque haya Numerarios (2).

29 Los Escribanos no deben llevar derechos á los Monas-

(1) Leyes 1. tit. 25. lib. 4. y 10. tit. 17. lib. 9. Recop. (2) Ley 17. tit. 33. lib. 9. Recop.

terios de Religiosos del Carmen, Santo Domingo, San Francisco y San Agustin reformados en la Observancia, ni á los de Monjas de qualquiera Orden que lo estén: ni á los Hospitales de estos Reynos de los Procesos, y Autos que ante ellos pasaren: ni á los Procuradores Fiscales, ni á sus Apoderados en las causas fiscales: ni de execuciones que se hicieren por los bienes, ó maravedises que se aplicaren al Fisco (1): ni tampoco á los que probaren ser pobres; previniendo que si estos están presos, no se les debe detener en las cárceles, ni tomar su ropa, ni apremiar á que den fiador para la paga de derechos, ni hacerse esta de la limosna que se da, y está destinada para su manutencion en la cárcel (2).

30 En los Lugares en que hay copia de Escribanos, ninguno de estos puede admitir demanda que ponga ante él su hermano, ó primo hermano, ni permitir las Justicias que actúen en el pleyto como Procuradores, ó Abogados el padre, hijo, yerno, hermano ó cuñado del Escribano ante quien pende la causa (3). Y si en las Civiles y Criminales se interpone apelacion, deben los Escribanos en los testimonios de esta poner puntual relacion de la demanda, cantidad, reconvencion, si la hubiere, y sentencia dada, pena de suspension de oficio por dos meses (4).

31 Todo Escribano debe poner fé del dia y hora en que se trabe la execucion, pena de nulidad de esta, y de pagar el interés á la parte (5); y exâminar por sí mismo los testigos, y no por sus criados ni sirvientes, sin que esté presente á ello otro alguno; y en caso de tener justo impedimento, si el pleyto se principió ante él, podrá nombrar otro Escribano de la própia Audiencia que lo execute, y no habiéndose principiado, debe nombrarlo la justicia (6).

32 Ningun Escribano debe tomar á su cargo por sí, ni por interpósita persona la busca de dinero para que los Concejos, Universidades y personas particulares impongan censos, llevándoles interes con título de correduría, ni otro alguno (7): ni los del Número y Ayuntamiento pueden usar de estos oficios en ca-

(1) Leyes 12. tit. 2. lib. 1. y 12. tit. 13. lib. 2. Recop. (2) Leyes 20. 21. 22. y 23. tit. 12. lib. 1. y 2. al fin tit. 18. lib. 4. Recop. (3) Ley 7. tit. 25. lib. 4. Recop. (4) Ley 10. tit. 18. lib. 4. Recop. (5) Leyes 21. 22. 23. y 30. tit. 21. lib. 4. Recop. (6) Ley 29. tit. 25. lib. 4. Recop. (7) Ley 28. tit. 21. lib. 4. Recop.

so de tenerlos arrendados, pena de perderlos: y los propietarios que deben servirlos por sí mismos sin poder arrendarlos, ni darlos en confianza, no perteneciendo á muger, ó menor por justos títulos, tampoco pueden ser admitidos á su uso y exercicio, sin que hagan constar tener de patrimonio la tercera parte del valor del oficio baxo de igual pena (1).

33 Los Escribanos deben dar á las partes copias de las Escrituras que ante ellos pasaren, dentro de dos dias siguientes al en que se las pidieren, si contienen dos pliegos, y excediendo de ellos, dentro de ocho, pena de pagarles el interes y daño que se les irrogue en la dilacion, y de cien maravedís mas por cada dia que tardaren y las detuvieren. Pero hasta que se las pidan no están obligados á dárselas; y pidiéndoselas, aunque sea años despues de su otorgamiento, pueden subscribirlas como originales, expresando el dia y año en que las sacan, y dar quantas copias quieran, siendo de las contenidas en el num. 5. y no de las prohibidas. Deben asimismo poner al pie de las Escrituras, y al margen del protocolo, que dia sacáron, y en que papel con expresion del sello, dando fé de ello, pena por la primera vez de cien mil maravedís y privacion de oficio; y por la segunda de incurrir en las impuestas contra los falsarios (2); sin que baste decir que las diéron en el sello correspondiente, pues han de especificar qual es; y siempre que alguna de las partes lo pida, se ha de poner y depositar un traslado autorizado de la Escritura en el archivo de la ciudad, villa ó lugar, con tal que el Escribano, ante quien se otorgue, la ponga y se tome la razon dentro de tercero dia, expresándose en la Escritura que la parte lo pidió (3). Y si la Escritura pertenece á ámbas partes, puede dar á cada una su copia, ó á la una, aunque la otra no la pida (4). Pero en la subscripcion de cada copia deberá expresar para quien es, y en el protocolo notar á quien la dió, por si es tal que á una de las partes no se deba dar mas que una, v. gr. en la venta, en que el comprador se obliga á pagar á plazos, ó constituye censo reservativo del precio de lo vendido.

34 Deben tambien poner fé con su signo y firma de los derechos que han llevado y llevaren en las espaldas de los proce-

(1) Leyes 41. y 42. tit. 20. lib. 2. Recop. (2) Leyes 15. y 45. tit. 25. lib. 4. Recop. (3) Ley 34. tit. 25. lib. 4. Recop. (4) Ley 17. al principio, tit. 25. lib. 4. Recop.

sos y escrituras que dieren firmadas á las partes, y que no han cobrado mas por sí, ni por interpósita persona, pena de volver el exceso á los del Real Arancél con el quatro tanto, y de incurrir en las establecidas contra los falsarios; y de lo que importen los derechos, deben dar á las partes recibo ó carta de pago, sentar lo que las Justicias llevaren, y estas no firmar Mandamiento, Escritura ni carta alguna en que no vayan puestos: y quando los Escribanos no los llevaren, lo han de sentar de su mano en el Proceso ó Escritura (1).

35 Los Escribanos que salieren á hacer execuciones ó diligencias á otros Pueblos fuera del de su residencia, deben entregar los papeles originales al propietario de la causa luego que las concluyan, ó se retiren, y no cumpliendolo, se les hará cargo particular en la residencia (2); y aunque hagan en un dia muchas execuciones, no pueden llevar mas derechos que por un camino y dia de ocupacion (3). Tambien deben entregar á los Receptores de penas de Cámara los Mandamientos, Sentencias ó Executorias que haya en execucion de condenacion de ellas, para que soliciten su cobranza (4).

36 A los Escribanos de Ayuntamiento, y no á otro corresponde dar á los arrieros los testimonios firmados de la Justicia del trigo y demas semillas que compraren, ó sus dueños envian á vender á otra parte, para que por ellos se les arregle su acarreo conforme al número de fanegas y distancia de leguas (5); cuyas leguas se entienden comunes y vulgares, y no legales; y en justicia se deben juzgar así, como lo manda la ley (6), en todos los pleytos que ocurran. De oficio las Justicias, precedida la informacion necesaria, deben hacer constar individualmente que valor han tenido los granos en los mercados de sus respectivos Pueblos, y el Escribano de Ayuntamiento ó Concejo tenerlo siempre de manifiesto, para dar las certificaciones que le pidan de sus precios (7).

37 Tienen obligacion los Escribanos de Concejo de dar parte al Señor Fiscal del Consejo, si ha intervenido precio, dádivas ó promesas en los oficios que se han de dar ó elegir por

(1) Leyes 19. tit. 5. lib. 2.: 29. al fin, tit. 6. lib. 3. y 6. 35. 36. y 41. tit. 25. lib. 4. Recop. (2) Ley 37. tit. 4. lib. 3. Recop. (3) Ley 28. tit. 21. lib. 4. Recop. (4) Ley 1. tit. 14. lib. 2. Recop. (5) Ley 5. cap 5. tit. 25. lib. 5. Rec. (6) Ley 7. tit. 25. lib. 5. Recop. (7) Ley 14. tit. 25. lib. 5. Recop.

votos en el mismo Concejo, ó si se admitió á su uso á los electos, sin haber hecho el juramento de no haberlos obtenido por estos medios, pena de perder el oficio (1); y asimismo la tiene de hacer dos libros á costa de los Concejos, uno de papel de marca mayor, en que han de escribir todas las Cartas, Cédulas y Ordenanzas Reales enviadas á las ciudades, villas y lugares sobre qualquiera causa ó razon que sea, y otro empergaminado, y sentar en él á la letra todos los privilegios de sus respectivos lugares y sus tierras, y las sentencias dadas á su favor no solo en razon de sus términos, sino de otras cosas tocantes al bien comun, con una tabla al principio en que se mencionen los privilegios y sentencias, pena de cinco mil maravedís por cada vez: é igualmente deben sentar en el libro de Concejo los padrones de lo cierto de las monedas que se mandaren repartir; cuyos padrones ningun otro Escribano puede tener ni recibir, á ménos que tenga especial facultad y Provision real para ello, pena de perder el oficio y otras (2).

38 Pueden los Escribanos dar fé y testimonio de todo quanto pase ante ellos, siéndoles pedido por la persona interesada; pero porque la memoria es potencia muy frágil, deben darlo dentro de tres dias siguientes, aunque sea con respuesta de Juez ó de otro, y estos no respondan, pena de pagar á la parte el daño ó interés, y de cien maravedís por cada dia que lo detuvieren (3); lo qual se entiende estendiendo el testimonio en el mismo dia, y entregándolo á la parte dentro de tres, segun sentir de Acevedo en la ley citada, y de otros, con el que me conformo. Pero me ocurre la duda de si el Escribano podrá ó no dar testimonio de conversacion que pase ante él, pues veo que se multa freqüentemente á los que lo dan sin auto de Juez, y que aunque el interesado acuda á este para que mande darlo, no defiere á ello, y sí solo á que el Escribano declare como testigo. Lo cierto es, que habiendo buscado de intento con cuidadosa atencion ley prohibitiva, no la hallé; ántes sí que pueden dar fé de ello, como se acredita de la citada: de la 4. tit. 1. lib. 7. Recop. que dice que los de Concejo no tienen voz ni voto en él, y deben usar solamente sus oficios para dar fé de lo que ante ellos pase: y de otras que omito: que de no permitirseles darlo,

(1) Leyes 7. y 8. tit. 2. lib. 7. Recop. (2) Leyes 25. y 26. tit. 25. lib. 4. Recop. (3) Ley 15. tit. 25. lib. 4. Recop.

puede irrogarse perjuicio á las partes, por no tener tal vez otra justificacion para probar su intencion, y no hacer igual prueba su dicho como testigos, que su testimonio; y que por lo mismo siendo el Escribano de buena vida, fama é integridad, y dando el testimonio dentro del término legal, se le debe creer y no multar. Una cosa es que en las causas criminales no lo den, porque no es razon que sirvan de instrumento para acalorar y fomentar la discordia y encono, sino la paz, aunque á veces conviene, para que se castigue á los reos, y otra que se les multe porque lo dan, respecto de que léjos de haber legal prohibicion, les impone pena la ley citada, si tardan mas de los tres dias en darlo: es verdad que el multarlos provendrá tal vez de que algunos son ligeros en dar testimonio voluntario de todo en qualquier tiempo que se les pida, pero á estos se debe castigar no por no darlo, sino por darlo fuera del término prefinido por la ley; en cuyos términos mediante no hallar solucion á mi duda, y no poder convinar el precepto legal con los judiciales, por ser diametralmente opuestos, aconsejo al Escribano que no dé testimonio de cosa alguna sin tener á que remitirse, ni tampoco de conversacion ó dicho de alguno, aunque en el acto se lo pida la parte, ínterin el Juez no se lo mande, y de esta suerte evitará que se le multe, pues la razon cede al poder, y contra este no la hay. Las prohibiciones y penas legales en quanto á los contratos de Labradores, hijosdalgo, menores, hijos de familia aunque sean mayores, arras, joyas y otras, quedan puestas en sus respectivos capítulos, y por evitar duplicacion las omito aquí, pues el Escribano podrá hallarlas en el índice alfabético, y palabra *Escribano*.

NOTAS AL CAPÍTULO XIX.

Nota 1. Los Notarios de reynos, y los Escribanos Reales, son los antiguos *tabelliones*, que entre los Romanos eran siervos publicos. A la verdad, que fixar tan baxo concepto á un oficio tan importante, y tan digno como la misma fé pública que se depositaba en ellos, era una extravagancia de la opinion, como otras muchas que reynan en las Naciones. No se han de confundir, como lo hace el Autor, con los Notarios de los reynos los de número, y juzgado, y los de Ayuntamiento, &c. estos tenian otra consideracion. Asi es que parece haber quedado un vestigio de aquella diferencia, en la satisfaccion con que estos se dán, y aun oyen el tratamiento de Secretarios. Esta voz en toda su extension amplisima significa, un empleado cuya funcion es autorizar los decretos, autos, acuerdos y providencias de una persona, ó cuerpo que regenta autoridad pública. Por conseqüencia comprehende entre nosotros, como entre los Romanos, una gerarquia que abraza los superilustres Secretarios de Estado, y del Despecho, los Secretarios del Rey que tambien por esto solo son personas constituidas en dignidad, los Escribanos de Cámara de los Tribunales Supremos, y todos los demas Escribanos en quanto ciñen su funcion á autorizar los decretos y acuerdos de los regentes de la autoridad, bien sea en lo contencioso, bien en lo administrativo: bien que el uso mas comun tiene adoptada la aplicacion de la voz Secretario á los funcionarios, que autorizan, y entienden solamente en lo gubernativo. La ocupacion de los Notarios de los reynos consiste en hacer exposicion de su carácter público para dar fé en la forma prescrita por la ley á todo yente, y viniente á manera de decir de lo que ante ellos se otorgue. Sinembargo se extiende á unos y á otros Escribanos la gracia que en su caso se concede, y despacha para usar del distintivo de D. siendo nobles. Estas gracias dice D. Pedro Escolano en su práctica del Consejo tomo 1. cap. 52. empezaron á despacharse en el año de 1775. en que D. Manuel Bernabe Odon, Escribano Real en Madrid, recurrió al Consejo haciendo constar hallarse en el goce, y posesion de noble hijo-dalgo en ella, y expuso que no era razonable, ni justo estuviese privado de un honor concedido á todos los de su clase, por el exercicio de un oficio que no es incompatible con la nobleza, y antes si está condecorado por las leyes con varios honores y distinciones, previniéndose además por el capitulo 29. de la Real Ordenanza del reemplazo del exército que el Consejo cuide de que en lo succesivo recaigan los oficios de Escribano, y demas subalternos en hijos-dalgo; y fundado en esto, y en una executoria de la Chancilleria de Granada, que se mandó guardar, y cumplir por Real Cédula del Señor D. Felipe V. de 18 de Julio de 1741. para que en los interrogatorios de pruebas se omitiese la pregunta de si el pretendiente era hijo de Escribano, concluyó suplicando se le mandase dar el tratamiento de D. que le correspondia declarando que la profesion de Escribano, que exercia, no le perjudicaba de modo alguno á que lograse y disfrutase todas las prerrogativas de su notoria nobleza de sangre, y que por efecto de esta podia y debia titularse en quantos actos exerciese con el dictado de Don, acostumbrado y próprio de personas nobles.

Sobre esta solicitud se pidió informe al Ayuntamiento de Madrid, que executó con audiencia del Personero; y en su vista, y de lo expuesto por el Se-

ñor Fiscal, teniendo presente el Consejo que no se halla ley, ni razon que perjudique á los nobles é hijos-dalgo que exercen de Escribanos para que se les prive de los derechos de la sangre, y de su heredada distincion, y que este exercicio ni perjudica la nobleza, ni dá exêncion de pechar al que no es hijo-dalgo, como tambien que lo dispositivo de la Ordenanza de reemplazo del exército apetece se destinen los nobles á estos oficios para minorar las exênciones, y aliviar á los del Estado general, y porque siendo de grande confianza se regenta mas dignamente por personas nobles, y seria difícil que las de esta clase se dedicasen á él si hubiesen de perder el tratamiento, que sin él les correspondia como sugetos distinguidos, se sirvió declarar por auto de 14 de Septiembre del própio año de 1775. que dicho D. Manuel Bernabe Odon, sin embargo de exercer el Oficio de Escribano Real podia nombrarse, y firmarse, y debia ser tratado con el distintivo de D. mediante la qualidad de hijo-dalgo que en él concurria, como una de las prerrogativas del Estado noble que gozaba, y que en su conseqüencia no se le embarazase ni impidiese el uso de dicho distintivo, ni le privasen de él así en los actos en que exerciese el referido oficio como en los demas que fuera de él ocurriesen. Luego que se supo esta decision se hizo recurso al Consejo por varios Escribanos así vecinos, y residentes en Madrid, como en otros, que se hallaban en la posesion y goce de nobleza solicitando que por lo proveido se les concediese licencia, y permiso para que en los autos, é instrumentos, que se les ofreciese hacer se les permitiese firmar con el distintivo de D. y con efecto se concedió, y concede á todos los que debidamente han justificado su nobleza.

La práctica que se observa en esta solicitud es presentar pedimento, firmado de Procurador, de este tenor: N. en nombre, y en virtud de poder que presento de N. escribano de número, y ayuntamiento, Rentas, &c. Ante V. A. parezco, y digo que mi parte es hijo-dalgo notorio como hijo de N. y nieto de N., en cuya posesion, y goze se halla, y está reputado como tal noble, sin cosa en contrario, segun resulta mas por menor de los documentos que en debida forma presento, y respecto de estar justamente mandado por V. A. en repetidas ocasiones que á los escribanos que esten en la posesion y goce de nobleza, se les dé el tratamiento de Don para no degradarles del distintivo que les corresponde por su clase y nacimiento, y estimular á otros á que sigan semejante profesion, suplico á V. A. que habiendo por presentado el poder, y demas documentos, en su vista, y por lo provehido en iguales instancias, se sirva conceder á mi parte su licencia y permiso para que en los actos, é instrumentos, que actúe como tal escribano se pueda firmar con el distintivo de Don.= De este pedimento se da cuenta en la Sala primera de gobierno, y sinembargo de que se acredite la nobleza por los documentos presentados, deseando el Consejo instruir y justificar el asunto con toda imparcialidad y seguridad se acuerda el decreto siguiente: Madrid &c. Librese despacho, cometido á la justicia de tal parte, para que haga que por ante escribano, y en forma, y con citacion del Procurador síndico de aquel pueblo, se cotejen, y comprueben con sus originales los documentos presentados por este interesado, poniendo á continuacion testimonio de lo que resultase, y copia del título en cuya virtud exerce esta parte el oficio de escribano de número ó ayuntamiento de dicha villa, expresando si tiene la aprobacion del Consejo, y ha pagado lo correspondiente al derecho de la media-annata, y executado lo remita al Consejo, informando al mismo tiempo de acuerdo con el ayuntamiento si este interesado se halla, ó no actualmente en la posesion y goce del

estado de hijo-dalgo, con lo demas que se ofreciere y pareciere para la debida instruccion del Consejo.

Para la execucion de esta providencia se expide un despacho con arreglo á su tenor, y venido el informe, y diligencias se pasa al Señor Fiscal, de cuya respuesta se dá cuenta en la Sala primera de Gobierno, y resultando el goce de nobleza, no poniéndose reparo por el Señor Fiscal, se provee el siguiente decreto: Madrid &c. Por lo proveido se concede permiso á este interesado para que en sus escritos se pueda firmar con el distintivo de Don.

La provision que para esto se expide es como se sigue: Don Carlos, &c. Por quanto por parte de N. vecino de la villa de tal, y escribano de número, y ayuntamiento en ella, se nos presentó (sigue la relacion del pedimento). Y visto por los del Consejo, por decreto que proveyéron en tantos mandáron que la justicia de dicha villa hiciese que por ante escribano, y en forma, y con citacion del Procurador Síndico o Personero de aquel pueblo, se cotejen y comprueben con sus originales los documentos presentados por dicho N., poniendo á continuacion testimonio de lo que resultase, y copia del título en cuya virtud exercia el oficio de escribano del número, ó ayuntamiento de dicha villa, expresando si tenia la aprobacion del nuestro Consejo, y habia satisfecho lo correspondiente al derecho de la media-annata; y así executado lo remitiese, informando de acuerdo con el ayuntamiento si se hallaba el citado N. actualmente en la posesion y goce del estado de hijo-dalgo, con lo demas que se le ofreciere y pareciere en el asunto para su debida instruccion. Y habiendo librado á este fin el despacho correspondiente, en su cumplimiento se hizo, y remitió por la justicia las diligencias, é informe, que se le mandáron executar; en cuya vista, y de lo expuesto sobre todo por el nuestro Fiscal, por decreto de tantos se acordó expedir esta nuestra carta, por la qual, y por lo proveido en iguales instancias concedemos permiso al referido N. para que en sus escritos pueda firmarse con el distintivo de Don: y en su consequencia mandamos á la justicia y ayuntamiento de la citada villa de tal, y demas justicias, ministros, y personas, á quien en qualquier manera tocare la observancia, y cumplimiento de lo contenido en esta nuestra carta que siéndoles presentada, ó con ella requeridos la vean, guarden, cumplan y executen, y hagan guardar, cumplir y executar en todo, y por todo, como en ella se contiene: que así es nuestra voluntad. Dada en Madrid &c.

Nota 2. Véase la Real Pragmática de 18 de Enero de 1770, en que dándose varias reglas sobre su número, y modo de despacharles sus títulos se renueva esta disposicion.

Nota 3. En los lugares de Señorio no pueden admitir poderes de los señores jurisdiccionales. Así se ordena en el art. 8. de la Real Cédula de 20 de Julio de 1802.

FIN DE ESTA SEGUNDA PARTE.

ÍNDICE ALFABÉTICO

de las especies mas notables contenidas en los diez y nueve Capítulos de que constan los tres Tomos de esta primera Parte.

El primer Tomo contiene desde el capítulo 1. *al* 6: *el segundo desde el* 7. *al* 10.: *y el tercero desde el* 11. *hasta el* 19.

A

ABogados, Agentes, y Procuradores, quánto tiempo tienen para pedir lo que se les debe de su trabajo? c. 7. n. 79. p. 41.

Abogados, si pueden, ó no ser presos por deuda? ibi. n. 101. p. 61.

Abogados, si podrán, ó no hacer pacto, que llaman *quota litis*, con la parte á quien defienden: y en qué pena incurren si cometen prevaricato? c. 14. n. 25. p. 239

Abuela, y madre que son Tutoras de sus descendientes, no pueden ser encarceladas por el alcance de la tutela, c. 7. n. 108. al fin, p. 65.

Abuelo, á qué nietos suyos puede dar Tutor? c. 1. n. 22. al medio, p. 16.

Abuelos, en qué pueden mejorar á sus nietos? c. 1. n. 113. p. 76.

Abuelos maternos, si podrán privar á sus yernos de la administracion de los bienes en que mejoran á sus nietos? ibi. n. 117. p. 80.

Abuelos no pueden substituir pupilarmente á su nieto, ibi. n. 95. p. 67.

Abuelos, á qué nietos pueden substituir exemplarmente? ibi. n. 101. y 102. p. 71. y 72.

Abuelos no deben concurrir con los padres de su nieto, que murió intestado á la herencia de este, ibi. n. 171. p. 101.

Abuelos por ámbas líneas, ó por una sola: ó dos por una, y uno por otra, cómo, y quándo heredarán á su nieto, que murió intestado? ibi. n. 172. p. 103.

Abuelos, y visabuelos, quándo pueden ser apremiados á dotar á sus nietas, c. 4. n. 15. p. 24. 17.

Accion de pedir el fideicomisario la herencia contra el fiduciario quándo prescribe? c. 1. n. 109. al fin, p. 75.

Accion de repetir el engaño, ó lesion que hay en la tasacion de la dote, hasta quándo no prescribe? c 4. n. 19. p. 251.

Accion de recobrar los bienes dotales y parafernales, quándo prescribe? ibi. n. 39. p. 265.

Accion, ó potestad de revocar la donacion por ingratitud, ó por inoficiosidad, á quién compete? cap. 5. n. 27. p. 315.

Accion para demandar la cosa empeñada, si la tendrá, ó no el que la recibió en empeño? c. 7. n. 63. al fin, p. 32.
Accion pignoraticia, quál, y quántas nacen de la obligacion con prenda, ibi. n. 67 p. 33.
Accion, de quántas maneras es? ibi. n. 69. al 71. p. 34. y 35.
Accion personal, y executoria dada sobre ella por quánto tiempo prescriben? ibi. n. 74. p. 37.
Accion mixta de real y personal, por quántos años prescribe? ibi. n. 75. p. 38.
Accion, quál compete al Locador, y Conductor? c. 9. n. 6. p. 304.
Accion de rettaer la finca vendida con pacto de *retrovendendo*, quándo puede, ó no ser cedida? c. 10. n 26. al fin, p. 375. y dos notas.
Acciones *redhibitoria*, y *quanto minoris*, quién puede, ó no intentarlas: dentro de qué término: y en qué bienes? ibi. n. 56. al 58. p. 397. y 398.
Acciones y derechos, quáles pueden, ó no ser cedidos? c. 14. n. 29. y 30. p. 242.
Acciones de hurto y condiccion furtiva, á qué se dice? ibi dicho n. 29.
Aceptacion de la donacion, si podrá ó no hacer el Escribano por el donatario ausente? c. 5. n. 19. p 309.
Aceptacion de los Jueces compromisarios estendida. c. 13. n. 33. p. 226.
Aceptacion de herencia estendida, c. 1. n. 322. p. 200.
Aceptar, y repudiar herencias, quién puede ó no? c. 1. n. 184. p. 110.
Aceptar, ó repudiar dentro de qué término puede el heredero la herencia, y cómo debe aceptarla? ibi. n. 185. y 186. p. 111.
Aceptar, ó repudiar la herencia, de quántas maneras puede el heredero, ibi. n. 190. y 191. p. 112.
Acreedores, quáles, y quándo serán, ó no preferidos á la dote? c. 4. n. 50. al 54. p. 271. á la 275.
Acreedor, quándo puede pedir su crédito al deudor? c. 7. n. 10. y 84. al fin. p. 5. y 43.
Acreedor para pedir en juicio en virtud de escritura, ó vale la cantidad que importen, qué ha de jurar? ibi. n. 22. p. 11. y nota.
Acreedor por bienes depositados, por quáles, y á quiénes será preferido? ibi. n. 51. p. 27. y nota.
Acreedor, si presta dinero para comprar, ó reparar alguna alhaja, qué debe hacer para ser preferido en ella? ibi. n 66. p. 33.
Acreedor quándo puede instaurar la accion llamada *Contraria*, contra su deudor? ibi. n. 67.
Acreedor que usa de accion hipotecaria contra tercero poseedor, qué debe probar, y hacer? ibi. n. 68. p. 34.
Acreedor, quándo puede, ó no trabar execucion en los bienes de su deudor generalmente obligados, sin hacer excusion en los especiales? ibi. n. 89. p. 50.
Acreedor que pide que su deudor Labrador sea preso en los meses desde Julio inclusive hasta fin de Diciembre, pierde la deuda, ibi. n. 103. pag. 62. y dos notas.
Acreedor cómo puede reconvenir á los fiadores? ibi. n. 126. al 128.

p. 79. y. 81. y quatro notas.
Acreedor quándo debe dar lasto al fiador para que repita contra el deudor, y confideyusores? ibi. n. 130. p. 83. y dos notas.
Acreedor, qué debe ceder, y entregar al fiador para que exîja del deudor y confideyusores lo que pagó por ellos? ibi. n. 131.
Acreedor, qué fianza debe dar para poner en execucion la sentencia de remate? ibi. n. 137. y 138. p. 88. y 90.
Acreedor, quándo, y cómo debe dar la de la ley de Madrid? ibi. n. 139. y 140. p. 91.
Acreedor, cómo ha de dar al deudor el resguardo de lo que le satisface; y siendo muchos, quándo deberán comunicarse el débito? ibi. n. 163. p. 107.
Acreedor, cómo ha de dar el finiquito al que administró su hacienda? ibi. n. 164. p. 108.
Acreedor, si podrá ó no vender la alhaja que tiene en empeño, habiéndoselo prohibido el deudor. Véase la nota puesta á continuacion de la escritura con hipoteca, al fin, p. 117.
Acreedor que vendió su alhaja al fiado, si conserva, ó no dominio en ella: y en concurso de otros del deudor, á qué tendrá derecho? c. 10. n. 20. p. 372.
Acreedores, por qué tiempo pueden conceder espera á sus deudores? c. 16. n. 14. p. 321.
Acreedores, si pueden minorar, y remitir parte de sus créditos á sus deudores: y si haciéndolo unos, estarán ó no obligados á ello los demás, ibi. n. 15. p. 312. y nota.
Acreedores del difunto, en qué tiempo no pueden prendar, ni emplazar á sus herederos? c. 1. n. 189. p. 112.
Acto irrevocable, si podrá ser declarado por el que lo hizo? c. 5. n. 2. al fin, p. 298. y c. 11. n. 46. al fin, p. 40.
Actos, por qué deben juzgarse? c. 11. n. 9. p. 7.
Acto para dar hábito militar estendido, c. 16. n. 19. p. 325.

Adelantado, y Juez si pueden, ó no comprar algo en el Pueblo en que lo son? c. 10. n. 4. p. 365.
Adelantados no pueden ser apoderados de otro en juicio, c. 14. n. 13. p. 233.
Admitir no deben los Jueces compromisarios si no quieren, la prorrogacion del término que los litigantes les hacen para decidir el negocio, c. 13. n. 10. p. 213.
Adopcion, qué es, cómo se hace, y qué fuerza tiene, y qué heredará el adoptado del adoptante, c. 15. n. 1. y 6. p. 285 y 287.
Adopcion, y diligencias á ella concernientes, cómo se extienden, ibi. n. 33. al 37. pág. 298. á 300.

Afianzar, quándo debe, ó no el marido la dote de su muger, c. 7. n. 135. p. 86.
Afianzar de saneamiento, en qué casos debe, ó no el deudor, ibi. n. 136. p. 87.
Afinidad qué es, hasta qué grado impide el casamiento? cap. 1. n. 169. p. 100 y por qué motivo se contrae? c. 11. n. 30. p. 24.

Agregacion de bienes á mayorazgo, de quántos modos puede hacerse? c. 11. n. 52. y 53. p. 46.

Agregacion voluntaria, y necesaria quál es: cómo ha de hacerse; por qué medios puede probarse, y qué efecto produce? ibi. n. 53. al 57. p. 46. y nota.

Albacea, Testamentario, Cabezalero, Mansesor, ó Executor de últimas voluntades, quién es: qué facultades tiene: á qué está obligado: dentro de qué término ha de cumplir su encargo: y si por éste se le deberá salario, c. 1. n. 250. al 257. p. 146. á la 152.

Alcabala, de qué censos se debe? c. 8. n. 20. y 49. al fin, p. 195. y 212.

Alcabala, si se debe, ó no por la venta hecha con los pactos de *retrovendendo*, *commisorio*, y de *adicion in diem*? c. 10. n. 27. y 30. al fin, p. 377. y 380.

Alcabala, si se debe, ó no de la venta, y permuta rescindidas por la restitucion *in integrum*? ibi. n. 49. al fin, p. 394.

Alcabala, qué es, y á quién se debe, ibi. n. 65. p. 405.

Alcabala, quiénes deben, ó no pagarla, de qué bienes, y en dónde, ibi. n. 70. y 71. p. 406.

Alcabala para que no se defraude, ante qué Escribano debe pasar la escritura? ibi. n. 72. p. 407.

Alcabala, de qué cosas no debe pagarse, ibi. n. 73.

Alcabala, con qué condicion no debe arrendarse; y si prescribe, ó no para con el Rey, y Arrendadores, ibi. n. 74.

Alcabala se causa una sola por la venta, ó retracto, ibi. n. 149. p. 445.

Alcabala, si se debe ó no por la transaccion, y litis estimacion? cap. 13. n. 31. p. 222.

Alevoso declarado no puede ser Albacea, c. 1. n. 250. p. 146.

Alevoso no debe ser instituido heredero, ibi. n. 155. p. 151.

Alhaja agena, si podrá, ó no ser empeñada sin órden de su dueño? c. 7. n. 61. p. 31.

Alhaja empeñada, si podrá venderla el que la tiene en empeño? ibi. n. 64. p. 32.

Alhaja sola si el deudor la obliga á la responsabilidad del débito, ninguna mas queda obligada, ibi. n. 66. p. 33.

Alhaja emphitéutica pereciendo por caso fortuito, á quién toca el daño? cap. 8. n. 10. p. 189.

Alhaja que tiene servidumbre, si podrá ó no ser vendida sin ella, c. 10. n. 91. p. 418.

Alimentos, si deben, ó no los padres, y madres dar á sus hijos legítimos, é ilegítimos, c. 1. n. 82. á 86. p. 58. á la 60. y c. 15. n. 29. 30. y 31. p. 297.

Alimentos dexándose al menor hasta que llegue á la pubertad: hasta qué edad debe percibirlos? dicho c. 1. n. 100. al medio, p. 71.

Alimentos, si se deben, ó no á la viuda miéntras no se la entrega su dote? c. 14. n. 37. al fin, p. 264.

Alimentos de la familia de los socios, si son, ó no de cuenta de la compañia universal, c. 12. n. 9. p. 187.

Alimentos, y demás cosas que los testadores dexan en sus testamentos cerrados si pueden ó no ser transigidos, c. 13. n. 25. p. 219.

Alquilar qué es, c. 9. n. 1. p. 302.

Alquilador de bestia, y el que la recibe en alquiler, á qué están

obligados. ibi. n. 36. y 37. p. 320.

Apartamiento de querella qué es, y cómo se hace, c. 16. n 9. p. 316.

Apéndice I. donde entre otras instituciones de nuestro sistema de pastos se trata de la posesion de los ganados de la mesta c. 9. p. 331.

Apéndice II. del contrato de fletamento, ibi. p. 331.

Apéndice del seguro, c. 10. p. 497.

Apéndice sobre letras de cambio, c. 18. p. 368.

Apéndice de Reales Cédulas, véanse al fin de cada cap.

Apertura del testamento cerrado quién puede pedirla; y cómo debe hacerse, c. 1. n. 288. al 290. p. 172. y 173. y nota.

Apoderado para testar, fundar mayorazgo, ó elegir sucesor, véase la palabra: *Comisario.*

Apoderado, ó Personero quién es, y por qué se llama así, c. 14. n. 1. p. 230.

Apoderado quién puede, ó no serlo, ibi. n. 8. al 14. p. 232. á la 234.

Apoderado cómo ha de ser nombrado, ibi. n. 17. p. 234

Apoderado para pleytos, y cosas extrajudiciales, qué edad ha de tener, y si puede, ó no nombrar substituto? ibi. n. 18. p. 235.

Apóstatas de nuestra Santa Religion no pueden ser herederos, c. 1. n. 154. p. 97. y nota.

Apóstatas no pueden ser testigos en las últimas disposiciones, ibi. n 16. p. 11.

Apremiados quándo deben ser, ó no los testamentarios á aceptar este encargo, y á evacuarlo. c. 1. n. 253. al fin, p 150.

Apremiados si podrán ser, ó no los Jueces árbitros á aceptar su cargo; y á decidir el negocio despues de aceptado? c. 13. n. 6. y 7. p. 212.

Apunte, quál se llama, y á qué se reduce, c. 18. n. 15. p. 357.

Arras, y dote que alguno dió al padre para que casase á su hija, no debe esta colacionarlas? c. 1. n. 60. p. 45.

Arras, ó dotacion, qué son, c. 4. n. 2. al fin, p. 242.

Arras, de quántas maneras son, ibi. n. 5. p. 243.

Arras que el novio ofrece á la novia, de qué cantidad no deben exceder, ibi. n. 28. p. 256.

Arras, de qué privilegio gozan, ibi. n. 32. p. 261.

Arras, cómo se han de deducir, ibi. n. 33. p. 262.

Arras, si puede, ó no el novio ofrecer con condicion? c. 4. n. 29. al fin, p. 257. y nota puesta al fin de la escritura de ellas, n. 58. p. 282.

Arrendar, ó locar, qué es, c. 9. n. 1. p. 302.

Arrendar, y ser Arrendatario, ó Conductor, quiénes pueden, ó no, c. 9. n. 2 y 3. p. 302. y nota.

Arrendadas, por qué tiempo pueden ser las cosas: y si lo pueden ser, ó no las penas que se imponen á los excomulgados, y los oficios de Contaduria, ibi. n. 4. p. 303. y nota.

Arrendados no pueden ser los Oficios publicos de jurisdiccion, ni los de Escribanos; y por qué tiempo lo podrán ser los bienes eclesiásticos, ibi n. 5

Arrendar queriendo un socio, ó la mayor parte el fondo que muchos poseen pro indiviso, y resistiendolo los consocios, qué se [illegible] de

hacer? ibi. n. 10. p. 305.
Arrendador de Rentas Reales no puede pretender descuento del arrendamiento, ni alegar lesion, ibi. n. 21. p. 310.
Arrendadores de la Alcabala, dentro de qué tiempo deben pedirla para que no prescriba, c. 10. n. 74. p. 407.
Arrendamiento de las casas de esta Corte cómo se hace, y de que privilegio gozan sus vecinos, c. 9. n. 34. p. 318. y nota.
Arrendamiento de tierras extendido, ibi. n. 39. p. 326.
Arrendamiento de casa extendido, ibi. n. 40. p. 326.
Arrogacion, qué es, cómo se hace, que fuerza tiene, y qué heredará el Arrogado de los bienes del Prohijador, c. 15. n. 1. y 5. p. 285. y 286.
Artes liberales, quáles, y quántas son, c. 15. n. 19. al fin, p. 292.
Arzobispo, de qué bienes pueden, ó no testar, c. 1. n. 32. p. 23. y nota.
Arzobispo, si debe, ó no comparecer en juicio por sí própio, y puede ser apoderado de otro, c. 14. n. 16. p. 234.

Ascendientes, en qué pueden mejorar á sus legítimos descendientes, y si podrán consignar la mejora, c. 1. n. 113. 114. y 115. p. 76. á 78. y dos notas.
Ascendientes no pueden hacer mejora, si no tienen mas que un descendiente, ibi. n. 116. p. 79.
Ascendientes si se obligan por contrato entre vivos á mejorar, ó no á alguno de sus descendientes, deben cumplirlo, ibi. número 128. p. 85.
Ascendientes mejorando en el quinto de sus bienes por donacion entre vivos á alguno de sus legítimos descendientes, y á otro, ó á un extraño en otro por última voluntad, y no disponiendo del tercio, si valdrán ámbos quintos? ibi. n. 129. y 130. p. dicha.
Ascendientes, si podrán revocar la mejora hecha á sus descendientes? ibi. n. 133. p. 88.
Ascendientes, de qué pueden disponer, teniendo descendientes legítimos? ibi. n. 57. p. 43.
Ascendientes legítimos, de quiénes son herederos forzosos? ibi. n. 62. y 65. p. 46. y 48. y nota.
Ascendientes careciendo de descendientes legítimos, ó siendo estos justamente exheredados: ó Frayles profesos de San Francisco, á quién pueden instituir por herederos? ibi. n. 79. y 147. p. 56. y 93.
Ascendientes, á que descendientes pueden substituir exemplarmente? ibi. n. 101. p. 71.
Ascendientes, por qué causas pueden exheredar á sus legítimos descendientes? ibi. n. 136. al 143. p. 89. á 91.
Ascendientes si mueren intestados, y dexan descendientes, cómo les sucederán estos? ibi. n. 170. p. 101.
Ascendientes, qué órden deben observar en la fundacion de vínculo del tercio y quinto por via de mejora, c. 11. n. 22. p. 17.
Ascendientes, á que fin deben jurar la licencia para testar, qué dán á sus descendientes? c. 6. n. 32. p. 382.
Aumento, ó menoscabo de los bienes dotales cuya estimacion cau-

sa venta, á quién pertenece? c. 4. n. 7. y 35. p. 244. y 263.
Aumento, ó menoscabo de bienes dotales no estimados, ó cuya estimacion no causa venta, á quién toca? ibi. n. 8. y 9. p. 245.
Aumento, ó deterioro de los parafernales, quando toca, ó no al marido? ibi. n. 11. p. 246.
Aumento, ó menoscabo de lo que se vende, quándo toca al comprador, ó al vendedor? c. 10. n. 63. y 64. p. 400. y 402.

B

Banido, ó Encartado, quál es, c. 15. n. 22. p. 293.
Bautizado dos veces de própia voluntad no puede ser heredero, c. 1. n. 154. p. 97.
Bautizado por temor de la muerte, ó dos veces con cierta ciencia, no puede ser ordenado, c. 11. n. 76. p. 64.

Beneficiado no está obligado á pasar por el arrendamiento, que de su beneficio hizo su antecesor, c. 9. n. 27. p. 313.
Beneficio de la restitucion puede ser cedido, c. 10. n. 49. al fin, p. 394.
Beneficio de la menor edad, y auxîlio de restitucion, á quiénes compete, ibi. n. 107. p. 424.

Bienes adventicios, y profecticios de los Arzobispos y Obispos, quáles son, c. 1. n. 320. p. 23.
Bienes de los traidores, y de los que ayudan, ó dan consejo para hacer la traicion, en quién recaen? ibi. n. 155. p. 97.
Bienes, quáles se comunican igualmente á marido, y muger? c. 2. n. 1 p. 230.
Bienes gananciales, en qué casos no se comunican á los casados, ibi. n. 2. al 7. p. 231. y 232.
Bienes, quáles no están obligados marido, ni muger á reservar á los hijos de su anterior matrimonio, c. 3. n. 4. al fin, p. 239.
Bienes del segundo marido deben responder de la tutela de los hijos del primero, como los de su madre, c. 1. n. 271. p. 161.
Bienes de la dote, quáles se llaman adventicios, y profecticios, c. 4. n. 4. p. 243.
Bienes de los casados, qué nombres tienen, ibi. n. 6. y 11. al 14. p. 244. 246. y 247.
Bienes del marido, quándo están, ó no obligados á la restitucion de los dotales, y parafernales de su muger, ibi. n. 7. 8. 9. y 11. p. 244. 245. y 246.
Bienes á caudal de los cónyuges puesto en fondo vitalicio en cabeza de algun extraño, si se deberá, ó no inventariar, y qué se debe practicar? ibi. n. 18. al fin, p. 249.
Bienes del marido están obligados á la restitucion de las arras que ofreció á su muger, ibi. n. 32. al fin, p. 261.
Bienes dotales estimados, ó no, que perecieron en incendio, ó se mandaron quemar por la Justicia, si estará ó no obligado el marido á restituir su valor? ibi. n. 35. al fin, p. 263.
Bienes litigiosos, por qué causas pueden ser secuestrados, y depositados? cap. 1. n. 49. p. 20.
Bienes, de quántas especies son? ibi. n. 54. p. 28.

Bienes, si se obligan simplemente, quáles quedan, ó no obligados, y se comprehenden, ó no en la hipoteca, y obligacion general? ibi. n. 65. p. 32.
Bienes eclesiásticos, por quánto tiempo pueden ser arrendados? c. 9. n. 5. p. 303.
Bienes que existen en la cosa locada, á qué están afectos? ibi. n. 33. p. 317. y nota.
Bienes litigiosos no deben venderse, c. 10. n. 9. p 367.
Bienes, quáles se llaman espirituales, y anexos á ellos: y si pueden, ó no enagenarse por precio? ibi. n. 97. y 98. p. 420. y 421.
Bienes eclesiásticos para ser vendidos, qué circunstancias son precisas? ibi. n. 99.
Bienes eclesiasticos, con qué solemnidad se han de vender? ibi. n. 100. al 107. p. 422. á la 424.
Bienes de mayorazgo, si pueden, ó no ser confiscados por delito de su poseedor? c. 11. n. 45. p. 39. y nota.
Bienes, cómo se ha de probar que son de mayorazgo? ibi. n. 49. p. 42.
Bienes de mayorazgo, si podrán ser acensuados, y gravados? ibi. n. 51. al fin, p. 43.
Bienes de Capellanía son indivisibles, é inenagenables, ibi. n. 77. p. 64. y nota.
Bienes, deudas y cargas de socios de compañia universal, si les son, ó no comunicables, y cómo se han de dividir, cap. 12. n. 8. 9. y 14. p. 187. y 189.
Bienes de los hijos, de quántas clases son; y si su padre se hace, ó no dueño de todos, c. 15. n. 18. y 19. p. 291. y 292.
Bienes del heredero que acepta llanamente la herencia, ó entra en ella, ó no hace el inventario en el término legal, á qué están obligados? c. 1. n. 187. p. 111.
Bigamo, si puede, ó no ser ordenado? c. 11. n. 76. p. 63.

Boticarios, quánto tiempo tienen para pedir lo que se les debe, cap. 7. n. 79. p. 41.

Bueyes, mulas y aperos para labrar las tierras, si pueden ó no ser executados, c. 7 n. 103. p. 62.
Bula, ó motu própio de San Pio V. sobre los censos redimibles no está admitida en estos Reynos, c. 8. n. 27. p. 199.

C

Caballeros de las quatro Ordenes militares, á quién están sujetos, y si pueden, ó no ser presos por deuda, cap. 7. n. 102. pág. 62.
Caballeros que están en el Real servicio, si podrán, ó no ser arrendadores de rentas reales, ó fiadores, ibi n 123. p. 77.
Caballeros, y oficiales de la Corte no pueden llevar en arrendamiento heredades agenas, c. 9. n. 2. p. 302.
Caballeros que están en el Real servicio, si pueden, ó no ser Procuradores de otro en juicio, c. 14. n. 11. p. 233.
Caballeros, quáles se llaman: qué virtudes y propiedades deben tener: y qué han de probar, y hacer para serlo, c. 16. n. 11. y 12. p. 317.
Caballeros de las Ordenes militares si podrán, ó no serlo los

hijos de Escribanos, ibi. n. 13. p. 318. y nota.

Cabeza de venta de bienes de convento estendida, c. 10. n. 159. p. 464.

Cabeza, y pie de venta judicial, ibi. n. 162. p. 470.

Canónigos Reglares no pueden testar, c. 1. n. 26. p. 19.

Capacidad del donatario, quándo se debe mirar para la percepcion de la cosa donada? c. 5. n. 37. p. 329.

Capacidad del cedente quándo se debe mirar para que el cesonario adquiera el derecho cedido, c. 14. n. 36. p. 245. y c. 6. n. 17. p. 362.

Capellanias, y capilla qué son, c. 11. n. 69. p 58.

Capellanias mercenarias, de quántas clases son, y si los capellanes se podrán ordenar, ó no á título de ellas? ibi. n. 69. al 72. p. dicha á la 60. y nota.

Capellanias colativas, quáles son, y qué edad han de tener los capellanes para ser nombrados á su goce, ibi. n. 74. p. 62.

Capellanias Gentilicias, quáles se llaman, ibi. n. 75. p. 63.

Capellanias, quiénes no pueden ser ordenados á título de ellas, ibi. n. 76.

Capellanias cómo pueden ser fundadas, ibi. n. 77. p. 64.

Capital puesto por los conyuges en fondo vitalicio, si se dividirá, ó que se ha de hacer? c. 4. n. 18. al fin, p. 249.

Capital de los bienes que el marido lleva al matrimonio, quándo puede hacerse, y cómo, ibi. n. 49. p. 270.

Capital del marido estendido, ibi. n. 61. p. 289.

Capital de los censos al quitar nunca prescriben, c. 7. n. 76. p. 39. y cap. 8. n. 44. p. 209.

Capital puesto por uno de los socios, si se dividirá, y comunicará al que solo puso la industria quando no hay utilidades? c. 12. n. 16. p. 191.

Capitis diminucion, qué es, y de quántas maneras, c. 1. n. 222. p. 126.

Capitulaciones matrimoniales estendidas, cap. 4. n. 59. p. 283.

Capítulos, *Oduardus*, y *Suam* se explican, cap. 7. n. 96. al 98. p. 58 y 59.

Cargas de alhaja emphiteútica que se vende, cómo se han de deducir, c. 8. n. 15. p. 192. y nota.

Cargas, expensas, y deudas de la compañia universal se comunican entre los socios, cap. 12. n. 9. p. 187.

Carta de pago, cómo ha dar el acreedor á su deudor de lo que le satisface, c. 7. n. 163. p. 107.

Carta de pago con fé de entrega estendida, ibi. n. 193. p. 139.

Carta de pago confesada estendida, ibi. n. 194. p. 140.

Casos insólitos, y raro contingentes, quáles son, y si se comprenden ó no en los fortuitos, c. 9. n. 17. y 18. p. 308. y 309.

Castillos, y casas fuertes no pueden hacerse sin licencia del Rey, ni verderse á extrangeros, c. 10. n. 66 p. 404.

Caucion Muciana, quiénes deben darla? cap. 1. n. 217. p. 124. y n. 222. p. 125.

Caucion juratoria, qué es, y quién puede hacerla, cap. 7. n. 157.

p. 104.
Caucion juratoria estendida, ibi. n. 191. pag. 138.
Caucion de indemnidad, quándo deben darse los socios? c. 12. n. 14. p. 189.
Causas por quáles espira el oficio de testamentario, c. 1. n. 257. al fin, p. 153.
Causas para exheredar á los descendientes, quáles son, y quién debe probarlas, ibi. núm. 136. al 140. y n. 144. y 145. p. 89. á la 92.
Causas por qué el heredero debe perder la herencia, y los legatarios sus legados., quáles son? ibi. n. 146. p. 93.
Causas por qué el locador no está obligado á remitir al conductor parte del arrendamiento, c. 9. n. 22. p. 311.
Causas por qué el conductor puede ser despojado de la alhaja locada, ibi. n. 29. p. 314. y nota.
Causas por qué el hombre incurre en esclavitud, quáles son, c. 10. n. 52. p. 396.
Causas por qué el patronato pasa de un hombre á otro, quáles son, c. 11. n. 68. p. 57.
Cedente, quándo queda, ó no libre de la responsabilidad de la deuda que cede, c. 14. n. 42. p. 251.
Cedente, en qué casos puede, ó no revocar la cesion, ibi. n. 43.
Ceder, qué debe el acreedor al fiador, para que cobre lo que pagó por el deudor, y demás fiadores, c. 7. n. 131. p. 83.
Ceder, puede el vendedor al comprador el derecho de eviccion, que le compete contra el que le vendió la alhaja, c. 10. n. 47. p. 393.
Cédulas privadas, ó vales hechos en papel sellado correspondiente á la calidad, y cantidad que contienen, qué privilegio gozan? Véase la nota sobre el papel sellado puesta al fin del c. 18. §. final, p. 363.
Censo, qué es: qué significados tiene: y en qué conviene, y se diferencia del Emphiteusi y Feudo, c. 8. n. 1. y 2. p. 183.
Censo, en qué clases se divide, ibi. n. 3. y 4. p. 184.
Censo emphiteútico, con qué condiciones lo impusiéron los antiguos, ibi. n. 5. p. 185.
Censo emphiteútico, si está, ó no prohibido, y es, ó no útil: y quando se concede por ciertas vidas, cómo se cuentan estas, ibi. n. 6. y 7. p. 186.
Censo perpetuo, qué es? ibi. n. 8. p. 188.
Censo perpetuo, cómo puede amortizarse, y reducirse á redimible, ibi. n. 15. y 16. p. 192. y 193.
Censo redimible, imponiéndose sobre alhaja que tenga otras cargas, ya pertenezca, ó no á muger casada: qué se ha de mirar para que sea segura la imposicion, ibi. n. 18. y 19. p. 194. y 195.
Censo consignativo, qué es: quién trata de él: qué circunstancias se requieren para que sea lícito: quién puede imponerlo: con qué premio; y sobre qué bienes, ibi. n. 20. al 23. p. 195, á la 197, y nota.
Censo consignativo: con qué condiciones puede, ó no imponerse, ibi. n. 26. al 43, p. 197. á la 208.
Censo, puede imponerse por dote, aunque no intervenga dinero de

presente, ibi. n. 27. al fin, p. 199.
Censo consignativo, y demás contratos, en que interviene especial hipoteca, en dónde deben registrarse? ibi. n. 47. p. 210. y Instruccion puesta á continuacion de dicho, c. 8. p. 269.
Censo reservativo, qué es, y cómo puede constituirse, ibi. n. 48. p. 211.
Censo reservativo al quitar, en qué conviene, y se diferencia del consignativo, y del reservativo perpetuo, ó emphiteútico? ibi. n. 49. y 50. p. 212. y nota.
Censo reservativo al quitar, cómo debe ordenarse, ibi. n. 51. p. 213. y nota.
Censo vitalicio, de qué cosas puede constituirse, ibi. n. 52. p. 215. y dos notas.
Censo vitalicio á dinero: sobre qué alhajas puede fundarse, ibi. n. 53. p. 216.
Censo vitalicio, quándo se extingue? ibi. n. 54.
Censo vitalicio personal, qué especie de contrato es? ibi. n. 55. y 56. p. 217. y dos notas.
Censo vitalicio real, qué es: de qué y cómo debe constituirse? ibi. n. 57. y 58. p. 218. y Nota.
Censo consignativo, de quántas maneras puede ser redimido, ibi. n. 64. p. 222.
Censos perpetuos de esta Corte, cómo se han de redimir, y deducirse las cincuentenas. Véase el Auto acordado puesto al fin de dicho c. 8. á continuacion de la instruccion sobre los redimibles, p. 275.
Censos, efectos y otros derechos, y acciones, si pueden, ó no venderse, c. 10. n. 60. p. 399.
Censualista no adquiere dominio en la alhaja acensuada, c. 8. n 30. p. 200.
Censualista, quándo puede compeler al censuario á redimir el censo, ibi. n. 55. y 45. p. 204. y 209.
Censualista, en dónde debe presentar la escritura censual para que se registre? ibi. n. 47. p. 210. y Prágmatica puesta al fin de dicho c. 8. p. 268 y siguientes.
Censualista de censo vitalicio personal no puede en concurso hecho por el censuario instar por la redencion de su censo, ibi. número. 59. al fin, p. 219. y nota.
Censuario, en qué casos puede ser compelido á redimir el censo? c. 8. n. 34. 35. y 45. p. 203. 204. y 209. y nota
Censuario que constituyó censo vitalicio á dinero, si debe, ó no dar algo á los herederos del censualista despues de su muerte, ibi. n. 59. p. 219.
Cesion, en qué conviene, y se diferencia de la donacion, c. 5. n. 6. p. 301.
Cesion, ó donacion á estudiante, cómo debe hacerse, ibi. n. 46. pag. 333.
Cesion, ó donacion á estudiante extendida, ibi. n. 52. p. 347.
Cesion, qué es, y en qué conviene, y se diferencia de la delegacion, c. 14. n. 27. pag. 240.
Cesion, de quántas maneras es, y quién puede, ó no hacerla? ibi. n. 28. p. 241.
Cesion, quándo se extiende, ó no á los derechos futuros, ibi. n. 37. p. 246.
Cesion, y poder en causa própia, por qué causas puede hacerse, ibi. n. 39. p. 249.

Cesion, qué cosas requiere para su validacion? ibi. n. 40. y 41. p. 250.
Cesion hecha por mera liberalidad, si podrá revocarla, ó no el cedente, ibi. n. 43. p. 351.
Cesion de deuda, ó accion hecha á persona cavilosa, ó mas poderosa que el cedente, no vale, ibi. al fin.
Cesiones, y poderes en causa própia graciosas, y onerosas extendidas, ibi. n. 54. y 55. p. 271. y 272.

Ciego, no puede ser testigo en los testamentos, c. 1. n. 16. al fin, p. 11.
Ciego, no puede testar *in scriptis*, c. 1. n. 14. y 15. p. 9. y 10. y nota.
Ciego, no puede ser árbitro, ni Juez ordinario, c. 13. n. 4. al fin, p. 211.
Cinco por ciento, quiénes pueden llevarlo? c. 7. n. 22. p. 11.
Cinqüentena, quándo no se causa? c. 8. n. 14. al fin, p. 191.
Cinqüentenas, cómo se sacan quando los censos enfitéuticos se amortizan? ibi. n. 15. y 16. p. 192. y 193.

Cláusula de heredero extraño, cómo se ha de extender para que pueda sacar la quarta falcidia, c. 1. n. 228. al fin, p. 128.
Cláusula de Testamentarios, cómo se ha de ordenar para que puedan disponer de los bienes del testador? ibi. n. 252. p. 147.
Cláusula de la substitucion pupilar, ibi. n. 93. y 94. p. 66.
Cláusula de la substitucion exemplar, ibi. n. 101. p. 71.
Cláusula de la substitucion vulgar, ibi. n. 90. p. 64.
Cláusula de la substitucion compendiosa, ibi. n. 105. y 106. p. 73.
Cláusula de la substitucion breviloqua, ibi. n. 108. p. 74.
Cláusula de la substitucion fideicomisaria, ibi. n. 109. al fin p. 75.
Cláusula derogatoria de los testamentos, quál es? ibi. n. 225. p. 126.
Cláusula de revocacion del testamento, que la contiene derogatoria, ibi. n. 226. y 227. p. 128. y 129.
Cláusula *Codicilar*, quál es, y qué efectos causa? ibi. n. 232. al 238. p. 133. á la 136.
Cláusula diferente de testamento extendida, ibi. n. 296. al 303. p. 181. á 183.
Cláusula de renovacion del testamento por cautela con cláusulas derogatorias que hace una muger, ibi. n. 304. p. 183.
Cláusula de exheredacion extendida, ibi. n. 305. p. 184.
Cláusula de pena convencional extendida, c. 4. n 43. p. 267.
Cláusula, para que la donacion hecha al ausente no pueda revocarse, cap. 5. n. 19. p. 309.
Cláusula, para que la donacion en sanidad, que puede revocarse por ingratitud, sea irrevocable, c. 5. n. 25. y 26. p. 313. y 314.
Cláusula, para que la donacion en sanidad sea irrevocable en uno de los casos en que es revocable, ibi. n. 28. p. 316.
Cláusula, para que la donacion, ó legado hecho á Iglesias, Monasterio, ó á otro lugar, ó cosa pia,

pueda resolverse, y revocarse, ibi. n. 32. p. 318.
Cláusula, para que la donacion por causa de muerte sea irrevocable, ibi. n. 42. p. 331.
Cláusula, para que el préstamo con pacto comisorio sea, ó no válido, c. 7. n. 30. y 31. p. 17.
Cláusula *guarentigia*, quál es, por qué se llama asi, y cómo se ordena? ibi. n. 88. p. 48.
Cláusula de obligacion, en que interviene especial hipoteca, y *la de no enagenar*, cómo se ordena, y qué efectos causa? ibi. n. 89. p. 50.
Cláusula, para que el acreedor que recibió primero los bienes de su deudor en pago de su crédito, no pierda su derecho contra los demás de él, ni contra los de sus fiadores, en caso que otro de mejor derecho se los quite, ibi. n. 91. p. 52.
Cláusula, para que la muger casada, que contrae por su hecho própio, quede obligada, ibi. n. 117. p. 72.
Cláusulas con que debe ordenarse la escritura de censo reservativo al quitar, c. 8. n. 51. p. 213.
Cláusulas, ó condiciones, precisas en el censo vitalicio á dinero, ibi. n. 60. y 61. p. 219. y 220.
Cláusulas del pacto de *retrovendendo*, cómo se ordena, c. 10. n. 26. p. 375.
Cláusulas de venta hecha con pacto *comisorio*, ibi. n. 28. p. 379.
Cláusulas de venta hecha con pacde *adicion ó señalamiento de dia*, ibi. n. 30. p. 380.
Cláusula de *constituto*, cómo se ordena, ibi. n. 40. p. 389.
Cláusulas de *eviccion*, y *saneamiento*, cómo se estienden, y qué efectos causan, ibi. n. 41. al 46. p. 390. á la 393.
Cláusulas con la quales no puede el comprador intentar las acciones *redhibitoria*, y *quanto minoris*, ibi. n. 57. p. 398. y nota.
Clausulas de *rato manente pacto*, quál es, ibi. n. 104. p. 424.
Cláusulas de venta á tasacion estendida, ibi. n. 151. p. 450.
Cláusulas de contrato de compañia, que llaman *Trino*, esterdida, c. 12. n. 18. p. 194. y nota.
Cláusulas generales que se ponen en los poderes, qué efectos causan, c. 14. n. 19. y 20. p. 236.
Clérigos seculares, de qué bienes pueden, ó no testar, c. 1. n. 31. p. 22.
Clérigos ordenados *in Sacris*, frayles, y monjas profesas, si podrán dexar algo á sus hijos? ibi. n. 87. p. 61.
Clérigo que tiene en su poder el testamento cerrado de alguno, á quién debe pesentarlo para que lo abra, ibi. n. 287. al fin, p. 171.
Clérigo, puede ser depositario, c. 7. n. 45. p. 25. y nota.
Clérigo, no debe ser preso por deuda, ni reconvenido por mas de lo que puede pagar, ibi. n. 95. p. 58.
Clérigo, á qué Juez debe someterse, y ante quál puede ser reconvenido, ibi. n. 99 pag. 60.
Clérigo, á quién puede, ó no fiar, ibi. n. 123. p. 77.
Clérigo no es idoneo para constituir la fianza de la *Lua*, ibi. n. 141. p. 92.
Clérigo, nada puede comprar, ni vender por via de negociacion, ni adquirir, ni retener bie-

nes raices sin licencia del Rey, c. 10. n. 5. p. 365.
Clérigo vendedor, ante qué Juez puede ser reconvenido de evicion? ibi. n. 41. al fin, p. 390.
Clérigo, puede tantear los bienes de abolengo, ibi. n. 117. p. 430.
Clérigo, puede ser árbitro, y arbitrador, cap. 13. n 4. p 211.
Clérigo, si puede, ó no ser apoderado? c. 14 n. 9. p. 232. y nota.

Codicilo, qué es: quién puede hacerlo, cómo, y quándo: y qué puede disponer en él, c. 1. número. 228. y 229. p. 130.
Codicilo primero, quándo se revoca por el segundo: y si se rompe, ó no por la supernascencia de los hijos, ibi n. 230. p. 132. y nota.
Codicilo, cómo puede hacerse, y abrirse: qué solemnidad de testigos requiere, y si se puede revocar, ibi. n. 230. y 291. p. 132. y 173.
Codicilo abierto extendido, ibi. n. 317. p. 193.
Cofradía, ó Ayuntamiento erigido contra derecho, ó contra la real voluntad, no puede ser instituida por heredera, c. 1. n. 154. p. 97.
Colacionables no son las donaciones que el Rey hace al hijo por los méritos de su padre, ni la dote, y arras qué alguno dió al padre para casar á su hija, c. 1. n. 60. p. 45.
Comisario para testar, si podrá, ó no señalar los bienes de la mejora? c. 1. n. 115. p. 78.
Comisario, ó apoderado para testar quién es; en qué se diferencia de testamentario, y qué debe hacer? ibi. n. 239 y 240. y 270 y 271. p. 136. y 137. y dos notas.
Comisario, si podra, ó no mejorar, y dar tutor á los hijos del testador, y delegar su comision, ibi. n. 241 p 137.
Comisario qué debe hacer si el testador le dió facultad genérica para ordenar su testamento, y no nombró heredero en el poder? ibi n 242. p. 138.
Comisario, quándo puede revocar el testamento que hizo, y el que otorgó el testador y hacer codicilo? ibi. n. 243 p. 139.
Comisario, qué puede mandar quando el testador instituyó heredero en el testamento, y en este estado le dió el poder para concluirlo, ibi. n. 244. p. 139.
Comisario, qué término tiene para ordenar el testamento del Testador, y evacuar su encargo; y si pasado, podrá usar del poder, y el testador prorrogarselo, ibi. n. 245. y 246. p. 139. y 140.
Comisario para testar: siendo dos, ó mas, y no conformándose en el modo de evacuar su encargo, qué deben practicar? ibi. n. 247. p. 140.
Comisario para elegir sucesor en el Mayorazgo, cómo debe proceder: y si podrá delegar en otro esta facultad? c. 11. n. 9. p. 7.
Comisario para fundar mayorazgo, quándo podrá hacerlo regular, ó irregular, compatible, ó incompatible, y dentro de qué termino, ibi. n. 23. p. 18.
Comodante, y comodatario, á qué están obligados, c. 7. n. 43. p. 23.
Comodato, y mutuo, en qué convienen, y se diferencian, ibi.

n. 9. p. 5.
Comodato qué es, y de quántas maneras puede celebrarse, ibi. número 42. pág. 22, y nota.
Compañero de compañia singular, si podrá tener otra, y comprar en su própio nombre alguna cosa del fondo de ella, c. 12. n. 10. p. 188.
Compañero, si puede, ó no apartarse voluntariamente de la compañía? ibi. n. 11.
Compañero que administra los bienes de la compañía, á que está obligado? ibi. n. 13. p. 189.
Compañero, cómo ha de partir los bienes de la compañia, y si podrá enagenar á extraño el derecho que tienen á ella? ibi. n. 14.
Compañero que administra la compañia si podrá, ó no ser preso por lo que debe á los consocios? ibi. n. 15. p. 190.
Compañia, qué es? cap. 12. n. 5. p. 186.
Compañia, para que sea válida, qué condiciones requiere? ibi. n. 2. p. 185.
Compañia, quiénes pueden, ó no hacerla; sobre qué cosas; por quánto tiempo; si pasará, ó no á los herederos de los sócios, cómo puede ser, y quándo no vale? ibi. n. 3. al 7. p. 185. al 187.
Compañía, por qué causas espira, y quándo se renueva? ibi número 11. y 12. p. 188. y 189.
Comparecer en juicio por otro sin su poder, quiénes pueden, ó no? c. 14. n. 15. y 16. p. 234.
Compensar si podrá el que tantea la finca vendida, lo que su comprador le debe con el precio de ella? c. 10. n. 148. p. 444.
Compensar si podrá, ó no el poseedor del Mayorazgo el deterioro, ó pérdida de algunas fincas de él con las mejoras que hizo en otras? c. 11. n. 48. p. 41. y nota.
Compra, qué es? c. 10. n. 1. p. 363.
Comprador no está obligado á pasar por el arrendamiento que hizo el vendedor, c. 9. n. 27. p. 313.
Comprador de cosa agena sabiendo que lo es, en qué pena incurre? c. 10. n. 7. p. 368.
Comprador de bienes de la Iglesia, en qué pena incurre si no los manifiesta? ibi. n. 13. y 98. p. 369. y 421.
Comprador, quándo se le transfiere, ó no el dominio de lo que compra? ibi. n. 20. p. 372.
Comprador, ó vendedor siendo lesos en mas, ó menos de la mitad del justo precio de la alhaja, qué pueden pretender? ibi. n. 21. p. 373.
Comprador, ó vendedor siendo pupilos, ó mayores de 12, ó 14. años, si podrán, ó no pretender rescision de la venta? ibi. n. 22.
Comprador, quándo no puede intentar el remedio de la lesion? ibi. n. 23. p. 374.
Comprador que percibió frutos de la alhaja que se le vendió con pacto comisorio, si debe, ó no restituirlos al vendedor, ibi. número 29. p. 379.
Comprador, para poder usar de la eviccion en los contratos onerosos, qué ha de practicar? ibi. n. 44. al fin, p. 391.
Comprador si puede, ó no usar de las acciones redhibitoria, y quán-

to minoris: y dentro de qué término, ibi. n. 56. y 57. pág. 397. y 398.
Comprador, quándo debe, ó no pagar la alcabala de lo que compra, y dónde? ibi. n. 70. p. 397.
Comprar, y trocar moneda de plata con interés, está prohibido, c. 7. n. 22. p. 11.
Comprar trigo anticipada la paga por menor precio que el que ha de tener al tiempo de la cosecha, es contrato usurario, ibi. n. 26. p. 13.
Comprar, y vender, quiénes pueden, ó no? c. 10 n. 2. p. 364.
Comprar nada se puede á los esclavos, sino en dos casos, ibi. n. 3. p. 365. y nota.
Comprar nada pueden los Ropavegeros en almoneda: ni el adelantado, y Juez bienes raices en donde exercen sus oficios: ni tampoco cosa alguna en almoneda, ibi n. 4.
Comprar, y vender nada pueden los Clérigos por via de negociacion, ni los menores sin licencia de sus curadores, ibi. n. 5.
Comprar, qué cosas se pueden? ibi. n. 6. p. 366. y nota.
Comprar ninguno puede alhaja enteramente suya, ni de criado de servicio cosa alguna, ibi. n. 15. p. 369.
Comprar alhaja agena, ni á vender la suya, á nadie se puede compeler, sino en cinco casos, ibi. n. 16 y. 17. p. 370.
Comprometer qué es, y quiénes pueden, ó no sus negocios, c. 13. n. 1. p. 210.
Comprometer, qué cosas se pueden, ó no? ibi. n. 2.
Comprometer, si se pueden, ó no el negocio en el adversario, ibi. n. 5 p. 211.
Compromiso, qué cláusula ha de contener? c. 13. n. 19. p. 216.
Compromiso extendido, ibi. n. 32. p. 213.
Condenados á muerte civil ó natural, de qué pueden testar? c. 1. n. 24. p. 18. y nota.
Condenados á servir perpetuamente en las Minas, ó por traicion contra el Rey, ó su Reyno, no pueden ser legatarios, ibi. n. 192. p. 113.
Condenados á muerte civil ó natural no pueden ser Albaceas, ibi. n. 250. p. 146.
Condenados á servir perpetuamente en las Minas, no pueden ser instituidos herederos, ibi. n. 154. p. 97.
Condenados por libelos infamatorios, ladrones, homicidas, ó traydores, no pueden ser testigos en los testamentos, ibi. n. 16. p. 11
Condicion, y gravamen, si podrán, ó no ser puestos en los legados, y herencias? c. 1. n. 209. al 222. p. 121. á la 126. y nota.
Condicion, y gravamen puede el ascendiente imponer en la mejora de tercio, y quinto, ibi. n. 113. y 114. p. 76. y 78.
Condicion, y gravamen, quándo no pueden imponerse en la mejora de tercio, y quinto? ibi. n. 128. al fin, p 82
Condicion no puede imponerse en codicilo, ni en otra cosa al que fué instituido simplemente en el testamento, ibi. n. 45. p. 36. y n. 229. p 130.
Condicion puede imponerse el es-

poso en lo que dá simple, y francamente á la esposa, c. 4. n. 5. p. 243.
Condicion puede imponer en la dote el que la da, ibi. n. 16. y 34. p. 248. y 262.
Condicion puede imponer el novio en la oferta de arras que hace á la novia, ibi. n. 29. al fin, p. 257.
Condicion no puede imponerse en la donacion perfecta en sanidad c. 5. n. 2. al fin, p. 298.
Condicion, y gravamen puede imponer el donante al donatario, y cosa donada, ibi. n. 7. p. 302.
Condiciones, quáles están, ó no prohibidas en los censos al quitar; y con quáles pueden constituirse? c. 8. n. 26. al 43. p. 199. á 208. y nota.
Condiciones precisas en el censo vitalicio á dinero, quáles son? ibi. n. 61. y 62. p. 220. y nota.
Condiciones que constituyen válida la venta, son cinco, c. 10. n. 18. p. 371.
Condiciones quáles pueden imponerse en la venta? ibi. n. 25. al 33. p. 375. á 382. y nota.
Conductor, ó arrendatario, á qué está obligado, c. 9. n. 11. y 12. p. 306.
Conductor, si debe, ó no pagar la la renta quando los frutos se pierden por caso fortuito, ó por su culpa: ó renuncia la esterilidad: ó se obliga á su satisfaccion, aunque se pierdan: ó la fecundidad de un año excede en el duplo á otros, ibi. n. 14. y 15. p. 307. y 308.
Conductor, quándo está ó no obligado á proseguir en el arrendamiento, y debe desocupar la cosa locada, y si tiene, ó no preferencia para proseguir en el de tierras? ibi. n. 28. y 29. p. 314.
Conductor, por qué causas puede, ó no ser despojado de la alhaja locada? ibi. n. 30. y 31. p. 315. y 316.
Conductor, si puede, ó no subarrendar la cosa locada, ibi. n. 32. p. 317.
Confesor que asiste al testador en su última enfermedad, nada puede haber de él, c. 1. n. 156. p. 97.
Consanguinidad, qué es? c. 11. n. 24. p. 20.
Consejeros, y otros Ministros, y Oficiales, de qué rentas no pueden ser arrendatarios? c. 9. n. 3. p. 302.
Consejo, debe proveer á los Grandes de curador para pleytos, c. 1. n. 22. al fin, p. 16.
Contador, qué debe hacer en la particion de bienes del que tomó dinero á censo vitalicio? c. 8. n. 60. p. 219.
Contrato de mandato es gracioso, c. 1. n. 257. p. 152.
Contrato de mutuo hecho con hijo de familia, en qué casos será válido? c. 7. n. 12. p. 6.
Contrato con pacto de gozar, y gozar, está prohibido, ibi. n. 23. p. 12. y nota.
Contrato de mutuo con pacto comisorio, quándo valdrá, ó no? ibi. n. 30. y 31. p. 17.
Contrato usurario no trae aparejada execucion, ibi. n. 37. p. 19. y nota.
Contrato, en que se pacta, que con solo el juramento, ó simple palabra de los que dieren dinero á cambio, puede probarse que las letras del que se librare para fuera de estos Reynos, fueron á las Plazas á donde se libraron y

que se aceptaron, y pagaron en ellas; y que las de recambio que vienen de fuera de ellos, son ciertas, y verdaderas, y andaban en aquellas plazas á los plazos en ellas declarados, no se debe celebrar, ibi. n. 41. p. 22.

Contrato, y acciones de buena fé, quáles son, y por qué se llaman así? ibi. n. 71. p. 35. y nota.

Contrato, de quién recibe la ley? ibi. n. 126. p. 79.

Contrato en qué interviene especial hipoteca, en dónde debe registrarse? c. 7. n. 89. p. 50. c. 8. n. 47. p. 210. é Instruccion puesta á su final, p. 269.

Contrato de Locacion, y conducion, qué efectos causa? c. 9. n. 6. p. 304.

Contrato, de quántas maneras puede llamarse perfecto? c. 10. n. 19. al medio, p. 372.

Contrato que causa Alcabala, ante qué Escribano debe pasar? ibi. n. 72. p. 407.

Contrato trino, qué es, y qué pactos se han de hacer en él? c. 12. n. 18. y 19. p. 194. y dos notas.

Contrato trino estendido, ibi. n. 20. p. 195. y nota.

Contrato, quál pueda ligarse con juramento, c. 13. n. 28. p. 220. y c. 19. n. 21. pag. 440.

Contrato nulo por derecho, con qué se vigoriza, c. 6. n. 32. p. 382.

Contrato, qué cosas requiere para su validacion? c. 18. n. 1. p. 352.

Contrayentes pueden imponerse pena convencional para la mejor observancia de los contratos, c. 4. n. 41. y 43. p. 266. y 267.

Conventos de San Francisco, Casa Profesa de la Compañia de Jesus, y sus Colegios, é Iglesias, si pueden, ó no ser herederos, c. 1. n. 156. p. 97. y n. 285. y 286. p. 170.

Conventos capaces de adquirir, qué podrán, ó no heredar por representacion de sus Religiosos? c. 6. n. 20. y 21. p. 365. á la 371.

Conventos, qué pueden recibir de la Novicia antes que profesa? ibi. n. 24. p. 377.

Copia original, quál se llama, y si puede servir de Protocolo, no pareciendo éste, y redarguirse de falsa, c. 19. n. 11. y 16. p. 431. 437.

Copias, quántas, á quiénes, y de qué instrumentos puede, y debe ó no el Escribano dar muchas; y si podrán ir escritas de varias letras? c. 19. n. 13. y 14. p. 433. y 434.

Corregidores, y otros Jueces inferiores no pueden habilitar á los menores para administrar su hacienda, c. 7. n. 94. p. 57.

Corregidores, y otros Jueces inferiores, qué fianza deben dar quando entran á exercer sus oficios, dentro de qué tiempo, y quiénes no pueden ser sus fiadores? ibi. n. 144. p. 94.

Corregidores, no pueden arrendar los oficios de justicia, ni otros, cuya provision les toca, c. 9. n. 2. p. 302.

Cosas, quántas se requieren en el testamento para que se estime como tal, c. 1. n. 35. p. 24.

Cosas quáles pertenecen á los hombres en comun, y en particular, c. 10. n. 80. p. 409.

Cosas espirituales, y anexas á ellas, quáles son, ibi. n. 97. y 98. p. 420. y 421.

Cosas tocantes muchos, si deberán, ó no ser aprobadas por todos, c. 6. n. 3. cerca del fin, p. 382.

Costumbre inmemorial, cómo debe articularse, y probarse, c. 11. n. 49. p. 42.
Coto, ó término redondo quál es, c. 10. n. 68. p. 404.

Créditos, llevando la muger en dote, si no se cobran por culpa, ó negligencia del marido, á quién toca el peligro, y responsabilidad de ellos, c. 4. n. 17. p. 248.
Créditos ilíquidos no deben venderse, c. 10. n. 9. p. 367. y dos notas.
Créditos, y deudas de la compañia universal si son, ó no comunicables entre los sócios? c. 12. n. 9. p. 187.
Criados, y criadas, qué tiempo tienen para pedir á sus amos el salario, cap. 7. n. 77. y 78. p. 39. y 40.
Criados del Rey, y otros que se expresan, de qué privilegios gozan, ibi. n. 101. p. 61.

D

Dados en rehenes no pueden testar, c. 1. n. 24. p. 18.
Daño, ó provecho que acaezca en la alhaja vendida simplemente, á quién corresponde? c. 10. n. 63. p. 400.
Dar oro, ó plata por vellon con interés, ó sin él á gozar, y gozar, está prohibido, c. 7. n. 23. p. 12. y dos notas.
Dar, y recibir en alquiler animales con pacto de que si por caso fortuito se murieren, sea por cuenta del comodatario: ó dar animales productivos á ganancias con condicion de que el que los recibe ha de pagar al dueño cierta pension diaria, y la mitad de crias, y tener obligacion de conservarlos vivos, aunque por caso fortuito se mueran, son pactos prohibidos, ibi. n. 27. p. 14. y nota.
Dar dinero á Mercaderes, y hombres de negocios para que contraten con él, no siendo á perdida, ni ganancia; y llevar interés del que se pone en ellos: si se podrá, ó no, ibi. n. 28. y notas.
Dar, y recibir bienes en confianza está prohibido, ibi. n. 52. p. 27.
Dar, vender, trocar y enagenar Villas, Lugares, Islas, tierras, y heredamientos, ó su señorío, y jurisdiccion civil, y criminal de estos Reynos á extrangeros, está prohibido, c. 10. n. 14. p. 369. y dos notas.

Declaracion que hace el testador en el artículo de la muerte, si se deberá, ó no estár á ella? c. 1. n. 40. p. 29.
Declaracion de pobre, quién pueda hacerla; qué solemnidad de testigos requiere: y qué puede disponer en ella el testador? ibi. n. 258. y 259 p. 153.
Declaracion de pobre estendida, ibi. n. 321. p. 199.
Deduccion de la quarta falcidia, cómo debe hacerse, y de qué cosas? c. 1. n. 227. 228. y 229 p. 128.
Deduccion de la mejora hecha á descendientes, si puede, ó no hacerse de los bienes que colacionan? ibi. n. 123. p. 82.
Deduccion del quinto debe hacerse primero que la del tercio, ibi. n. 124. p. 83.
Deduccion del tercio, quándo debe hacerse primero que del quinto, y cómo la de éste si el testa-

dor hace tantos legados que no caben en él? ibi. n. 125. p. 84.
Deduccion de los gastos funerarios, misas, entierro, y legados de qué quinto debe hacerse quando el testador dona uno en vida, lega otro en muerte, y no dispone del tercio, ibi. n. 130 p 86.
Deduccion de dichos gastos, y legados de dónde se ha de hacer quando el testador mejora en el tercio á descendientes, mandando se paguen de él, caben todos en el quinto, y no dispone de éste, ibi. n. 131. p. 87.
Deduccion de dichos gastos, de dónde debe hacerse quando el testador entregó en vida los bienes de la mejora al mejorado, ibi. n. 132.
Deduccion de dichos gastos, si debe, ó no hacerse del tercio que los descendientes dexan á extraño, en perjuicio de sus ascendientes, ibi. n. 66. al 69. p. 49. á la 51.
Deduccion de las arras, cómo debe hacerse? c. 4. n. 33. p. 262.
Deduccion de las expensas útiles, y necesarias hechas en los bienes dotales, ó en defenderlos en juicio, ó en cobrar los créditos que la muger llevó al matrimonio, cómo se ha de hacer? ibi. n. 36. p. 263.
Delegacion de acciones, qué es, y en qué conviene, y se diferencia de la cesion? c. 14. n. 27. p. 240.
Delegar, si podrá, ó no el comisario para testar su comision? c. 1. n. 241. p. 137.
Delegar si puede, ó no el comisario su comision para elegir sucesor en el Mayorazgo, c. 11. n 9. p. 7.
Delitos, quáles pueden, ó no transigirse por precio, c. 13. n. 25. p. 219.
Delitos, quién puede, ó no perdonarlos, c. 16. n. 5. y 6. p. 315.
Denuncia de obra nueva, quién puede hacerla, en dónde, á quién, de quantas maneras, y qué fuerza tiene? c. 7. n. 165. al 169. p. 108. a la 110.
Deportado, no puede ser legatario, c. 1. n. 192. p. 113.
Deportado, no puede ser instituido por heredero, ibi. n. 154. p. 97.
Deportado, quál se llama? c. 15. n. 21. p. 293.
Depositario, en qué bienes adquiere, ó no dominio? c. 7. n. 44. p. 24. y nota.
Depositario quién puede ser: cómo debe cuidar las cosas depositadas: y á qué está obligado si se pierden por su culpa, ó por caso fortuito? ibi. n. 45. y 46. p. 25. y dos notas.
Depositario, y sus herederos, en qué casos están, ó no obligados á restituir los bienes depositados, ibi. n. 47. y 48. p. 25. y 26. y nota.
Depositario judicial quién ha de ser: quánto tiempo ha de tener el depósito: y en qué pena incurre si lo niega, ibi. n. 50. p. 26. y nota.
Depósito, qué es: de quántas maneras: y qué cosas pueden depositarse? c. 7. n. 44. p. 24.
Depósito de difunto, cómo se hace? ibi. n. 53. p. 28.
Derecho de executar, quándo pasa contra tercero poseedor? c. 7. n. 68. p. 34.
Derecho de executar por quánto tiempo prescribe? ibi. n. 73. p. 36.

Derecho de executar por réditos de censo, si prescribe, ó no, c. 8. n. 44. p. 209.
Derecho de tanteo no tienen los conductores concluida la locacion, c. 9. n 29. p. 314.
Derecho de usufructuar no puede ser vendido, ni enagenado, c. 1. n. 270. p. 160.
Derecho, y otras cosas litigiosas no pueden venderse, c. 10. n. 9. p. 367.
Derecho que alguno espera tener á los bienes de otro, si se podrá, ó no vender? ibi. n. 10. p. 368.
Derecho de eviccion puede ser cedido, ibi. n. 47. p. 393.
Derecho de tantear por consanguinidad, ó comunion la finca vendida, á quiénes compete, ó no? ibi. n. 114. al 118. p. 428. á 430.
Derecho de tanteo si podrá, ó no ser cedido? ibi. n. 118. al fin, p. 430.
Derecho de tanteo por sociedad, ó comunion, en qué cosas ha lugar? ibi. n. 141. al 143. p. 441. y 442. qué requisitos son precisos para ello, ibi. n. 148. p. 444.
Derecho de primogenitura, de dónde trae su orígen, c. 11. n. 1. p. 1. y tres notas.
Derecho de Patronato, qué es, ibi. n. 58. p. 51.
Derecho, quál no se comunica á los sócios de compañía universal? c. 12. n. 9. p. 187.
Derecho que un sócio tiene en la sociedad, si podrá ó no enagenarlo á extraño? ibi. n. 15. p. 190.
Derechos y acciones, quáles pueden ó no ser cedidos, c. 14. n. 30. al 38. p. 242. á la 247.
Descendientes legítimos, en qué pueden ser mejorados por sus ascendientes? c. 1. n. 113. p. 76.
Descendientes, siendo uno solo, si podrá, ó no ser gravado en el tercio, ibi. n. 116. p. 79.
Descendientes, quándo se entienden mejorados, aunque sus ascendientes no lo expresen, ibi. n. 122. p. 82.
Descendientes mejorados, pueden repudiar la herencia, y aceptar la mejora, ibi. n. 123
Descendientes no mejorados, en qué deben pagar á los que lo son, el valor de la mejora? ibi. n. 127. p. 85
Descendientes para poder heredar á sus ascendientes, y llamarse naturalmente nacidos, qué circunstancias han de tener, ibi. n. 56. p. 42.
Descendientes legítimos, á qué bienes de sus ascendientes tienen derecho? ibi. n. 57. p 43.
Descendientes legítimos, de qué pueden disponer sin licencia de sus ascendientes? ibi. n. 22. y 65. p. 16. y 48. y dos notas.
Descendientes legítimos, si podrán disponer del usufructo del tercio de todos sus bienes? ibi. n. 70. al 74. p. 52. á la 54.
Descendientes legítimos si podrán consignar el tercio de sus bienes, ibi. n. 75. p. 55.
Descendientes, si podrán substituir exemplarmente á sus ascendientes, y ser sus curadores, ibi. n. 104. al fin, p. 73.
Descendientes legítimos, si podrán exherédar á sus ascendientes? ibi. n. 145. p. 92.
Descendientes, si fallece uno ab intestato sin dexarlos, quiénes deben heredarle? ibi. n. 171. p. 101,

Descendientes si falleceuno sin dexar hijos, ni padres, y si abuelos por qualquiera línea: ó dos por una, y uno por la otra: ó uno por una, y un visabuelo por la otra: quáles le succederán, ibi. n. 172. p. 102.

Descendientes, si uno muere intestado sin dexar mas que hermanos, y uno, ó mas sobrinos carnales, cómo succederán en su herencia, ibi. n. 173.

Descendientes, si uno solo tiene sobrinos carnales, y muere intestado, cómo succederán en sus bienes, ibi. n. 175. p 104.

Descendientes, si uno muere intestado, sin dexar mas que hermanos por una línea, ó por ámbas, cómo le heredarán, ibi. número 176.

Descendientes, si uno solo dexa medios hermanos, cómo succederán en sus bienes, ibi. n. 177. p. 105.

Descendientes que están fuera de la patria potestad, puedan demandar á sus ascendientes la hacienda que les retienen, c. 7. n. 108. al fin, p. 65.

Descendientes legítimos que repudiaron la herencia de su ascendiente, si podrán recuperarla? c. 1. n. 191. al fin, p. 112.

Descendientes que tienen ascendientes legítimos, si podrán ó no renunciar sus bienes sin licencia de estos á favor de otro, c. 6. n. 32. p. 382.

Desmemoriado, no puede testar, c. 1. n. 23. p. 17.

Desmemoriado, no puede hacer donacion, c. 5. n. 14. p. 307.

Desmemoriado, no puede tratar, ni contratar, c. 7. n. 3. p. 2.

Despoblados, quáles son: y si el Rey podrá, ó no enagenarlos? c. 10. n. 68. p. 404. y dos notas.

Deudas que marido, y muger contraen constante matrimonio, de dónde deben pagarlas, c. 2. n. 1. p. 230.

Deudas llevando la muger á su favor en dote, si la toca, ó á su marido el riesgo que haya en su cobranza, c. 4 n. 17. p 248.

Deudas, cargas, y expensas de la compañía universal son comunicables entre los sócios, c. 12. n 9. p. 187.

Deudas á favor de la Compañía, cómo se han de dividir, ibi. n. 14. p. 189.

Deudor, dentro de qué término debe pagar lo que se le prestó, c. 7. n. 10. p. 5.

Deudor, quándo tiene accion directa á la alhaja, que empeñó? ibi. n. 67. p. 33.

Deudor, si confiesa la deuda por la ley prescripta, puede ser executado por ella, ibi. n 75. al fin, p. 38.

Deudor, si estará ó no obligado á pagar lo que se le prestó en la misma especie en que lo recibió, ibi. n. 90. p. 52.

Deudor, quándo está ó no obligado á satisfacer á su fiador lo que pagó por él, y podrá ser compelido á indemnizarle de la fianza? ibi. n. 133. y 134 p. 84. y 85.

Deudor, quando está ó no obligado á arraigar de fianzas, y á dar segundo fiador, si el primero se constituyó insolvente: y si es demandado en juicio, y no halla quien lo fie, qué ha de hacer, ibi. n. 156. p. 103. y dos notas.

Deudor, de quántas maneras se li-

berta del débito, ibi. n. 161. p. 106. y nota.

Dignidades del Reyno, quántas y quáles son? c. 15. n. 23. p. 293.
Diligencias, quáles deben practicarse para la apertura del testamento, y codicilo cerrados, c. 1. n. 289. y 290. p. 172. y 173. y cómo se estienden, ibi. n. 306. al 312. p. 185. á 188.
Diligencias para declarar por testamento nuncupativo el dispuesto de palabra ante testigos, ibi. n. 313. al 316. p. 189. á la 192.
Dispensacion de comparecencia á los menores para pedir la venia, y á los Escribanos para exâminarse, ante quien se debe pedir? c. 7. n. 94. p. 57.
Dispensacion, en qué se diferencia de la legitimacion, y qué es: c. 15. n. 7. p. 288.
Division de las deudas á favor de la compañía, cómo se ha de hacer? c. 12. n. 15. p. 190.

Dolo, anula los contratos, c. 5. n. 45. p. 333.
Dominio, en qué legados lo adquiere el legatario, c. 1. n. 193. p. 113.
Dominio irrevocable en los bienes dotales, quándo se transfiere ó no al marido, c. 4. n. 7. y 8. p. 244. y 245.
Dominio de los bienes parafernales, y demas de la muger, quándo se transfiere ó no al marido, ibi. n. 11. y 13. p. 246. y 247.
Dominio de los bienes gananciales debe tener el marido, ibi. n. 14.
Dominio de la cosa donada puramente, quando se transfiere á el donatario? c. 5. n. 2. y 4. p. 298. y 300.
Dominio y posesion pueden transferirse con condicion, ibi. n. 32. p. 305. y c. 8. n. 51. p. 213.
Dominio adquiere el mutuario en lo que se le presta, pero no el comodatario, c. 7. n. 9. p. 5.
Dominio no adquiere el usurero en lo que gana con usura, ibi. n. 35 p. 19.
Dominio, quándo adquiere ó no el depositario en lo que recibe en depósito, ibi. n. 44. p. 24.
Dominio directo, cómo puede probarse, y si para ello bastará un solo reconocimiento, c. 8. n. 12. y 13. p. 190.
Dominio de la alhaja acensuada, no se transfiere al censûalista, ibi. n. 30. p 200.
Dominio de la cosa vendida, quándo no se transfiere al comprador, aunque se apodere de la alhaja, c. 10. n. 26 p. 372.
Dominio, qué es, y por qué medios se adquiere? ibi. n. 80. y 81. p. 409. á la 411.
Dominio adquiere el sócio de compañía universal en los bienes de los consocios, c. 12. n. 9. p. 189.
Donacion de padres á hijos, quál se llama inoficiosa, c. 1. n. 60. p. 45.
Donacion hecha á descendientes, quándo deben colacionarla, ibi.
Donacion, si puede ó no el marido hacer de los bienes gananciales, c. 2. n. 10. p. 234.
Donacion propter nuptias, qué es, y de quánto no puede exceder, c. 4. n. 2. y 27. p. 242. y 255.
Donacion, qué es, y de quántas maneras, y si una vez hecha ir-

revocable podrá declararla el donatario? c. 5. n. 1. al 3. p. 298. y 299.
Donacion en sanidad, qué efectos causa, n. 4. p. 300.
Donacion en sanidad, en qué conviene y se diferencia de la cesion, y quién puede hacerla, y cómo, ibi. n. 6. y 7. p. 301. y 302.
Donacion de todos los bienes si será ó no válida, ibi. n. 8. p. 302.
Donacion, quál debe ser insinuada, y quáles no necesitan serlo? ibi. n. 9 al 12. p. 303. á 306.
Donacion, quál es nula, ibi. n. 13. p. 306.
Donacion en sanidad, quiénes no pueden hacerla, y quándo caduca, ó no la que el padre hace á su hijo, ibi. n. 14. al 17. p. 307. y 308.
Donacion hecha al ausente, qué requisitos necesita para que el donante no pueda revocarla, ibi. n. 19. p. 309.
Donacion otorgada entre los esposos de futuro, quándo será ó no válida, ibi. n. 20. p. 310.
Donacion en sanidad, si marido y muger se las podrán ó no hacer constante matrimonio? ibi. n. 21. al 23. p. 311. y 312.
Donacion pura en sanidad, por qué causas puede ser revocada, y con qué cláusula será irrevocable, aunque intervenga alguna de ellas? ibi. n. 24. al 26. p. 313. y 314.
Donacion, á quién compete la potestad de revocarla por ingratitud, y por inoficiosidad, ibi. n. 27. p. 315.
Donacion en sanidad, en qué casos se entiende revocada, aunque no se revoque, ibi. n 28. p. 316.
Donacion en sanidad, con qué cláusula será válida, en el último caso, ibi. n 29. p. 317.
Donacion hecha á alguno con la condicion de que despues de su muerte sea obligado á restituir á otro la cosa donada: si podrá ó no revocarla el que la hizo? ibi. n. 30.
Donacion en sanidad, quál no puede ser revocada por ingratitud, ibi. n. 31. p. 318.
Donacion hecha á la Iglesia, Monasterio, ó lugar pio, de quántas clases es, y quándo se resolverá ó no, ibi. n. 32.
Donacion en sanidad perfecta, qué cláusulas requiere para su validacion, ibi. 35. p. 327.
Donacion por causa de muerte, qué es: quién puede hacerla, y de quántas maneras, ibi. n. 36. y 37. p. 328. y 329.
Donacion por causa de muerte, entre marido y muger, quándo se confirma, ibi. n. 38. p. 329.
Donacion por causa de muerte, en qué conviene con el legado, ante quántos testigos debe otorgarse, y por qué causa se revoca, ibi. n. 40. y 41. p. 330.
Donacion por causa de muerte, con qué cláusula será irrevocable, y quáles requiere por su naturaleza, ibi. n. 42. al 44. p. 331. y 332.
Donacion hecha por miedo grave, ó por fuerza, es nula, ibi. n. 45. p. 333.
Donacion ó cesion á Estudiante, cómo debe hacerse, ibi. n. 46.
Donacion graciosa extendida, ibi. n. 47. p. 335.

Donacion remuneratoria extendida, ibi. n 50. p. 341.
Donacion ó cesion de una casa á renta vitalicia extendida, ibi. n. 51. p. 342.
Donacion ó cesion á Estudiante extendida, ibi. n. 52. p. 347.
Donante por causa de muerte, puede nombrar substituto del donatario, ibi n 44. al fin, p. 332.
Donatario, cómo gana la posesion de la cosa donada, c. 5. n. 18. p. 308.
Donatario, no está obligado á pasar por el arrendamiento que hizo su causante, c. 9. n. 27. p. 313.
Dote, quándo se llama inoficiosa, y si se debe ó no colacionar? c. 1. n. 60. p. 45.
Dote, qué es, c. 4. n. 1. y 2. p. 242.
Dote, quándo y cómo puede darse, ibi. n 16. p. 248.
Dote, si consiste en deudas, quándo toca, ó no al marido el riesgo de su cobranza: y si en bienes muebles ó raices, y la muger es menor, con qué requisitos la ha de entregar á su futuro esposo? ibi. n. 17.
Dote, que consiste en legado anuo, usufructo, renta vitalicia ó empleo, cómo debe constituirse, ibi. n. 18. p. 249.
Dote, si el que la dá ó recibe, se siente agraviado de su valuacion podrá ó no pedir que se deshaga el engaño? ibi. n. 19. p. 251.
Dote, para que se estime congrua y no inoficiosa, á qué se ha de atender? ibi. n. 25. cerca del fin, p. 254.
Dote, quién y de qué bienes debe pagarla, ibi n. 26. p. 255.
Dote que consiste en bienes raices, ó muebles, quándo se ha de restituir, ibi. n. 37. p. 264.
Dote, quándo goza ó no del privilegio de prelacion, ibi. n. 50. al 54. p. 271. á 275.

Dueño de los bienes depositados, á qué acreedores del depositario será, ó no preferido, y qué debe pagar á éste, c. 7. n. 51. p. 27.
Dueño de obra nueva quántas veces puede hacerla reconocer? ibi. n. 170. p. 111.
Dueño de bestia, nave, toneles y cosas semejantes, á qué está obligado, c. 9. n. 36. p. 300.
Dueño de oficio de Escribano, qué debe hacer constar para ser admitido á su uso, c. 17. n. 5. p. 332. y nota.

E

Eclesiásticos, si podrán, ó no adquirir, y tener bienes raices sin Real licencia? c. 1. n. 156. p. 97. y c. 10. n. 5. p. 365.
Eclesiásticos si podrán, ó no ser arrendatarios de rentas reales, y concegiles? c. 9. n. 3. al fin. p. 302.
Edad, de quál pueden, ó no testar los menores? c. 1. n. 21. y 22. p. 15. y 16. y nota.
Edad pupilar, hasta qué años llega en quanto á los alimentos, y otras cosas para con los menores, ibi. n. 100. al medio, p. 70.
Edad, quál han de tener los Capellanes para ser nombrados al goce de las Capellanías colativas, c. 11. n. 73. p. 61.

Emancipacion, qué es, quién puede hacerla, y para qué ha de ser? c. 15. n. 24. y 25. p. 294. y 295. y tres notas.

Empeñada siendo la escritura, ó título de propiedad de la alhaja, se entiende serlo esta, c. 7. n. 55. al fin, p. 29.
Empeñadas, qué cosas pueden, ó no ser? ibi. n. 57. al 62. p. 30. y 31.
Empeñar, á quién puede el Emphiteuta la alhaja sin licencia del señor del directo dominio? c. 8. n. 11. p. 189.
Empeño, cómo puede hacerse, c. 7. n. 63. p. 32.
Emphiteuta para vender la alhaja que tiene en emphiteusi, qué diligencia debe practicar con el señor del directo dominio? c. 8. n. 11. p. 189.
Empleados en Rentas Reales, quándo gozarán, ó no de preferencia en arrendamiento de casas? c. 9. n. 31. p. 316.

Enagenados, si podrán ser, ó no los bienes litigiosos? c. 10. n. 9. p. 367.
Enagenados, no pueden ser los bienes sagrados, y religiosos, c. 7. n. 58. p. 30. c. 10. n. 13. 97. y 98. p. 369. y 420. y 421.
Enagenados, con qué requisitos deben ser los bienes eclesiásticos, c. 10. n. 99. al 107. p. 421. á la 424.
Enagenar, si puede, ó no el marido los bienes gananciales, c. 2. n. 10. p. 234.
Enagenar, qué cosas no pueden marido, ni muger viudos, que teniendo hijos se vuelven á casar? c. 3. n. 1. y 4. p. 237. y 239.
Enagenar, cómo podrá el marido los bienes dotales inmuebles? c. 4. n. 8. p. 245.
Enagenar, si podrá el marido las arras que ofreció á su muger? ibi. n. 32. p. 261.
Enagenar, gravar, y acensuar, cómo podrá el poseedor del mayorazgo los bienes de éste? c. 11. n. 51. al fin, p. 43.
Engaño, ó lesion si lo hay en la tasacion de la dote quién puede pedir que se deshaga? c. 4. n. 19. p. 251.
Engaño en mas, ó menos de la mitad del justo precio, en qué casos rescinde la venta, c. 10. n. 21. 22. y 23. p. 373. y 74.
Engaño, ó lesion enormísima rescinde las transaciones, c. 13. n. 27. p. 220.

Ermitaños no pueden testar, c. 1. n. 26. p. 19.

Escribano, si puede, ó no autorizar testamento en esta Corte, y en ocho leguas en contorno sin mandas á los Reales Hospitales de ella, c. 1. n. 39. p. 28.
Escribano, qué órden ha de observar en la extension del testamento, ibi. n. 41. p. 29.
Escribano, qué debe prevenir al Testador quando lega su plata, oro, vestidos, ó cosa semejante sin mas expresion, ibi. n. 197. p. 116.
Escribano, quándo necesita, ó no auto judicial para protocolizar la memoria testamentaria, ibi. n. 207. p. 119.
Escribano, cómo ha de estender la cláusula de heredero extraño, para que pueda sacar la quarta falcidia, ibi. n. 228. p. 128.
Escribano, quándo podrá ser testamentario del que testa ante él? ibi. n. 250. al fin, p. 146.
Escribano, no incurre en pena por

autorizar el testamento sin nombramiento de heredero, ibi. numer. 46. p 36.

Escribano, no incurre en pena por autorizar el codicilo, en que se pone condicion, ó da substituto al que fué instituido simplemente en el testamento, ibi. n. 45. al fin, p. 36.

Escribano, no incurre en pena por autorizar el codicilo con nombramiento directo de heredero, ibi. n. 229. p. 130.

Escribano, si deberá, ó no autorizar testamento en virtud de poder, pasado el término legal? ibi. n. 246. p. 140.

Escribano, no incurre en pena por autorizar la declaracion de pobre con todo lo que el testador quiera disponer legalmente, ibi. n. 259. p. 154.

Escribano, qué debe hacer quando toma la minuta del testamento, para estenderlo, y si puede ó no relevar su contexto, ibi. n. 276. p. 164.

Escribano, qué debe hacer quando el testador enfermo no habla, ni entiende su idioma, ó aunque lo entienda, no lo habla, ibi. n. 280. y 281. p. 166 y nota.

Escribano, si podrá, ó no autorizar el testamento en que está instituido heredero, ú otro contrato á su favor, ó de su muger, padre, hijo, hermano, yerno, ó suegro, y si valdrán, ó no? ibi. n. 282. p. 168. y c. 19. n. 6. p. 427.

Escribano, si incurre, ó no en pena por autorizar las últimas voluntades sin fé de conocimiento; y para poder darla, qué basta? c. 1. n. 282. al 284. p. 168. y 169.

Escribano que autoriza Escritura en que el novio renuncia la ley que le prohibe ofrecer en arras á la novia mas que la décima parte de sus bienes libres, ó darla en joyas, ó vestidos mas que la octava de su dote, incurre en pena, c. 4. n. 27. p. 255.

Escribano, si podrá, ó no aceptar por el donatario ausente la donacion que se le hace, c. 5. n. 19. p. 309.

Escribano, cómo ha de extender la escritura de donacion por causa de muerte? ibi. n. 43. y 44. p. 332.

Escribano que autoriza contrato de préstamo, ó fianza, en que el hijo que está baxo de la patria potestad, se obliga sin licencia de su padre, en qué pena incurre? c. 7. n. 12. p. 6.

Escribano, en qué pena incurre por autorizar Escritura de préstamo en mercaderías? ibi. n. 13. p. 7. y nota.

Escribano que autoriza contratos usurarios no permitidos, y todos los que cooperan eficazmente á la exâccion de sus intereses, en qué pena incurren? ibi. n. 20. p. 10.

Escribano, ha de dar fé del juramento que haga el deudor en la obligacion de préstamo, de si hay intereses, y quánto importan? ibi. n. 22. p. 11.

Escribano que autoriza Escritura de obligacion á pagar el trigo, ú otras semillas á mayor precio que al mediano que tuvieren en los quatro mercados continuos á los meses señalados por las partes, en qué pena incurre? ibi. n. 26.

al fin, p. 13. y nota.
Escribano, en qué cosas puede autorizar el contrato de mutuo con intereses? ibi. n. 28. 38. 39. y 40. p. 14. á la 20. y 21. y doce notas.
Escribano de la causa no puede ser depositario, ni admitir depósito en su oficio, ibi. n. 50. p. 26. y c. 19. n. 25. p. 442.
Escribano que autoriza contrato en que se dan bienes en confianza, incurre en pena, ibi. n. 52. p. 27.
Escribano, no debe poner renunciacion de la ley que habla del tiempo que prescribe el derecho para pedir sus salarios los Abogados, Procuradores, y Agentes de negocios, ibi. n. 79. al fin, p. 41.
Escribano que autoriza contrato, por el qual se obliga alguno á pagar para tiempos inciertos lo que se le presta, ó fia, pierde el oficio, ibi. n. 92. p. 53.
Escribano, en qué pena incurre, si autoriza contrato en que el hijodalgo renuncia sus esenciones, ibi. n. 100. p. 60.
Escribano que autoriza contrato de Labradores, por el que se obliguen como principales, ó fiadores de otros que no sean Labradores: ó en que renuncien sus privilegios, incurren en pena, ibi. n. 103. p. 62.
Escribano, debe estar instruido de las leyes que favorecen á las mugeres, y cerciorarlas de ellas, ibi, n. 115. p. 70. y nota.
Escribano, en qué pena incurre por cometer falsedad, ibi.
Escribano, de qué leyes no debe poner renunciacion en los contratos de mugeres? ibi. n. 116. p. 71.
Escribano, cómo ha de ordenar la cláusula, para que la muger casada que contrae por su hecho própio, quede obligada, ibi. n. 117. p. 72. y dos notas
Escribano, cómo ha de ordenar la Escritura en que la muger casada obliga, ó enagena sus bienes, ibi. n. 119. p. 74.
Escribano, cómo ha de recibir el juramento á la muger casada en los contratos, ibi. n. 120. p. 76. y nota.
Escribano, en qué pena incurre por autorizar la Escritura en que el labrador se obliga como principal, ó fiador del Señor, en cuya jurisdiccion vive? ibi. n. 124. p. 78.
Escribano, quál debe recibir la fianza de saneamiento, ibi. n. 136. p. 87.
Escribano de Concejo, á quiénes no puede fiar? ibi. n. 144. p. 94.
Escribano de la Audiencia de Galicia, qué fianza debe dar, ibi. n. 145. p. 95.
Escribano, de qué leyes no debe poner renunciacion en las fianzas; y en qué casos serán, ó no de su cuenta las que reciba? ibi. n. 151. p. 99. y tres notas.
Escribano, cómo debe ordenar las escrituras de mancomunidad? ibi. n. 155. p. 103.
Escribano, qué debe hacer quando la muger casada quiere acensuar sus bienes, para que el capital no se pierda, c. 8. n. 19. p. 195.
Escribanos de Cámara del Consejo no deben admitir á las Ciuda-

des, Villas, Lugares y Universidades que quieren tomar dinero á censo, el pedimento que para ello dieren, si carece de cierta circunstancia, ibi. n. 46. p. 210.

Escribano; qué debe prevenir en los contratos en que interviene especial hipoteca? ibi. n. 47. y Pragmática puesta al fin, p. 268. y c. 7. n. 89. p. 50.

Escribano que autoriza el contrato de censo vitalicio á dinero, en que interviene otra cosa que este, incurre en pena, ibi n. 58. p. 218.

Escribano; de qué rentas no puede ser conductor, recaudador, fiador, ni abonador? c. 9. n. 3. p. 307. y c. 19. n. 24. p. 441.

Escribano que autoriza el contrato de arrendamiento, obligándose el conductor á pagarlo en pan, ó vino, no siendo el pan por la medida de Avila, y el vino por la de Toledo, incurre en pena, c. 9. n. 12. p. 306. y c. 19. n. 26. p. 442.

Escribano que autoriza contrato con juramento en que los ganaderos renuncian el derecho de posesion que adquieren á las dehesas: ó al en que se pasa por puja el arrendamiento de las que tienen los hermanos de la Mesta, incurre en pena, c. 9. n. 20. p 310. y nota.

Escribano de Rentas Reales; qué juramento debe recibir á los arrendadores de ellas, ibi. n. 21.

Escribano; con qué palabras *no* debe ordenar la cláusula de eviccion? c. 10. n. 46. p. 393.

Escribano del número; debe autorizar las escrituras que causan alcabala, y no otro, ibi. n. 72. p. 407. y c. 19. n. 28. p. 443.

Escribano de esta Corte; que debe prevenir en las escrituras de venta, donacion, cesion y enagenacion de las casas de ella, y hacer con sus copias? Véase la nota puesta á continuacion de la escritura de venta llana que está en dicho c. 10. n. 150. al fin, p. 448.

Escribano mayor, Jueces, y otros oficiales de la Corte no pueden comparecer por otro en juicio, c. 14. n. 13. p. 233.

Escribano; si podrá, ó no autorizar las escrituras de renuncia, y contrarenuncia? c. 17. n. 6. cerca del fin, p. 333. y nota.

Escribano, qué quiere decir; quántas clases hay de ellos: y por qué se llaman Notarios y Secretarios? c. 19. n. 1. p. 420. y nota.

Escribano; qué solemnidad, y forma debe observar en la extension y otorgamiento de los instrumentos, y si podrá variar de signo, y firma? c. 19. n. 3. y 20, p. 422. y 438.

Escribano; de qué instrumentos puede y debe dar muchas copias á las partes, y de quáles no? ibi. n. 14. y 15 p. 434. y 436.

Escribano de Cámara del Consejo; á quiénes no debe admitir por fiadores de los Jueces de comision, ibi. n. 17. p. 437.

Escribano de las iglesias; no puede usar su oficio entre legos en materias temporales, ni los del número y Concejo llevar salario de Iglesias, Monasterios, ni de persona alguna, ibi. n. 18. p. 438. y nota.

Escribano, ante quien pasan los procesos de que se apela al Ayuntamiento, ó en grado de apelacion, ó remision, cómo los ha de entregar? ibi. n. 19.

Escribano, quándo debe signar los registros de Escrituras: cómo ha de sacar, y dar las copias de las que ante él pasan: y si no conoce á los otorgantes, qué debe hacer? ibi. n. 20.

Escribano, qué contratos jurados puede ó no autorizar? ibi. n. 21. p. 440.

Escribano que usa su oficio con Jueces eclesiásticos, ó conservadores contra Legos; ó presencia como tal á la colacion de grados en virtud de Breve apostólico, incurre en pena, ibi. n. 22. p. 441.

Escribano, quál no puede ser Abogado de las partes, regatones, ni solicitadores de pleytos, ibi. n. 23. p. 441.

Escribano de Número, y Concejo, si podrá, ó no llevar derechos á este de las Escrituras, y procesos que ante ellos pasan, y ser fiador, y abonador de Rentas Reales, Própios, y Carnicerias, ibi. n. 24.

Escribano, de qué cosas no puede ser depositario? ibi. n. 25. p. 442. y nota.

Escribano de Ayuntamiento debe tener libro en que siente los depósitos que se hagan, ibi. al fin.

Escribano, qué Escrituras no debe autorizar? ibi. n. 26.

Escribano Real, dónde puede, ó no actuar, y qué escrituras puede hacer dentro, y fuera de la Corte, ibi. n. 27. y 28. p. 442. y 443.

Escribano, de qué Monasterios, Hospitales, y personas no debe llevar derechos, ibi. n. 29. p. 444.

Escribano, si puede, ó no admitir demanda de hermano, ó primo; y cómo ha de dar los testimonios de apelacion? ibi. n. 30. p. 445.

Escribano, debe poner fé del dia, y hora en que se trabó la execucion, y exâminar por sí los testigos, ibi. n. 31.

Escribano, no puede llevar interés por buscar dinero á censo para Concejos, Universidades, y personas: ni los del Número, y Ayuntamiento usar sus oficios en caso de tenerlos arrendados, ibi. n. 32.

Escribano, dentro de qué término ha de dar á las partes copias de los instrumentos: y qué debe poner al pie de ellas, y al márgen del protocolo, ibi. n. 33. y 34. p. 446.

Escribano que hace execucion, qué debe practicar despues de evacuadas las diligencias: si podrá llevar mas derechos que por un dia haciendo en él muchas execuciones: y deberá entregar á los Receptores de penas de Cámara los mandamientos, ó executorias, que haya para su exâccion? ibi. n. 35. p. 447.

Escribano de Ayuntamiento, debe dar á los Arrieros los testimonios del trigo que llevaren á vender: y hacer constar qué valor han tenido los granos en sus respectivos Pueblos, ibi. n. 36.

Escribano de Concejo, á quien debe dar parte si han intervenido precio, dádivas, ó promesas en

los oficios, que se han de elegir por votos en el mismo Concejo: ó si los electos fueron admitidos á su uso sin haber hecho juramento de no haberlos obtenido por estos medios; y qué debe hacer á costa del Concejo? ibi. n. 37. p. 447.
Escribano, si podrá, ó no dar testimonio de quanto pasa ante él sin auto de Juez, ibi. n. 38. p. 448.
Escritura matrimonial, qué nombre tiene? c. 4. n. 45. al 49. p. 268. á la 270.
Escritura de carta de pago, y recibo de dote extendida, ibi. n. 55. p. 275.
Escritura de dote confesada extendida, ibi. n. 56. p. 279.
Escritura de dote, y capital en virtud de apremio judicial, cómo se extiende? ibi. n. 57. p. 280.
Escritura de arras extendida, ibi. n. 58. p. 281.
Escritura de capitulaciones matrimoniales extendida, ibi. n. 59. p. 283.
Escritura de dote en virtud de capitulaciones extendida, ibi. n. 60. p. 286.
Escritura de capital de los bienes del marido extendida, ibi. n. 61. p. 289.
Escritura de aumento de dote extendida, ibi. n. 62. p. 292.
Escritura de palabra de casamiento extendida, ibi. n. 63. p. 293.
Escritura de apartamiento, y disolucion de esponsales extendida, ibi. n. 64. p. 295.
Escritura de licencia de padre á hijo para casarse extendida, ibi. n. 65. p. 296.
Escritura de donacion por causa de muerte, qué cláusulas requiere? c. 5. n. 43. y 44. p. 332.
Escritura de donacion entre vivos graciosa extendida, ibi. n. 47. p. 335.
Escritura de revocacion de donacion extendida, ibi. n. 49. p. 340.
Escritura de donacion remuneratoria extendida, ibi. n. 50. p. 341.
Escritura de donacion de una casa á renta vitalicia extendida, ibi. n 51. p 342.
Escritura de donacion, ó cesion á Estudiante extendida, ibi. n. 52. p. 347.
Escritura en que el hijo que está baxo la patria potestad, se obliga sin licencia de su padre, es nula, c. 7. n. 12. p. 6.
Escritura, ó título de propiedad si se empeña queda empeñada la alhaja, ibi. n. 55. al fin, p. 29.
Escritura de obligacion de dar, ó hacer alguna cosa, qué cláusulas debe contener para que sea executiva, ibi. n. 83. al 88. p. 43. á la 48.
Escritura de obligacion en que interviene especial hipoteca, qué cláusula ha de contener, y quáles se deben registrar en la oficina de hipotecas? ibi. n 89. p. 50. y Pragmática inserta al fin del c. 8.
Escritura de obligacion con pacto de no enagenar, si en virtud de ella se podrá executar al tercero posedor? ibi. p. 50.
Escritura en que la muger casada se obliga sola por su hecho próprio, cómo se ha de extender? ibi. n. 119. p. 74.
Escritura en que el Labrador se obliga como principal, ó fiador

por otro que no lo sea, ó renuncia sus privilegios, es nula, ibi. n. 103. y 124. p. 62. y 78.
Escritura de promesa de vender extendida, dicho c. 7. n. 171. p. 111.
Escritura de obligacion llana de pagar dinero prestado extendida, ibi. n. 172. p. 113.
Escritura de obligacion con prenda extendida, ibi. n. 173. p. 114.
Escritura de obligacion con hipoteca extendida, ibi. n. 174. p. 115.
Escritura de obligacion, y cesion extendida, ibi. n. 175. p. 120.
Escritura de obligacion de préstamo comodato extendida, ibi. n. 176. p. 122.
Escritura de depósito extrajudicial, ibi. n. 177. p. 123.
Escritura de depósito judicial, ibi. n. 178. p. 124.
Escritura de depósito de difunto, ibi. n. 170. p. 125.
Escritura de obligacion, y fianza simple extendida, ibi. n. 180. p. 126.
Escritura de obligacion, y fianza de un deudor, y tres fiadores obligados como principales por el todo cada uno, ibi. n. 181. p. 128.
Escritura de fianza de saneamiento extendida, ibi. n. 182. p. 129.
Escritura de fianza de la ley de Toledo, ibi. n. 183. p. 130.
Escritura de fianza de la ley de Madrid extendida, ibi. n. 184. p. 131.
Escritura de fianza de la *Haz*, y cárcel segura, ibi. n. 185. p. 132.
Escritura de fianza de Corregidores, ibi n. 186. p. 133.
Escritura de obligacion, y fianza de acreedor de mejor derecho, ibi. n. 187. p. 134.
Escritura de fianza de las 1500 doblas, ibi. n. 188. p. 135.
Escritura de obligacion de mancomunidad simple extendida, ibi. n. 189. p. 136.
Escritura de obligacion de mancomun por el todo, ibi. n. 190. p. 137.
Escritura de caucion juratoria extendida, ibi. n. 191. p. 138.
Escritura de Indemnidad, ibi. n. 192. p. 138.
Escritura de carta de pago con fé de entrega, ibi. n. 193. p. 139.
Escritura de carta de pago confesada, ibi. n. 194. p. 140.
Escritura de finiquito extendida, ibi. n. 195. p. 141.
Escritura de contrato de obra, ibi. n. 196. p. 142.
Escritura de amortizacion de censo perpétuo, cómo se ha de ordenar? c. 8. n. 15. y 16. p. 192. y 193.
Escritura de censo reservativo al quitar, cómo se ha de ordenar? n. 51. p. 213.
Escritura de censo vitalicio á dinero, qué condiciones precisas debe llevar? ibi. n. 61. y 62. p. 220.
Escritura de censo perpétuo extendida, ibi. n 70. p. 223.
Escritura de licencia para vender una casa afecta á censo perpétuo, y carta de pago de cincuentena, ibi. n. 71. p. 237.
Escritura de licencia para vender una casa con reservacion del derecho de tanteo, ibi. n. 72. p. 238.
Escritura de censo consignativo extendida, ibi. n. 73. p. 239.
Escritura de censo reservativo al

quitar extendida, ibi. n. 74. p. 249.
Escritura de donacion de alhaja raiz á censo de por vida, ibi. n. 75. p. 252.
Escritura de minoracion, ó reduccion de réditos de censo, ibi. n. 76. p. 257.
Escritura de redencion de censo consignativo extendida, ibi. n. 77. p. 259.
Escritura de extincion de censo emphitéutico extendida, ibi. n. 78. p. 261.
Escritura de redencion, y subrrogacion de censo, ibi. n. 79. p. 265.
Escritura de reconocimiento de censo extendida, ibi. n. 80. p. 267.
Escritura de arrendamiento de pagar la renta en pan, ó vino, no siendo el pan por la medida de Avila, y el vino por la de Toledo, es nula, c. 9. n. 12. p. 306.
Escritura de arrendamiento, qué cláusulas debe contener, ibi. n. 38. p. 320.
Escritura de arrendamiento de tierras extendida, ibi. n. 39. p. 321.
Escritura de arrendamiento de casa, ibi. n. 40. p. 326.
Escritura de venta llana, qué cláusulas debe contener? c. 10. n. 36. al 48. p. 386. á la 393.
Escritura de venta de casa extendida, ibi. n. 150. p. 446.
Escritura de venta á tasacion, cómo se ha de extender? ibi. n. 151. p. 450.
Escritura de venta de Esclavo, ibi. n. 152. p. 451.
Escritura de venta de lana, ibi. n. 153. p. 453.
Escritura de venta de censo, ibi. n. 154. p. 455.
Escritura de venta de juro, ibi. n. 155. p. 457.
Escritura de venta de oficio de Escribano, ibi. n. 156. p. 459.
Escritura de venta de bestia, ibi. n. 157. p. 460.
Escritura de venta de Villa, ibi. n. 158. p. 462.
Escritura de venta de bienes de Convento, ibi. n. 159. p. 464
Escritura de Retroventa, ibi. n. 163. p. 468.
Escritura de permuta de bienes profanos, ibi. n. 164. p 470.
Escritura de permuta de Piezas Eclesiásticas, ibi. n. 165. p. 471.
Escritura de libertad de Esclavo, ibi. n. 170. p. 475.
Escritura de fundacion de Mayorazgo regular con facultad real, c. 11. n. 78. p. 65.
Escritura de agregacion de bienes de Mayorazgo, cómo se ha de hacer. Véase la nota puesta sobre ello en la p. 81. de dicho c. 11.
Escritura de fundacion de vínculo de tercio, y quinto por via de mejora, ibi. n. 79. p. 82.
Escritura de fundacion de Patronato de legos, ibi. n. 80. p. 84.
Escritura de fundacion de Capellanía mercenaria á título de la qual ninguno puede ordenarse, ibi. n. 81. p. 87.
Escritura de fundacion de Capellanía mercenaria para ordenarse á título de ella, ibi. n. 82. p. 93.
Escritura de fundacion de Capellanía colativa, ibi. num. 83. p. 98.

Escritura de nombramiento de Capellan, ibi. n. 84. p. 105.
Escritura de donacion de Capilla, ibi. n. 85. p. 107.
Escritura de fundacion de escuela de primeras letras, ibi. n. 86. p. 110.
Escritura de fundacion de memoria para casar huerfanas, ibi. n. 87. p. 121.
Escritura de Compañia extendida, c. 12. n. 21. p. 197.
Escritura de rescision, y separacion de compañia, ibi. n. 22. p. 200.
Escritura de compromiso, qué cláusulas ha de contener? c. 13. n. 19. p. 216.
Escritura de Transaccion, con quáles debe ordenarse, ibi. n. 31. p. 222.
Escritura de compromiso extendida, ibi. n. 32. p. 223.
Escritura de Transaccion extendida, ibi. n. 34. p. 227.
Escritura de poder amplísimo extendida, c. 14. n. 47. p. 253.
Escritura de poder para suplicar á la Sala de Mil y Quinientas, ibi. n. 48. p. 262.
Escritura de poder para introducir el remedio de la Tenuta, cómo se ha de ordenar. Véase la segunda nota puesta á continuacion del poder antecedente, p. 264.
Escritura de poder de Concejo, ibi. n. 49. p. 266.
Escritura de poder de Convento, ibi. n 50. p. 267.
Escritura de poder para desposar, ibi. n. 51. p. 268. y nota.
Escritura de substitucion de poder, ibi. n. 52. p. 269.
Escritura de revocacion de poder; ibi. n. 53.
Escritura de poder, y cesion en causa própia graciosa, ibi. n. 54. p. 271.
Escritura de poder, y cesion en causa própia por contrato oneroso, ibi. n. 55. p. 272
Escritura de lasto á favor de uno de dos mancomunados, ibi. n. 56. p. 274.
Escritura de lasto á favor de un fiador, ibi. n. 57. p. 275.
Escritura de adopcion y diligencias á ella concernientes, extendida, c. 15. n. 33. al 37. p. 298 á la 300.
Escritura de emancipacion extendida, ibi. n. 39. p. 303.
Escritura de Aprendiz extendida, ibi. n. 40. p. 306.
Escritura de Pupilo, ibi. n. 41. p. 309.
Escitura de perdon, qué requisitos debe contener? c. 16. n. 7. y 8. p. 315. y 316.
Escritura de perdon extendida, ibi. n. 16. p. 322.
Escritura de pleyto homenage, ibi. n. 17. p. 323.
Escritura de homenage en jura de Príncipe, ibi. n. 18. p. 324.
Escritura de acto para dar Hábito Militar, ibi. n. 19. p. 325.
Escritura de espera de acreedores extendida, ibi. n. 20. p. 326.
Escritura de renuncia y contra renuncia, si podrá ó no autorizarlas un mismo Escribano? c. 17. n. 6. cerca del fin, p. 333.
Escritura de aceptacion de herencia, c. 1. n. 322. p. 200.
Escritura de repudiacion de herencia, ibi. n. 323. p. 200
Escritura de renuncia de oficio de Escribano, c. 17. n. 7. p. 335.
Escritura de nombramiento de Te-

niente de Regidor, y Alferez mayor, ibi. n. 8. p. 336. y nota.
Escritura de licencia para testar extendida, c. 1. n. 324. p. 201.
Escritura de recepcion de Religiosa, c. 6. n. 34. p. 386.
Escritura de renuncia de Monja, ibi. n. 35. p. 388.
Escritura de protesta extendida, c. 18. n. 18. p. 359.
Escritura de carta de pago de letra protestada, ibi. n. 21. p. 362.
Escritura, ó instrumento público, qué cirtuncias ha de contener para hacer fé? c. 19. n. 3. p. 422.
Escritura pública, qué nombres tiene, y quál hace fé en juicio? ibi n. 8. al 12. p. 429. á 432.
Escritura, de quál puede, y debe el Escribano por sí dar muchas copias, y de quál no sin auto de Juez? ibi. n. 13. 14. p. 433. y 434.
Escritura, si se daña, ó rompe, qué se ha de practicar para renovarla? ibi. n. 15. p. 436.
Escritura original, quándo puede, ó no protocolarse, ibi. n. 16. p. 437.
Espera, si pueden, ó no conceder los acreedores á sus deudores, y por quánto tiempo, c. 16. n. 14. p. 321.
Espera de acreedores extendida, ibi. n. 20. p. 326.
Esposa de presente, ú de futuro, qué gana de lo que el esposo la dió, ú ofreció? c. 4. n. 24. p 254.
Esposo que se retrata de cumplir el contrato matrimonial, si deberá, ó no pagar la pena que se impuso? ibi. n. 42. p. 266.
Esposos de futuro, si podrán, ó no hacerse donaciones? c. 5. n. 20. al 21. p. 310. á 312.
Estimacion de los bienes dotales, quándo causa, ó no venta, c. 4. n. 9. p. 245.
Estudiantes, si se les podrá prestar, fiar, ó vender algo? c. 7. n. 13. p. 7.

Eviccion, si podrá usar de ella el legatario por la cosa legada contra el que la vendió al testador? c. 1. n. 193. p. 113.
Eviccion, y saneamiento, qué es: quándo está, ó no obligado á ella el vendedor, y qué debe hacer el comprador para intentarla? c. 10. n. 41. al 44. p. 390. y 391.

Excomulgados, si podrán, ó no testar, c. 1. n. 28. al 30, p. 21. y 22.
Excusion debe hacer la muger en los bienes de su marido, para poder recobrar los suyos que este la enagenó, del que los posee, c. 4. n. 7. al fin, p. 244.
Excusion, quándo debe, ó no hacer el acreedor en los bienes del deudor, para repetir contra el tercero poseedor? c. 7. n. 68. p. 34.
Excusion, quándo debe, ó no hacer el acreedor en los bienes de su deudor, ibi. n. 89. p. 50.
Excusion, qué es: y si renunciándola el fiador en los bienes del principal deudor, podrá ser reconvenido antes que este, ibi. n. 127. p. 79.
Excusion se debe hacer en los bienes de los Corregidores, y de otros Jueces inferiores para reconvenir á sus fiadores, ibi. n. 144. p. 94.
Excusion debe hacer el acreedor en los bienes del deudor para reconvenir al fiador de indemnidad, ibi. n. 159. p. 105.

Excusion, debe hacer el hijo en los bienes de su padre para demandar los maternos que este le enagenó, ibi. n. 160. p. 106.
Executado noble quándo debe estar preso, aunque dé la fianza de saneamiento? ibi. n. 136. p. 87.
Exheredacion qué es, quién puede hacerla, á quién, y cómo? c. 1. n. 135 p. 89. y nota.
Exheredacion para que valga, qué se debe hacer: y si valdrá, ó no rompiéndose el testamento en que se hizo, ibi n. 144. p. 92.
Exheredacion, qué fuerza tiene, ibi. n. 145. p. 92.
Exheredacion, cómo se extiende, ibi. n. 305. p. 184.
Exheredados, por qué causas pueden ser los descendientes, y ascendientes legítimos, ibi. n. 136. al 145. p. 89. á la 92.
Exheredados, siendo todos los hijos legítimos, quiénes pueden ser instituidos herederos, ibi. n. 147. p. 93.
Expensas hechas en la última enfermedad del Testador, qué privilegio tienen, ibi. n. 67. p. 50.
Expensas útiles, y necesarias hechas en los bienes dotales, y en cobrar los créditos de la muger, ó en defender su dote en juicio, cómo, y de dónde se han de deducir, c. 4. n. 36. p. 263.
Expensas, y mejoras hechas en los bienes de Mayorazgo, á quién tocan, c. 11. n. 48. p. 41.
Expensas, deudas, y cargas de la compañía universal se comunican á los socios, c. 12. n. 9. p. 187.
Exploracion de una novicia á qué se reduce? c. 6. n. 25. p. 378.
Extrangero, quál se puede llamar vecino de estos Reynos, c. 1. n. 7 p. 5.
Extrangero, cómo debe testar, ibi. n 272. p. 161.
Extraños herederos, quáles se llaman, y quándo han de estar libres de impedimento para poder heredar? ibi. n. 63. y 64. p. 47. y 48. y nota.
Extraños, é ignotos, y otros varios, quándo pueden, ó no ser ordenados, cap. 11. num. 76. pag. 63.

F

Facultad real para fundar Mayorazgo, no espira con la muerte del Rey que la concedió, c. 11. n. 15. al fin, p. 14.
Falcidia, qué es: por qué se llama así: qué ha de considerar el heredero para poderla sacar: cómo, y de qué cosas la puede, ó no deducir? c. 1. n. 226 á 221. p. 227. á la 126.
Fatuo, y desmemoriado no puede testar, ibi. n. 23. p. 17.
Fatuo, y desmemoriado no puede hacer donacion entre vivos, c. 5. n. 14. p. 307.
Fatuo, y desmemoriado no puede tratar, ni contratar, cap. 7 n. 3. p. 2.

Fé de conocimiento, si debe, ó no dar el Escribano en los instrumentos; y qué debe hacer quando no conoce á los contrayentes, c. 1 n. 282. á 284. p. 168. á la 169. y c. 19. n. 20. p. 438.
Fé, qué instrumentos la hacen, ó

no en juicio, c. 19. n. 8. al 12. p. 428 á 432.

Fiadores del hijo que está baxo la patria potestad, y contrae sin licencia de su padre, no queda obligado, ni este, c. 7. n. 12. p. 6.

Fiador, qué quiere decir; quiénes pueden, ó no serlo, cómo pueden obligarse; y siendo alguno pobre, si deben, ó no pagar por él los demas? ibi. n. 122. al 126 p. 77. á la 79.

Fiador, puede pactar, y llevar interes por serlo, ibi.

Fiador, si renuncia el beneficio de la division, á qué queda obligado, y quándo podrá, ó no ser reconvenido antes que el deudor principal? ibi. n. 127.

Fiador, si se obliga como principal pagador, puede ser reconvenido antes que el deudor principal, ibi. n. 128. p. 81.

Fiador debe pagar la deuda, aunque el principal haga cesion de bienes: y si se obliga á mas que este, no queda obligado en el exceso, ibi. n. 129. y tres notas.

Fiador, cómo ha de pagar la deuda para poder repetirla de los confideyusores, ibi. n. 130. p. 82. y dos notas.

Fiador, de qué excepciones goza? ibi. n. 132. p. 84. y nota.

Fiador, por qué causas podrá intentar que el principal deudor le indemnice de la fianza? ibi. n. 134. p. 85. y quatro notas.

Fiador de reo criminal, en qué pena incurre por no presentarlo en la cárcel al plazo pactado; y si pasado un año despues de cumplido este, puede, ó no ser reconvenido por ella, ibi. n. 143. p. 94.

Fiadores de Corregidores, y de otros Jueces inferiores si deben, ó no ser reconvenidos antes que ellos, ibi. n. 144. p. 94

Fiadores, cómo se han de obligar, y se constituyan por tales, ó como principales, ibi. n. 153. p. 101. y nota

Fiadores de indemnidad, cómo deben ser reconvenidos, ibi. n. 159. p. 105.

Fiadores, aseguradores, y abonadores de rentas reales, quiénes no pueden serlo, cap. 9. n. 3. p. 302

Fianza de usufructo de bienes raices, ó de los que se consumen, ó envejecen con el uso, ó de los que son, ó no productivos, cómo se ha de dar? c. 1. n. 267. á 269. p. 158. y 159.

Fianza constituida por el hijo sin licencia de su padre, estando baxo de su poder, es nula, c. 7. n. 12. p. 6.

Fianza, qué es, y cómo puede constituirse, ibi. n. 122. p. 77.

Fianza, si espirará, ó no con la muerte del fiador? ibi n. 134. p. 85.

Fianza, quántas son, y quándo están obligados los deudores á darlas, ibi. num. 135. y 156. p. 86. y 103.

Fianza, en qué casos debe, ó no el marido dar por la dote de su muger, y si puede recibirla, de qué se le entregará, ibi. n. 135. p. 86.

Fianza de saneamiento, qué es, por qué se llama así, quén debe darla, y recibirla: y á qué

se ha de obligar el fiador, ibi. n. 136. p. 87.
Fianza de la Ley de Toledo, quién debe darla, y cómo se ha de obligar al fiador, ibi. n 137 y 138. p. 88. y 90.
Fianza de la Ley de Madrid, quiénes deben darla, quándo, y á qué se ha de obligar el fiador, ibi. n. 139. y 140. p. 91.
Fianza de la *Haz*, de quántas maneras es, quién, y cómo debe darla, ibi. n 141. p 92.
Fianza Carcelera, á qué se dirige, y qué efectos causa, ibi. n. 142. y 143. p. 93. y 94.
Fianza, quál deben dar los Corregidores, y otros Jueces inferiores, ibi. n. 144. p 94.
Fianza, quál deben dar los Escribanos de la Audiencia de Galicia, ibi. n 145. p. 95.
Fianza, hasta qué cantidad deben dar los Jueces proveidos para visitar Escribanos, y otras cosas, ibi. n. 146.
Fianza de 500. ducados, quiénes deben darla? ibi. n. 147. y 148. p. 96.
Fianza de acreedor de mejor derecho, quién debe darla, y á qué se ha de obligar el fiador, ibi. n. 149. p. 97.
Fianza de 1500. doblas, quién debe darla, qué diligencias debe practicar para que se le admita, y despues de admitida, qué ha de hacer, ibi. n. 150. p. 98.
Fianza, en qué casos será, ó no de cuenta del Juez, y Escribano que la recibe? ibi. n. 151. al fin, p. 100.
Fianza, quál debe dar el que empezó obra nueva, y se le denunció, para proseguir en ella, ibi. n. 169. al fin, p. 110.
Fianza de calumnia, qué es, y á qué se reduce. Véase la segunda nota puesta á continuacion de la fianza de 1500. que está en el c. 7. n 188 p 135.
Fianza de estar á derecho, y pagar juzgado, y sentenciado, quando puede pedir el demandante, c. 14 n. 20. p. 236.
Fianza hecha por el heredero á favor de los acreedores del difunto dentro de los nueve dias siguientes á su muerte, si valdrá, ó no, c. 1. n. 189. p. 112.
Fiduciario, á qué tiene derecho? c. 1. n. 109. p. 75.
Fiduciario, qué debe hacer para sacar la quarta trebelianica, y cómo ha de sacarla, ibi. n. 110. p. 75.
Finiquito, qué es, quién puede darlo, á quién, cómo ha de ser, y quándo valdrá, c. 7. n. 164. p. 108.
Finiquito extendido, ibi. n. 195. p. 141.
Fisco, no tiene derecho á los bienes de los Peregrinos, y Romeros, que mueren intestados, c. 1. n. 33. y 180. p. 24. y 107. y dos notas.
Fisco, á bienes de qué personas tiene derecho? ibi. n. 155. p. 97.
Fisco, quándo tiene, ó no derecho á los bienes de los que mueren ab intestato? ibi. n. 178. y 180 p. 105. y 107.
Fisco, tiene derecho á lo que el novio ofrece á la novia en el exceso de lo que las leyes permiten, c. 4. n 28. p. 256.
Fisco, quándo será, ó no preferido á la muger en concurrencia

de acreedores de su marido, ibi. n. 50. p. 271.
Fisco, si podrá vender toda la finca que posee con otros pro indiviso? c. 10, n. 8. p. 366.
Fletamento véase Apéndice.

Frutos producidos por la cosa legada, si deberá, ó no el heredero entregarlos al Legatario; y estando pendientes en ella, si tocarán, ó no á este, c. 1. n. 193. p. 113.
Frutos, si debe, ó no percibir el Fiduciario de la quarta trebeliánica, ibi. n. 110. p. 75.
Frutos de los bienes de los casados, quándo se comunican, ó no á entrambos, c. 2. n. 18. p. 233. y c. 4. n. 14. al fin, p. 247.
Frutos pendientes, y mostrados en el campo, quando el testador fallece; ó cogidos y separados del suelo, ó que no están mostrados, á quién pertenecen? c. 1. n. 268. p. 158.
Frutos de bienes dotales, quándo son aumento, y no réditos de la dote, c. 4. n. 6. al fin, p. 244.
Frutos de la dote, y demás bienes de la muger si pertenecen, ú no al marido, ibi. n. 3. al 13. p. 243. á 247.
Frutos de la cosa donada no debe entregar el donante al donatario, c. 5. n. 4 p. 300.
Frutos de la cosa donada percibidos antes de revocarse la donacion, si los hará, ó no suyos el ingrato, ibi. n. 24. al fin, p. 3[illegible]
Frutos percibidos de la cosa donada [illegible] de quién [illegible] el donatario, ibi. n. 41. p. 330.
Frutos de la alhaja depositada deben restituir el depositario, y sus herederos al dueño de ella, c. 7. n. 47 p. 25.
Frutos de bienes obligados simplemente, se comprenden tambien en la obligacion, ibi. n. 65. p. 32.
Frutos de la cosa locada, están obligados á la responsabilidad del arrendamiento, c. 9. n. 12. p. 306.
Frutos, si se pierden por caso fortuito, ó por culpa del Conductor, á qué esta obligado este, ibi. n. 13. p. 307.
Frutos del predio rustico, ó urbano que uno de los herederos ó sócios posee pro indiviso, si deberá, ó no comunicarlos á los consocios, ibi. n. 15. p. 308.
Frutos percibidos por el comprador de la finca vendida, quándo no pertenecen al vendedor? c. 10. n. 21. p. 373.
Frutos, y comodidad de la cosa vendida, y entregada al comprador, ó despues de perfecto el contrato, y antes de su tradicion; ó vendida con pacto *de retrovendendo*, á quién pertenecen? ibi. n. 64. p. 402.
Frutos pendientes en la finca que se retrae, á quién corresponden? ibi. n. 137. p. 439.

Fundador de Mayorazgo, si podrá, ó no revocarlo; y habiéndolo hecho irrevocable al principio, imponerle despues el gravamen de incompatibilidad, c. 11. n. 46. p. 40
Fundar Mayorazgo, quién puede, de qué bienes: y qué ór-

den debe observar el ascendiente, que lo funda por via de mejora, ibi. n. 14. al 22. p. 14. á la 17. y dos notas.

G

Ganaderos, si pueden, ó no renunciar el derecho de posesion que adquieren en el arrendamiento de las dehesas, c. 9. n. 20. p. 310.

Gananciales adquiridos constante matrimonio, quándo se comunican, ó no á marido, y muger, c. 2. n. 1. al 7. p. 230. á 232.

Ganancias, y pérdidas de la Compañia, cómo se han de partir entre los socios, c. 12. n. 6. y 14. p. 186. y 189.

Gastos ocasionados en el pleyto movido sobre el legado, quién debe pagarlos? c. 1. n. 193. p. 113.

Gastos funerarios, y legados habiendo dos quintos, si se han de deducir del legado en testamento, ó en contrato entre vivos, ibi. n. 131. p. 87.

Gastos funerarios, misas, y legados si se han de deducir del tercio quando el Testador lo mandó, y caben, ó no en el quinto, ibi. n. 132. p. 87.

Gastos funerarios de dónde se han de deducir, si los bienes de la mejora están entregados en vida al mejorado, ibi. n. 133. p. 88.

Gastos funerarios, misas, y legados, de dónde deben deducirse entre descendientes, y extraños? ibi. n. 57. p. 43.

Gastos funerarios, misas, y legados de dónde se han de deducir, si el Testador dexa el quinto á un hijo ilegitimo, ó el usufructo de él á su muger, ibi.

Gastos funerarios, y de la última enfermedad del Testador, de qué privilegio gozan, ibi. n. 67. p. 50.

Gastos funerarios, si deben deducirse del cuerpo de caudal del Testador, ó del tercio legado por el descendiente á su ascendiente, ó á extraño, ibi. n. 68. y 69. p. 51. *Sobre otras especies véase la palabra* expensas.

Grado de parentesco, qué es, c. 11. n. 24. 20.

Grados de parentesco natural, cómo se cuentan por derecho civil, y canónico? ibi. n. 25. al 31. p. 21. á 25.

Grados, cómo se cuentan por generaciones, ibi. n. 32. p. 26.

Gravámen de restitucion, fideicomiso, ú otro en que pueden, ó no ponerlo los ascendientes? c. 1. n. 113. y 114. p. 76. á la 78.

Gravámen, en qué mejora no puede imponerse? ibi. n. 128. al fin, p. 85.

Gravámen ni condicion no puede imponerse en la legitima, ibi. n. 54. p. 41. y nota.

Gravámen, y condicion, si podrá, ó no imponerse en codicilo, ó en otra cosa al que fué instituido simplemente en el testamento, c. 1. n. 45. p. 36. y n. 229. p. 130.

Gravámen ni condicion no se debe poner al donatario en la donacion que se le hizo puramente, c. 5. n. 2. p. 298.

H

Habitacion, si alguno la dexa á otro, por qué tiempo se entiende dexársela? c. 10. n. 89. al medio. p. 417.

Habitacion de la casa, si se exceptúa en la venta para los que la ocupan, á quién comprende? ibi. n. 91. al fin, p. 418.

Hacer testamento, y disponer el hombre de sus bienes para despues de su muerte, es derecho público, c. 1. n. 2. p. 1.

Heredar, quiénes pueden, ó no á los descendientes legítimos, no teniéndolos estos, c. 1. n. 62. al fin, p. 46.

Heredero, deben conformarse con la division, que el testador haga de sus bienes, c. 1. n. 37. p. 27.

Heredero, en dónde debe entregar los legados á los Legatarios, ibi. n. 193. p. 113.

Heredero, quándo debe, ó no comprar, y entregar al Legatario las cosas agenas legadas por el testador, ibi. n. 194. p. 115.

Heredero, qué accion le compete contra el Legatario, tiene alhaja empeñada en poder del testador, y se la legó, ibi. n. 195.

Heredero, qué obligacion tiene quándo el testador lega cantidad cierta, y se encuentra mas, ó ménos? ibi. n. 196.

Heredero, si debe, ó no entregar al Legatario la cosa que el testador le legó, para que la hubiese quándo uno, ú otro quisiese, ibi. n. 198. p. 116.

Heredero, á qué está obligado quándo el testador manda muchas veces una cosa en su testamento, ibi. n. 201. al fin, p. 117.

Heredero, á quiénes no está obligado á entregar el legado? ibi. n. 204. p. 118.

Heredero extraño, quándo, cómo, y de qué bienes puede, ó no sacar la quarta Falcidia: y que debe hacer para deducirla, ibi. n. 226. á 221. p. 127. á 126.

Heredero aunque no acepte la herencia, ó por otra causa no entre en ella, vale lo que el testamento contenga, c. 1. n. 43. y 225. p. 34. y 126.

Heredero, si deberá, ó no contenerlo el testamento, para que por tal se estime, ibi. n. 43.

Heredero, quál se llama, y quién puede serlo, ibi. n. 44. p. 35.

Heredero, en dónde, y cómo debe, ó no ser instituido? ibi. n. 45. á la 47. 229. p. 36. 37 y 130. y nota.

Heredero que entra en la herencia sin autoridad judicial, habiendo coherederos, incurre en pena, ibi. n 49. p. 38.

Heredero, puede ser de dos maneras, ibi. n. 50.

Heredero por testamento: los que lo son en qué clases se dividen? ibi. n. 50. al 53. p. 38. á 41.

Heredero extraño, de dónde debe pagar los legados de la herencia, si el hijo natural, ó expurio es legatario del quinto: ú son todos extraños? ibi. n. 57. p. 43.

Heredero necesario y extraño, quál es; qué obligacion tiene; y si éste puede, ó no querellar de inoficioso el testamento por preterition, ibi. n. 63. p. 47.

Heredero, quándo debe estár libre de impedimento para poder heredar al testador, ibi. n. 64. p. 48.

Heredero siéndolo el ascendiente

legítimo, de qué puede disponer el testador? ibi. n. 65. p. 48. y n. 71. y 77. p. 52. á la 56.
Heredero, no debe llamarse el sugeto á quien el descendiente lega el tercio, ibi. n. 77. p. 56.
Heredero, debe alimentar á los hijos expurios del testador, ibi. n. 85. p. 60.
Heredero de Clérigo, qué deberá, ó no entregar á los hijos de éste? ibi. n. 87. al fin, p. 61.
Heredero, quál se llama usufructuario, fideicomisario, y substituto? ibi. n. 88. p. 63.
Heredero, siendo instituido en parte desigual, á la de otro si alguno fallece, ó no quiere la suya, cómo han de partirla los otros, ibi. n. 91. p. 64.
Heredero fiduciario, si podrá retener la quarta trebelianica; cómo, y de qué ha de deducirla, y para poder retenerla, qué debe hacer? ibi. n. 110. y 111. p. 75. y 76.
Heredero extraño si puede, ó no ser gravado por el testador; y para heredarle, qué debe cumplir? ibi. 148. p. 94.
Heredero instituido en cosa particular, si el testador nombra, ó no despues á otro, qué llevarán ámbos? ibi. n. 149. p. 95. y nota.
Heredero, siendo instituidos dos en un testamento, y cada uno en cosa señalada, si el testador no dispone del resto de sus bienes, cómo los partirán, y cómo, si nombra á uno en una, y á otros dos en otra? ibi. n. 150.
Herederos, si el testador instituye á tres, ó quatro, sin expresar quánto han de llevar de sus bienes; ó á personas determinadas en cosas ciertas, y á otra tambien, pero sin decír lo que ésta ha de heredar, qué percibirán de ellos? ibi. n. 151. p. 95.
Herederos, siendo instituidos quatro, los dos en una misma cosa, y los otros dos en nada, cómo partirán la herencia? ibi. n. 152. p. 96.
Herederos, siendo instituidos tres, uno en la mitad, otro en la tercera, y otro en la quarta parte, cómo partirán la herencia, ibi. n. 153.
Herederos, quiénes no pueden serlo, ibi. n. 154. al 156. p. 97.
Herederos, por qué causas deben perder la herencia, ibi. n. 146. p. 93.
Herederos, ni sus padres, hermanos, y parientes dentro del quarto grado no pueden ser testigos en las últimas disposiciones, ibi. n. 16. al fin, p. 11.
Herederos ab intestato, cómo sucederán en los bienes de sus padres, y abuelos, ibi. n. 170. p. 101.
Herederos ab intestato de los hijos que no dexan sucesion, quiénes son, y cómo les sucederán? ibi. n. 171. y 172. p. 101. y 102.
Herederos ab intestato transversales, cómo han de partir la herencia? ibi. n. 173. al 178. p. 102. á la 105.
Herederos usufructuarios, cómo han de dar la fianza de usufructo; y qué deben pagar de los bienes del testador, ibi. n. 267. al 269. p. 158. y 159.
Herederos del marido, quánto tiempo tienen para entregar á la muger su dote, c. 4. n. 37. p. 264.

Herederos de la muger, de qué privilegio gozan contra los bienes del marido para repetir su dote: y los del pupilo contra los de su tutor, ibi. n. 53. p. 274.
Herederos del depositario, á qué están obligados? c. 7. n. 47. y 48. p. 25. y 26.
Herederos del fiador, á qué lo están, ibi. n. 134. p. 85.
Herederos universales deben observar los contratos celebrados por su causante, c. 9. n. 23. p. 311.
Herederos del Locador, y Conductor, á qué están obligados? ibi. n. 24. p. 312.
Herederos del Conductor del usufructo no deben suceder en el arrendamiento de este, ibi. n. 25.
Herederos del Beneficiado, qué deben pagar al Conductor del beneficio? ibi. al fin.
Herederos fideicomisarios, no están obligados á pasar por el arrendamiento que hizo el fiduciario, ibi. n. 27. p. 313.
Herederos extraños, no tienen derecho á tantear la finca vendida por el pariente del que les instituyó, cap. 10. n. 118. p. 430.
Herederos, quánto tiempo tienen, y se les puede conceder para aceptar, ó repudiar la herencia: cómo han de aceptarla: y si muriendo sin aceptarla, tendrá, ó no el suyo derecho á ella? cap. 1. n. 185. y 186. p. 111.
Herederos que aceptan llanamente la herencia, ó entran en ella, ó no hacen el inventario en el término legal, á qué están obligados? ibi. n. 187.
Herederos que hacen el inventario maliciosamente, ocultando, hurtando, ó comprando para sí dolosamente algo de los bienes del difunto, á qué están obligados, ibi. n. 188.
Herederos, dentro de qué tiempo no están obligados á entregar á los legatarios sus legados, ni pueden ser reconvenidos por los acreedores del difunto? ibi. n. 189. p. 112.
Herederos instituidos simplemente, ó con condicion, cómo pueden admitir, y repudiar la herencia, y dentro de qué tiempo recuperarla despues de repudiada, ibi. n. 190. y 191. p. 112.
Hereges, no pueden testar, c. 1. n 24. p. 18.
Hereges no pueden ser herederos, ibi. n. 154. p. 97.
Hereges no pueden ser Patronos, c. 11. n. 67. p. 57.
Herencia del que no dexó parientes hasta el quarto grado civil, y murió intestado, á quién toca? c. 1. n. 178. y 180. p. 105. y 107.
Hermafrodita si puede, ó no ser testigo en últimas disposiciones, c. 1. n. 16. p. 11.
Hermafrodita, no puede ser ordenado, c. 11. n. 76. p. 64.
Hermanos, quándo podrán romper, y anular el testamento de su hermano, y perder su herencia, c. 1. n. 63. p. 47.
Hermanos, no son herederos forzosos *ex textamento* de su hermano, ibi. n. 148. p. 94.
Hermanos, qué nombres tienen, ibi. n. 169. al fin, p. 101.
Hermanos no deben concurrir con

sus ascendientes á la division de la herencia de su hermano, ibi. n. 171. p. 101.
Hermanos, quándo son herederos forzosos *ab intestato* de su hermano? ibi. n. 173.
Hermanos enteros llevarán toda la herencia de su hermano, y los medios, y sus hijos nada, ibi. n. 176. p. 104.
Hermanos por distintas líneas, cómo partirán los bienes de su hermano intestato, ibi. n. 177. p. 105.
Hermanos menores enteros, á quién preferirán en la sucesion del Mayorazgo fundado por su hermano? c. 11. n. 25. p. 21.
Hermanos, qué grado de parentesco obtienen entre sí, ibi. n. 26.
Hermanos gemelos, cómo gozarán el Mayorazgo, ibi. num. 42. p. 37.

Hija, no puede ser mejorada en contrato por razon de dote, ni casamiento, c. 1. n. 60. y 126. p. 45. y 84. y cap. 4. num. 25. p. 254.
Hija dotada por un extraño, si estará, ó no obligada á colacionar la dote con sus hermanos, ibi. n. 60.
Hija de los traydores declarados, qué puede heredar de su madre? ibi. n. 155. p. 97.
Hija, si resiste casarse queriendo su padre, y despues se prostituye, puede ser exheredada, ibi. n. 139. p. 90.
Hija no puede ser fiadora de su padre, c. 7. n. 107. p. 164. y tres notas.
Hija natural, cómo se legitíma, c. 15. n. 15. p. 290.
Hijo, y descendiente legítimo, en qué puede ser mejorado por sus ascendientes, c. 1. n. 113. al 116. p. 76. al 79.
Hijo, y nieto del testador que concurre á heredarle, cómo han de partir su herencia, ibi. n. 118. p. 80.
Hijo, quándo se entiende mejorado por sus padres? ibi. n. 122. p. 82.
Hijo, mejorado en tercio y quinto, si podrá repudiar la herencia, y aceptar la mejora? ibi. n. 123.
Hijos legítimos, cómo deben ser instituidos por herederos? ibi. n. 54. p. 41.
Hijos, quáles se llaman póstumos, ibi. n. 55. p. 42.
Hijos, y descendientes, qué circunstancias han de tener para poder heredar á sus ascendientes, ibi. n. 56.
Hijos, y descendientes legítimos, á qué bienes de sus ascendientes tienen derecho, ibi. n. 57. y 119. p. 43. y 81.
Hijos, teniendo el testador cinco, ó mas, si podrá disponer del quinto íntegro de todos sus bienes, ibi. n. 58. p. 44.
Hijos legítimos, qué deben colacionar con sus hermanos, ibi. n. 60. p. 45.
Hijos naturales legítimados por el subseqüente matrimonio, y el expurio por rescripto del Príncipe, á quiénes tienen derecho á heredar, ibi. n. 62. al fin, p. 46.
Hijos, y descendientes legítimos, de qué pueden disponer teniendo ascendientes, ibi. n. 65. y 66. p. 48. y 49.

Hijos, quáles se llaman ilegítimos; en qué clases se dividen; y á quáles deben alimentar sus ascendientes, ibi. n. 77. p. 56.
Hijos naturales, de qué privilegios gozan; y qué circunstancias se requieren para ser reputados por tales, ibi. n. 78. y nota.
Hijos naturales, qué pueden heredar de sus ascendientes? ibi. n. 79.
Hijos naturales, si podrán, ó no heredar á sus madres, careciendo de legítimos, ibi. n. 80. y 87. p. 57. y 61.
Hijos naturales, muriendo intestados sin descendientes legítimos, qué heredarán de sus padres, ibi. n. 81. p. 58.
Hijos expurios, ó de dañado ayuntamiento, quáles son, y si sus padres, y madres deben, ó no darles alimentos, ibi. n. 82. al 84. p. 58. y 59.
Hijos de Clérigos, Frayles, y Monjas profesas, ó de muger casada con otro, qué pueden heredar, ó no de ellos, ibi. n. 86. y 87. p. 60. y 61.
Hijos legítimos, que oficios, y artes pueden, ó no exercer? ibi. n. 87. al fin. p. 61.
Hijos legítimos, impúberos, por quién, y en qué bienes pueden, ó no ser substituidos pupilarmente? ibi. n. 89. á 94. p. 63. á la 66.
Hijos casados, y no velados no salen de la potestad de su padre, ibi. n. 95. p. 67.
Hijos prohijados por via de arrogacion, en qué bienes pueden ser substituidos por su padre adoptivo, ibi. n. 97. p. 68.
Hijos fatuos, locos y desmemoriados, mudos, y totalmente sordos: por quién pueden ser substituidos exemplarmente? ibi. n. 101. y 103. p. 71. y 72.
Hijos legítimos que están dentro, ó fuera de la edad pupilar, por quién pueden ser substituidos compendiosamente, ibi. n. 105. y 106. p. 73.
Hijos legítimos impúberos, por quién pueden ser substituidos breviloquamente, ibi. n. 108. p. 74.
Hijos de dañado ayuntamiento, no deben heredar, ni ser instituidos herederos, ibi. n. 154. p. 97.
Hijos varones del traydor declarado, de quiénes no pueden ser herederos, ni legatarios? ibi. n. 155.
Hijos, y descendientes legítimos, por qué causas pueden ser exheredados? ibi n. 136. al 143. p. 89. á la 91.
Hijos, y demas descendientes legítimos, por quáles pueden exheredar á sus ascendientes? ibi. n. 145. p. 92.
Hijos naturales, quándo pueden ser instituidos por herederos? ibi. n. 147. p. 93.
Hijos del instituido, si heredarán, ó no por *testamento* al testador habiendo fallecido su padre antes que este, y sido instituidos con él otros hermanos suyos? ibi. n. 174. p. 102.
Hijos naturales, cómo se heredarán *ab intestato*, ibi. n. 181. p. 108.
Hijos del primer matrimonio, si por la herencia de sus hermanos enteros que su padre debió

reservarle por haberse vuelto á casar, serán, ó no preferidos á la muger segunda que pretende su dote, c. 3. n. 5. y 6. p. 239.
Hijos, de qué privilegios gozan en quanto á la restitucion de la dote de la madre, c. 4. n. 39. p. 265.
Hijos para casarse si necesitan, ó no el consentimiento de sus padres? ibi. n. 46. y 47 p. 269.
Hijos, de qué privilegio gozan para repetir la dote de su madre? ibi. n. 53. p. 274.
Hijos que están baxo de la patria potestad, de qué bienes pueden hacer donacion en sanidad sin licencia de su padre, c. 5. n. 17. p. 308.
Hijos de familia mayores, ó menores, si podrán, ó no obligarse, recibir prestado, y fiar sin licencia de sus padres? c. 7. n. 3. 12. 92. p. 2. 6. y 53.
Hijos, qué deben hacer para poder demandar los bienes maternos que su padre les enagenó? ibi. n. 160. p. 106.
Hijos de familia, qué pueden comprar, y vender á sus padres, y estos á ellos? c. 10. n. 2. p. 364.
Hijos, pueden ser empeñados por su padre, ibi n. 10. p. 368. y c. 15. n. 20. p. 292.
Hijos, pueden ganar la posesion en nombre de sus padres, c. 10. n. 84. p. 416.
Hijos, quáles pueden tantear los bienes que sus padres venden? ibi. n. 114. al 116. p. 428. y 429.
Hijos superstites no tienen derecho á tantear la finca materna que su padre heredó de otro hijo muerto, y vende á extraño, ibi. n. 119. al fin, p. 431.
Hijos del que quiere vender alhaja patrimonial, á quién son preferidos por el tanto? ibi. n. 121. p. 432.
Hijos, deben ser llamados antes que los nietos á la obtencion del Mayorazgo que fundan sus padres, c. 11. n. 19. p. 16.
Hijos de familia, de qué pueden fundar Mayorazgo? ibi. n. 21. p. 17.
Hijos, qué grado ocupan en la línea de descendientes, ibi. n. 25. p. 21.
Hijos naturales legitimados por el subseqüente matrimonio, pueden suceder en el Mayorazgo, ibi. n. 41. p. 37.
Hijos gemelos, si no se sabe quál nació primero, cómo gozarán el Mayorazgo, ibi. n. 42.
Hijos del traydor ó infame, quáles son ó no infames? c. 11. n. 44. p. 39.
Hijos del que hizo mejoras en los bienes de su Mayorazgo, no tienen derecho á ellas, ibi. n. 48. p. 41.
Hijos del Patrono, pueden ser presentados por su padre, ibi. n. 61. p. 53.
Hijos ilegítimos, pueden ser Patronos, ibi. n. 67. p. 57.
Hijos ilegítimos, no pueden ser ordenados, ibi. n. 76. p. 63.
Hijos que estan baxo de la patria potestad, en qué casos pueden constituir apoderado sin licencia de su padre, c. 14. n. 3. p. 230.
Hijos, estando en poder de alguno contra la voluntad de su padre, si éste podrá ó no dar po-

der para sacárselo, ibi. n. 7. p. 232.
Hijos empeñados por su padre pueden desempeñarse, c. 15. n. 20. p. 292.
Hijos, por qué causas se exîmen de la patria potestad? ibi. n. 21. al 24. p. 293. y 294.
Hijos casados y velados, qué bienes hacen suyos, y qué esenciones civiles gozan? ibi. n. 23. p. 293. y nota.
Hijos emancipados, por qué recaen en el poder de su padre? ibi. n. 25. p. 295.
Hijos que estan fuera de la patria potestad, cómo pueden demandar á su padre, ibi. n. 27. p. 296.
Hijos legítimos é ilegítimos, por quiénes deben ó no ser alimentados, y educados, ibi. n. 29. al 32. p. 297. y 298.
Hijos y demas descendientes deben alimentar á sus ascendientes pobres, ibi. n. 30. al fin, p. 297.
Hijos Religiosos que tienen ascendientes legítimos, si podrán sin su licencia renunciar todos sus bienes á favor de otro? c. 6. n. 21. p. 371.
Hijos que estan dentro ó fuera de la patria potestad, qué contratos pueden celebrar con su padre? ibi. n. 31. p. 382.
Hijosdalgo, de qué esenciones gozan, ibi. n. 100. p. 60.
Hipoteca, qué es, y en qué conviene y se diferencia de la prenda, c. 7. n. 54. p. 28.
Hipoteca y prenda, en qué se dividen? ibi. n. 55. p. 29.
Hipoteca, de quántas maneras es, ibi n. 56.
Hipoteca ó empeño, cómo, quándo, y en qué contratos puede interponerse? ibi. n. 63. al 65. p. 32.
Homenage, qué es, y quién puede hacerlo? c. 16. n. 10. p. 317.
Homenage extendido, ibi. n. 17. p. 323.
Homenage en jura de Príncipe, ibi. n. 18. p. 324.

I.

Iglesia, si podrá ó no adquirir y retener bienes raices sin licencia del Rey? c. 1. n. 156. p. 97. y c. 10. n. 5. p. 365.
Iglesia, á quién puede demandar los diezmos de los frutos vendidos? c. 10. n. 6. p. 366.
Iglesia, por qué consiente que los legos sean Patronos, c. 11. n. 68. al fin, p. 57.

Ilegitimidad para exercicio, de qué oficios obsta, ó no á los hijos ilegítimos? c. 1. n. 87. al fin, p. 61.

Incompatibilidad en los Mayorazgos, qué es, y de quántas clases? c. 11. n. 13 p. 12.
Indemnidad, qué es? c. 7. n. 159. p. 105.
Infame, no puede ser árbitro, ni Juez ordinario, c. 13. n. 4. al fin, p. 211.
Infamia, por qué delitos se incurre en ella? c. 11. n 44. p 39.
Infante, no puede testar, c. 1. n. 21. p. 15.
Infante, no puede tratar, ni contratar, c. 7. n 3. p. 2.
Infiel, no puede ser testamentario, c. 1. n. 250. p. 146.
Infieles, no pueden ser patronos, c. 11. n. 67. p 57.
Ingratitud, quién debe probarla? c. 5. n. 27. cerca del fin, p. 315.

Injuria, qué es, y quién puede injuriar, y ser injuriado, c. 16. n. 1. p. 314.
Injuria, de quántas clases es, y cómo se comete, ibi. n. 2. al 4.
Injuriado, no puede tomar satisfaccion por sí mismo, ibi. n. 3. al fin.
Injuriado, qué puede, ó no perdonar? ibi. n. 5 p. 315.
Insinuacion, qué es, c. 5. n. 48. p. 339.
Insinuada, qué donacion debe ser, y cómo, ibi. n. 9. p. 303.
Insinuadas, qué donaciones no necesitan ser, ibi. n. 12. p. 306.
Institucion de heredero, en dónde debe hacerse? c. 1. n. 45. p. 36.
Institucion de herederos forzosos, cómo debe ser hecha, y quál se llama directa, y obliqua? ibi. n. 54. p. 41.
Instrumento de presentacion otorgandose dos en un dia por el Patrono de beneficio eclesiástico á favor de dos sugetos, á quál se ha de estár? c. 11. n. 65. al fin, p. 55.
Instrumento, quál se llama público, y auténtico, c. 19. n. 2. p. 421.
Instrumento público para qué haga fé, qué circunstancias requiere, y en qué idioma se ha de estender, ibi. n. 3. p. 422.
Instrumento público, quál no hace fé por defecto del Escribano, ibi. n. 6. y 7. p. 427.
Instrumento público, qué nombres tiene, y qué fé hace en juicio, ibi. n. 8. al 12. p. 429. al 432.
Instrumento, de quáles puede, y debe, ó no el Escribano dar muchas copias, ibi. n. 13. y 14. p. 433. y 434.
Intereses, quiénes, y en qué casos pueden llevarlos? c. 7. n. 28. 38. al 40. y 78. p. 14. 20. 21. y 40.
Intereses, puede pactar, y llevar el fiador por serlo, ibi. n. 126. p. 79.
Intestado, muriendo el Peregrino, y Romero, qué debe hacer la Justicia, c. 1. n. 33. p. 24.
Intestado, de quántas maneras puede morir el hombre, ibi. n. 167. y 168. p. 98 y 99.
Intestado muriendo el ascendiente, quién le heredará, ibi. n. 170. p. 101.
Intestado muriendo el hijo legítimo sin descendientes, quién le heredará, ibi. n. 171. y 172. p. 101. y 102.
Intestado muriéndo el hermano, si le herederán sus hermanos, y sobrinos? ibi. n. 173. al 177. p. 101. á la 105.
Intestado muriendo alguno sin dexar parientes hasta el quarto grado, si le heredará, ó no el Fisco, ibi. n. 178. y 180. p. 105. y 107.
Intestados muriendo los hijos naturales, quiénes los heredarán, ibi. n. 181. p. 108.
Inventario, cómo debe hacerlo el heredero para poder sacar la quarta falcidia? c. 1. n. 221. p. 126. y nota.
Inventario, si pueden, ó no hacer los Jueces de los bienes de los que mueren ab intestato, ibi. n. 179. p. 106.
Inventario de los bienes del testador, en qué término debe hacerlo su heredero; y no haciendolo en él, ó haciéndolo mali-

ciosamente, á qué está obligado? c. 1. n. 186. á 188. 111.

J

Joyas, ó preseas, y vestidos hasta en qué cantidad pueda dar el novio á la novia? c. 4. n. 28. p. 256.

Judío, no puede ser albacea, c. 1. n. 250. p. 146.

Judíos, no pueden ser patronos, c. 11. n. 67. p. 57.

Juez, si debe, ó no confirmar el nombramiento de curador hecho por la madre á sus hijos legítimos, ó por el padre á los suyos naturales, c. 1. n. 22. p. 16.

Juez, si podrá sacar quinto de los bienes de los que mueren intestados absolutamente, ibi. n. 179. p. 106.

Juez ordinario del pueblo en que el testador fallece, es competente para abrir su testamento, y cómo ha de abrirlo, ibi. n. 287. al 290. p. 171. á la 173.

Juez, á quién debe mandar se dé traslado, ó testimonio del testamento, ibi. n. 292. p. 173.

Juez, qué debe hacer si el testador prohibe que su testamento, ó parte de él se abra hasta cierto tiempo, ó que se dé copia de alguna de sus cláusulas, ibi. n. 293. p. 174.

Juez, si podrá compeler de oficio al usurero á que restituya las usuras? c. 7. n. 37. al fin, p. 19.

Juez ordinario, quándo podrá conocer de las execuciones á pedimento de criados, artesanos, y otros, aunque los deudores gocen de fuero? ibi. n. 78. al fin, p. 40.

Juez inferior no puede habilitar á los menores para administrar su hacienda, ibi. n 94. p. 57.

Juez, en qué caso puede conceder licencia á la muger casada para contratar, y parecer en juicio, ibi. n. 110. p. 66.

Juez para visitar escribanos, tomar cuentas de própios, y otras comisiones, qué fianza debe dar, ibi. n. 146. p. 95.

Juez, quándo puede dar licencia al dueño de obra denunciada para su prosecucion, y baxo de qué fianza, ibi. n. 169. p. 110.

Juez, qué debe hacer quando el censualista de censo vitalicio á dinero pretende redencion de su censo en el concurso hecho por el censuario, c. 8. n. 59. al fin remisive, p. 219.

Juez, si podrá, ó no comprar, ó vender algo en el pueblo en que lo es, y retraer la finca vendida por su consanguineo, c. 10. n. 4. p. 365. y nota.

Juez eclesiástico que usurpa la jurisdiccion real, en qué pena incurre, ibi. n. 67. p. 404.

Juez árbitro, y arbitrador, quál se llama, y cómo debe proceder en el negocio, c. 13. n. 3. p. 211.

Juez árbitro, y arbitrador, quién puede, ó no serlo, ibi. n. 4.

Juez árbitro, si puede, ó no ser apremiado á aceptar su encargo, ibi. n. 6. p. 212.

Juez árbitro, quándo puede, ó no ser compelido á la determinacion del negocio, y por quién, ibi. n. 6. y 7.

Juez ordinario, si puede, ó no prohibir á los árbitros que entiendan en el negocio, ibi. n. 8.

Jueces árbitros, y el tercero en discordia, qué han de jurar quando aceptan su encargo, y en qué dias no pueden proceder en el negocio, ibi. n. 9. p. 213.
Jueces árbitros, dónde, y dentro de qué término han de determinar el negocio, y si están, ó no obligados á admitir la prorrogacion de aquel, ibi. n. 10.
Jueces árbitros, en qué pena incurren si dexan pasar dolosamente el término, ó sentencian maliciosamente: y por qué causas pueden ser recusados, y ante quién, ibi. n. 11. y 12. p. 214.
Jueces árbitros, falleciendo uno de ellos, ó una de las partes, ó siendo deportado, si podrán, ó no los otros decidir el negocio, ibi. n 13.
Jueces árbitros, si pueden, ó no prefinir término, é imponer pena á los litigantes para que cumplan su sentencia, ibi. n. 17. p. 216.
Juglares, ó representantes de profesion, por qué ascendientes pueden ser exheredados, c. 1. n 139. p. 90. y nota.
Juramento hecho por el testador en el *artículo* de la muerte, á quién perjudicará, ó no? c. 1. n. 40. p. 29.
Juramento de no pedir de malicia la apertura del testamento debe hacer el que la pretende, ibi. n. 288. p. 172.
Juramento aunque se interponga en la donacion inmensa, es nula, c. 5. n. 8. p. 302.
Juramento si se interpone en la donacion entre vivos de no revocarla, será irrevocable, ibi. n. 25. y 26. p. 313. y 314.
Juramento qué contrato hace, ó no firme? ibi. n. 42. al fin, p. 410. c. 10. n. 50. p. 394. y c. 6. n. 32. p. 382.
Juramento quál debe hacer el deudor en la escritura de préstamo? c. 7. n. 22. p. 11.
Juramento puede interponerse en el compromiso, c. 13. n. 18. al fin, p. 216.
Juramento, qué personas, y en qué contratos lo pueden interponer, ibi. n. 28. p. 220. y c. 19. n. 21. p. 440.
Juramento puede interponerse en las renuncias de los novicios, c. 6. n. 29. p. 380.
Juramento debe interponerse en la licencia para testar que se dan los ascendientes, y descendientes, y á fin de que sea válida, ibi. n. 32. p. 382.
Jurisdiccion civil, y criminal qué es, y á quién toca, c. 10. n. 67. p. 404.
Juros, á qué personas no pueden venderse, ibi. n. 61. p. 399.
Justicia, qué debe practicar con los Peregrinos, y Romeros, c. 1. n. 33. p. 24.

L

Labor, en qué se diferencia de la obra, c. 7. n. 165. p. 108.
Labradores, de qué esenciones gozan, ibi. n. 103. 104. p. 62. y tres notas.
Labradores, por quiénes no pueden obligarse como principales, ni fiadores, ibi. n. 124. p. 78.
Labradores si pueden, ó no ser despojados de las tierras que llevan en arrendamiento, y tienen preferencia de tanteo en ellas, c. 9. n. 29. p. 314.

Lana, cómo se ha de vender, y pesar, c. 10. n. 59. p. 399.
Lasto qué es, c. 14. n. 44. p. 252.
Lasto, cómo ha de dar el acreedor al deudor, y qué cláusulas no deben ponerse en él, ibi. n. 45. y 46.
Lasto cómo se entiende, ibi. n. 56. y 57. p. 274. y 275.
Laudemio qué es? c. 8. n. 14. p. 191.
Lecho quotidiano á quiénes toca? c. 3. n. 7. p. 241.
Legado, de qué cantidad han de hacerse las mandas forzosas, y á los Reales Hospitales de ésta Corte, c. 1. n. 37. p. 28.
Legado, ó manda qué es, y quién puede hacerlo, y ser legatario, ibi. n. 192. p. 113.
Legado de quántas maneras es; en quáles adquiere, ó no dominio el legatario, y si tiene derecho á sus frutos; y si se mueve pleyto sobre la cosa legada, quién debe pagar los gastos? ibi. n. 193.
Legado, de qué bienes puede hacer el testador? ibi. n. 194. y 195. p. 115.
Legado haciendo el testador de cantidad determinada, que cree tener en parte cierta, si se encuentra mas, ó menos, á qué está obligado su heredero, ibi. n. 196.
Legado y si lo hace de su plata, oro, vestidos, &c. sin mas expresion, cómo se entiende, ibi. n. 197. p. 116.
Legado haciendo el testador de cierta cosa con condicion de que el legatario la perciba, si quisiere, ó quando su heredero quiera, á qué está obligado éste, ibi. n. 198.
Legado de una cosa si se hace á dos, ó mas personas junta, ó apartadamente, cómo han de partirla, ibi. n. 199.
Legado haciendo el testador á uno de dos cosas la que quiere elegir: ó á dos una, diciendo que elijan la que quieran, qué han de hacer, ibi. n. 200.
Legado de una misma cosa haciendo dos testadores á uno, si podrá percibirla de ámbos el legatario; y si lo hace el testador muchas veces en un testamento á qué está obligado su heredero, ibi. n. 201. 117. y nota.
Legado hecho á hombre muerto, ó deportado, no vale, ibi. n. 204. p. 118.
Legado, de qué cosas no puede hacer el testador, ibi. n. 205. y 206.
Legados para que sean válidos, en dónde ha de hacerlos el testador, y si puede ó no dexarlos á arbitrio de tercero? ibi. n. 207. y 240. p. 119. y 137.
Legados, cómo puede hacerlos el testador, ibi. n. 209. al 221. p. 121. á la 125.
Legados contra derecho y buenas costumbres no valen, ibi. n. 222. y 223. p. 125. y 126.
Legados si puede ó no revocar el testador; y quándo se entienden revocados, aunque no los revoque, ibi. n. 224.
Legados hechos en testamento, valen, aunque éste se rompa por pretericion ó exheredacion, ibi. n. 225.
Legados no cabiendo en el quinto, cómo se han de deducir, ibi. n. 125. p. 84.
Legados para redimir cautivos,

quién debe percibirlo? ibi. n. 255. p. 151.
Legados, Misas, y gastos funerarios de dónde, y cómo deben deducirse? ibi. n. 57. 125. 132. y 133. p. 43. 84. 87. y 88.
Legados hechos á los testamentarios cómo los han de dividir? ibi. n. 255. p. 151.
Legados, por qué causas pueden perderlos los Legatarios, ibi. n. 146. p. 93.
Legados, si los pierden los que teniendo en su poder el testamento cerrado, no lo manifiestan á la Justicia dentro de un mes siguiente al fallecimiento del testador, ibi. n. 287. p. 171.
Legados hechos á Iglesia, Monasterio ó Lugar pio quándo se revocarán y resolverán, ó no? c. 5. n. 32. p. 318.
Legatario, quién puede ó no serlo, c. 1. n. 192. p. 113.
Legatario, en qué legados adquiere dominio; si podrá usar de eviccion quitándosele en juicio: si le pertenecen ó no sus frutos; y habiéndolos pendientes en las cosas legadas, si se entienden ó no legados tambien? ibi. n. 193.
Legatario, siendo dos ó mas cómo han de partir la alhaja que el testador les legó junta ó apartadamente, ibi. n. 199. p. 116.
Legatario, qué ha de hacer quando el testador le lega de dos cosas la que quiera elegir, ó dexa la eleccion á arbitrio de tercero; ó á dos una de sus alhajas para que elijan la que quieran, y discordan en la eleccion, ibi. n. 200.
Legatario, qué debe hacer quando dos testadores le legan una misma cosa, ibi. n. 201. p. 117.
Legatario, quándo adquiere ó no derecho á los legados? ibi. n. 193. 209. al 222. p. 113. 121. á la 125.
Legatario muriendo antes que el testador, si sus herederos tendrán ó no derecho al legado, ibi. n. 131. al fin, p. 87.
Legatario del tercio, si deberá ó no pagar los gastos del entierro, misas y legados que hizo el testador, ibi. n. 68 y 69. p. 51.
Legatario puede ser el condenado á servir perpetuamente en las minas y labores del Rey, ibi. n. 154. p. 97.
Legatario, por qué causas puede perder los legados? ibi. n. 146. p. 93.
Legatario puede ser testigo en los testamentos, ibi. n. 17. p. 11.
Legatario y donatario no están obligados á pasar por el arrendamiento que hizo su causante, c. 9. n. 27. p. 313.
Legatarios, en qué tiempo no pueden pedir sus legados? c. 1. n. 189. p. 112.
Legatario del quinto, ó de otra quota, si tendrá ó no derecho á tantear la finca patrimonial ó abolenga que el heredero quiere vender, c. 10. n. 147. p. 444.
Legítima, si puede ó no ser consignada por el testador, c. 1. n. 37. p. 27.
Legítima de los descendientes quál es, c. 1. n. 118. p. 80.
Legítima no puede ser gravada ni condicionada, ibi. n. 54. p. 41.
Legítima de los ascendientes y descendientes qué deuda es? ibi. n. 68. p. 51.
Legítima, quándo se hace la hija

natural, c. 15. n. 15. p. 290.
Legitimacion, qué es, y en qué se diferencia de la dispensacion, ibi. n. 7 p. 288.
Legitimacion, no perjudica á los descendientes legítimos; ni los legitimados por serlo gozan de hidalguía, ibi. n. 9.
Legitimados, quándo quedan todos los hijos naturales procreados en una muger? ibi. n. 14. p. 290.
Legitimar, quiénes, y á quién pueden, ibi. n. 8. 10. y 11. al 13 p. 288. 289. y 290.
Legítimos, y forzosos herederos, q ales son, c. 1. n. 52. 53. y 62. p. 40. 41. y 46.
Legítimos descendientes para poder heredar á sus ascendientes, qué circunstancias se requieren, ibi. n. 56. p. 42.
Legítimos descendientes, á qué bienes del testador tienen derecho, ibi. n. 57. p. 43.
Legítimos descendientes, á quáles lo tienen de los de sus descendientes, ibi. n. 65. p. 48.
Legítimos descendientes, por qué causas pueden ser exheredados, ibi. n. 136. al 145. p. 89. á la 92.
Legítimos descendientes, por quáles pueden serlo, ibi. n. 145. p. 92.
Legítimos descendientes, siendo exheredados, quiénes pueden ser instituidos? ibi. n. 147. p. 93.
Legítimos herederos, quáles lo son *ab intestato*, y qué deben heredar de los bienes del difunto, ibi. n. 170. á la 178. p. 101. á 105.
Legos Patronos, quánto tiempo tienen para presentar el beneficio eclesiástico, y si podrán variar la presentacion que hicieron? c. 11. n. 62. y 63. p. 53. y 54.
Legua legal, quántos pasos tiene, c. 7. n. 85. p. 44.
Leguas, cómo se deben entender, y juzgar en los pleytos? c. 19. n. 36. p. 447.
Lesion en las dotes apreciadas si podrá, ó no deshacerse? c. 4. n 19. al medio, p. 251.
Lesion en mas, ó menos de la mitad del justo precio, quándo rescinde la venta? c. 10. n. 21. 22. y 23. p. 373. y 374.
Lesion enormisima, rescinde las transacciones, c. 13. n. 27. p. 220.
Letras de cambio, y recambio que van fuera de estos Reynos, ó vienen de fuera de ellos, cómo se ha de probar que fueron á las Plazas á donde se libraron, y que en éstas andaban á los precios en ellas declarados, c. 7. n. 41. p. 22.
Letras de cambio, quáles son, c. 18. n. 7. y 8. p. 354. y nota.
Letras de cambio, quando se dice venir pagaderas, ibi. n. 11. p. 356.
Letras de cambio véase Apéndice.
Leyes que prescriben por forma alguna solemnidad para la validacion de los actos humanos, no deben renunciarse, c. 5. n. 10. p. 304.
Leyes, por qué causas cesan? c. 7. n. 82. al fin, p. 42.
Leyes del derecho comun, no tienen fuerza de tales en España? ibi. n. 116. p. 71.
Leyes, quiénes deben sabellas, ibi.

n. 119. al medio, p. 74.

Libertad, qué es, c. 1. n. 202. p. 117.
Libertad puede dar qualquiera Señor á sus siervos en el testamento, ibi. n. 203. p. 117.
Libertad de esclavo, dada en testamento vale, ibi. n. 225. p. 126.
Libertad, por qué causas se pierde, c. 10. n. 65. p. 403.
Libertad de esclavo, cómo se extiende, ibi. n. final. p. 475.
Licencia para testar del tercio de sus bienes, vincularlo, gravarlo, y consignarlo, no necesitan los descendientes de sus ascendientes, c. 1. n. 22. 65. y 75. p. 16. 48. y 55. y c. 11. n. 21. p. 17.
Licencia para testar, si deberá, ó no preceder al testamento? c. 1. n. 34. p. 24.
Licencia del Rey necesitan los eclesiásticos, é Iglesias para adquirir, y retener bienes raíces, c. 1. n. 156. p. 97. y c. 10. n. 5. p. 365.
Licencia de padre á hijo para casarse no necesita darse ante la Justicia; c. 4. n. 47. al fin, p. 269.
Licencia de padre á hijo para casarse extendida, ibi. n. 65. p. 296.
Licencia de sus padres necesitan los hijos de familia para contraer, c. 7. n. 12. pag. 6.
Licencia, de quién la necesitan los menores para celebrar contratos, ibi. n. 92. y 93. p. 53. y 54.
Licencia, y habilitacion no pueden conceder los Jueces inferiores á los menores para administrar su hacienda, ibi. n. 94. p. 57.
Licencia de su Obispo, para qué la necesita el Clérigo? ibi n. 99. p. 60.
Licencia marital, para qué la necesita la muger casada, ó no, ibi. n. 109. p. 65. y n. 111. p. 67.
Licencia, quándo, y de quién la necesitan los que introducen los recursos de injusticia notoria? ibi. n. 148. p. 96.
Licencia del Juez que prohibió la obra nueva, necesita su dueño para proseguir en ella, ibi. n. 169. p. 110.
Licencia del Señor del directo dominio, si necesita, ó no el emphiteuta para vender, ó empeñar la alhaja emphitéutica, c. 8. n. 11. p. 189.
Licencia del Juez eclesiástico, y de la Cámara necesitan los poseedores de Capellanías, y Mayorazgos para amortizar los censos perpetuos que les pertenecen, ibi. n. 15. p. 192.
Licencia para vender alhajas emfitéuticas extendidas, ibi. n. 71. y 72. p. 237. y 238.
Licencia del Rey, es necesaria para vender los juros, c. 10. n. 61. p. 399.
Licencia Apostólica, no es necesaria para vender las cosas eclesiásticas, ibi. n 102. p. 423.
Licencia, y tratados del Cabildo deben insertarse en la escritura de enagenacion de bienes eclesiásticos, ibi. n. 104. p. 424.
Licencia, ó facultad para fundar mayorazgo, no espira por la muerte del Rey que la concedió, c. 11. n. 15. p. 14.

Licencia del marido, si necesita, ó no la muger casada para fundar mayorazgo, ibi. n. 20. p. 17.
Licencia del Rey necesita la muger para prohijar, c. 15. n. 3. p. 286.
Licencia del Rey es necesaria para ser prohijado el menor, ibi. n. 4.
Licencia del Consejo necesita el padre para emancipar á su hijo, ibi. n. 24. p. 294.
Licencia del Ordinario necesitan los Novicios para renunciar sus legítimas, y futuras sucesiones, c. 6. n. 26. p. 379.
Licencia de los ascendientes necesitan sus descendientes para renunciar todos sus bienes á favor de otros, ibi. n. 32. p. 382.
Licencia de padre á hijo para testar extendida, c. 1. n. 324. p. 201.
Licencia de los Religiosos, qué requisitos debe tener para hacer fé, c. 19. n. 5. al fin, p. 426.
Límites, ó mojones, quáles son, y en qué pena incurre quien los muda, ó quita, c. 10. n. 79. p. 409. y nota.
Linea transversal, no concurre con la recta á la sucesion ab intestato, c. 1. n. 172. p. 102.
Linea, qué es, c. 11. n. 24. p. 20.
Lineas, quántas son, n. 25. p. 21.
Lineas transversales, de quántas maneras son, y cómo se cuentan en ellas los grados de parentesco, ibi. n. 28. p. 22.
Lineas esenciales de los mayorazgos, cómo se llaman, ibi. n. 34. y 35. p. 30. y 31.
Litigante, puede nombrar Jueces compromisarios, y prorrogarles el término, ó darles poder para que ellos se lo prorroguen, c. 13. n. 1. y 10. p. 210. y 213.
Litigante agraviado, si podrá, ó no interponer apelacion de la sentencia de los arbitrios, y pedir reduccion, y nulidad de la de los arbitradores? ibi. n. 14. p. 214.
Litigante agraviado de la sentencia de los Jueces compromisarios, por qué causas no incurre en pena, aunque no la cumpla, ibi. n. 16. p. 215.
Litigantes si deben, ó no imponerse pena convencional en el compromiso. ibi. n. 18. p. 216.
Llamamiento regular, cómo se hace, c. 11. n. 36. p. 32.
Llamamiento de rigorosa agnacion cómo se ordena, ibi. n. 38. p. 35.
Llamamiento de simple masculinidad, ibi. n. 39. p. 36.

Locador, qué obligaciones tiene para con el conductor, c. 9. n. 7. al 9. p. 304. y 305.
Locador, y conductor, deben observar los pactos que hagan en el arrendamiento, ibi. n. 19. p. 309.
Locador, por qué causas no está obligado á remitir al Conductor parte del precio del arrendamiento, ibi. n. 22. p. 311.
Locador, si no tiene pleno dominio, y administracion en lo que arrienda, no está obligado su sucesor á pasar por el arrendamiento que hizo, ibi. n. 27. p. 313.
Locador, si podrá quitar la alhaja locada al Conductor, y este tendrá preferencia de tanteo en

las tierras locadas, ibi. n. 29. p. 314.
Locador, por qué causas puede despojar al Conductor de la alhaja locada, ibi. n. 30. y 31. p. 315. y 316.
Locar, ó arrendar, qué es, c. 9. n. 1. p. 302.
Loco, si podrá, ó no testar? c. 1. n. 23. y 279. p. 17. y 165.
Loco, no puede ser albacea, ibi. n. 250. p. 146.
Loco, no puede ser testigo en los testamentos, y últimas voluntades, ibi. n. 16. p. 11.
Loco, no puede hacer donacion en sanidad, c. 5. n. 14. p. 307.
Loco, no puede tratar, ni contratar, c. 7. n. 3. p. 2.
Loco, no puede hacer compañía, c. 12. n. 3. p. 185.
Loco, no puede ser apoderado, c. 14. n. 8. p. 232.

M

Madre, si podrá, ó no dar Tutor á sus hijos, c. 1. n. 22. p. 16.
Madre, puede mejorar á sus hijos, y legítimos descendientes por última disposicion, ibi. n. 113. y 114. p. 76. y 78.
Madre casada, si podrá, ó no mejorar á sus hijos por contrato en sanidad, ibi. n. 120. y 121. p. 81. y 86.
Madre, está obligada á alimentar á todos sus hijos, ibi. n. 82. p. 58. n. 31. p. 297.
Madre, si podrá ser excluida la sucesion de los bienes de sus hijos por la substitucion pupilar, ibi. n. 99. p. 69.
Madre, á qué hijos puede substituir exemplarmente? ibi. n. 101. al 103. p. 71. y 72.
Madre del Pupilo substituido compendiosamente, qué llevará de sus bienes, ibi. n. 105. y 106. p. 73.
Madre que se casa dos, ó mas veces, qué debe, ó no reservar á los hijos de sus respectivos maridos, c. 3. n. 1. al 4. p. 237. á 239.
Madre, qué pierde por casarse segunda vez? c. 1. n. 271. p. 161.
Madre, si podrá, ó no ser compelida á dotar á su hija, c. 4. n. 15. p. 247.
Madre, quánto tiempo debe criar á sus hijos, c. 15. n. 30. p. 297.
Maestros de primeras letras, de qué exênciones gozan, c. 7. n. 101. p. 61.
Maestros, cómo deben enseñar á sus discípulos, c. 15. n. 32. p. 298.
Mancomunidad, en qué conviene, y se diferencia de la fianza, y cómo pueden ser reconvenidos los mancomunados, c. 7. n. 152. al 155. p. 100. á la 103.
Marido, y muger, si podrán revocar la mejora, que de conformidad hicieron á sus descendientes, c. 1. n. 134. p. 88.
Marido, y muger si se heredarán, ó no, muriendo intestados sin parientes hasta el décimo grado? ibi. n. 178. p. 105.
Marido viudo, y pobre, si tendrá, ó no derecho á la quarta parte de los bienes de su muger? ibi. n. 183. p. 109.
Marido, si puede, ó no enagenar los bienes gananciales sin licencia de su muger, c. 2. n. 10. p. 234.
Marido, y muger, si se legan algo, ó casan algun hijo de am-

bos, de donde se ha de deducir, ibi. n. 9 p. 233.
Marido, si vuelve á casarse, qué debe, ó no reservar á los hijos de su anterior matrimonio? c. 3. n. 4. p. 239.
Marido, y muger que se vuelven á casar, qué deben restituir á los herederos del superstite? ibi. n. 7. p 241.
Marido, quándo puede hacer donacion propter nuptias á su muger? c. 4. n. 3. p. 243.
Marido, si puede, ó no enagenar, y gravar los bienes dotales, y le toca, ó á su muger su incremento, ó decremento, ibi. n. 7. al 9. p. 244. y 245.
Marido, si estará, ó no obligado á restituir la dote, ibi. n. 19. p. 251.
Marido, por qué causas gana la dote que su muger llevó al matrimonio, y ésta la donacion que aquel la hizo? ibi. n. 21. p. 253.
Marido, y muger, si podrán pactar al tiempo de casarse, que si uno de ellos fallece sin hijos, lleve el otro la donacion que le hizo, y los gananciales? ibi. n. 22.
Marido, para ganar los frutos de la dote, qué circunstancias han de concurrir? ibi. 23. p. 254.
Marido, si podrá, ó no enagenar las arras que dió á su muger, ibi. n. 32. p. 261.
Marido, cómo debe restituir la dote; y si deberá, ó no restituir los bienes dotales, que se mandaron quemar, por haber muerto etica su muger? ibi. n. 35. p. 263.
Marido, si mejoró los bienes dotales, quándo podrá retenerlos hasta reintegrarse? ibi. n. 36.
Marido, quándo debe restituir los bienes dotales muebles, y raices, ibi. n. 37. p. 264.
Marido pobre, en quánto puede ser reconvenido por los herederos de su muger sobre la restitucion de la dote? ibi. n. 38. p 265.
Marido, puede imponerse pena sobre la restitucion de la dote, ibi. n. 40.
Marido, y muger si pueden, ó no hacerse donacion constante matrimonio? c. 5. n. 21. al 23. p. 311. á 312.
Marido, para qué cosas puede conceder licencia á su muger, c. 7. n. 110 p. 66.
Marido, no puede ser Curador de su muger menor, ibi. n. 112. p. 68.
Marido, si vende sus bienes, conviene que su muger concurra á la venta para mayor seguridad del comprador, ibi. n. 421. p. 76.
Marido, no está obligado á afianzar la dote de su muger; pero puede recibir fianza de que se le entregará, ibi. n. 135. p. 86.
Marido, muger, y parientes, dentro del quarto grado, si podrán defenderse en juicio sin necesidad de poder, ibi. n. 158. p. 104. y c. 14. n. 15. p. 234.
Marido, y muger, si podrán celebrar entre sí el contrato de venta, c. 10. n. 2. al fin, p. 364.
Marido, si podrá apartarse de la acusacion del adulterio de su muger, c. 13. n. 25. p. 219.
Marido, debe perdonar á ambos adulteros, ó á ninguno, c. 16.

n. 6. p. 315.
Mayor de 12, ó 14 años puede testar, c. 1. n. 21. y 22. p. 15. y 16.
Mayor de 12, ó 14 años no puede ser substituido pupilarmente, ibi. n. 92. p. 65.
Mayor de 14 años, quándo puede ser substituido exemplarmente, ibi. n. 101. p. 71.
Mayor de 14 años, si podrá, ó no celebrar contratos, c. 7. n. 92. y 93. p. 53. y 54.
Mayor de 14 años, puede dar poder para desposarse, c. 14. n. 26. p. 240.
Mayorazgo, qué es, y de quántas maneras; quiénes pueden fundarlo, y cómo? c. 11. n. 1. al 22. p. 1. á la 17. y Real Decreto adicionado al fin de dicho c. p. 134.
Mayorazgo, quiénes pueden obtenerlo, y por qué causas perderlo, y confiscarse sus bienes, ibi. n. 43. al 45. p. 38. y 39.
Mayorazgo, si podrá, ó no revocarse; y por qué se hace irrevocable, ibi. n. 46. y 47. p. 40. y 41.
Mayorazgo, cómo se ordena, ibi. n. 78. p. 65.
Mayordomo, puede empeñar las cosas de su amo, c. 7. n. 62. p. 31.
Mayordomo, y demas oficiales de Concejo, de quiénes no pueden ser fiadores? ibi. n. 144. p. 94.

Mejora de tercio, y quinto si podrá ser consignada; y qué se debe hacer quando las alhajas consignadas exceden, ó no alcanzan á completarla? c. 1. n. 115. p. 78.
Mejora, de qué bienes no debe sacarse, ibi. n. 123. p. 82.
Mejora de tercio, y quinto entre descendientes, cómo se ha de deducir, ibi. n. 124. p. 83.
Mejora perfecta hecha entre vivos, no puede ser gravada despues, ni condicionada, ibi. n. 128. p. 85.
Mejora de dos quintos hecha á descendientes vale, ibi. n. 129. y 130. p. 86.
Mejora no puede ser mas que una, ibi. n. 132. al fin.
Mejora, si podrá ser, ó no revocada por los ascendientes; y siendo hecha simplemente, á qué bienes se amplia? ibi. n. 133. p. 88.
Mejora, ó reparos útiles hechos en los bienes dotales no estimados, si el marido podrá repetirlos, y cómo se han de deducir, c. 4. n. 36. p. 263.
Mejora, ó reparos quáles se llaman útiles, necesarios, y voluntarios? c. 10. n. 45. p. 392.
Mejora hecha en las finças del Mayorazgo á quién toca, c. 11. n. 48. p. 41.
Mejoradas, si podrán ser, ó no las hijas, y nietas en contrato en sanidad? c. 1. n. 126. p. 84. y nota, y c. 4. n. 25. p. 254.
Mejorado se entiende el ascendiente, á quién hizo donacion su descendiente, c. 1. n. 122. p. 82.
Mejorado puede repudiar la herencia, y aceptar la mejora, ibi. n. 123.
Mejorado en el tercio quándo debe pagar de él los gastos funerarios, misas, y legados, ibi. n. 131. p. 87.

Mejorado que está apoderado de los bienes del tercio, y quinto, qué gastos debe pagar de este, ibi. p. 132.
Mejorados siendo muchos, cómo han de partir la mejora, ibi.
Mejorar, en qué pueden los ascendientes á sus legítimos descendientes? ibi. n. 113. y 114. p. 76. y 77. Y si podrán, ó no vincular la mejora: véase el Real Decreto adicionado al c. 11. p. 134.
Memoria testamentaria para ser protocolada quando se necesita ó no auto de Juez? c. 1. n. 207. p. 119.
Menor, ó mayor de 12, ó 14 años si podrán, ó no testar estando baxo de la patria potestad, y ser tutores, c. 1. n. 21. y 22. p. 15. y 16.
Menor de 25 años, y mayor de 17. puede ser Albacea, ibi. n. 250. p. 146.
Menor de 14. años no puede ser testigo en las últimas disposiciones, ibi. n. 16. p. 11.
Menor siendo la muger, cómo ha de entregar la dote á su futuro esposo? c. 4. n. 27. p. 255.
Menor de 25. años no puede hacer donacion entre vivos, c. 5. n. 14. p. 307.
Menor de 25. años si podrá ó no prometer y obligarse, c. 7. n. 3. p. 2.
Menor, si podrá ó no ser demandado por lo que se le prestó? ibi. n. 11. p. 6.
Menor que tiene ó no Tutor ó Curador, cómo puede ó no obligarse, ibi. n. 92. y 93. p. 53. y 54.
Menor para administrar su hacienda, qué debe hacer? ibi. n. 94. p. 57.
Menor, á quién y cómo puede fiar, ibi. n. 123. al fin, p. 77.
Menor, si podrá dar liberacion á su Tutor, y valdrá ó no, ibi. n. 164. p. 108.
Menor no puede ser arrendador de Rentas Reales, sino en un caso, c. 9. n. 21. p. 310.
Menor debe pasar por el arrendamiento que en su nombre hizo su Tutor, ibi. n. 26. p. 313.
Menor, si podrá comprar y vender, y siendo lesos reclamar, ó no la venta judicial de sus bienes? c. 10. n. 2. y 5. p. 364. y 365.
Menor si celebra la venta, quándo será ó no válida, ibi. n. 22. 49. y 50. p. 373. y 394.
Menor, qué tiempo tiene para tantear los bienes de Abolengo, ibi. n. 135. p. 437.
Menor, si puede ó no presentar beneficio eclesiástico, y parecer en juicio sobre cosas espirituales sin concurrencia de su Tutor, c. 11. n. 62. p. 53.
Menor, si puede, ó no hacer compañía, c. 12. n. 3. p. 185.
Menor de 25. años puede ser árbitro y arbitrador, c. 13. n. 4. p. 211.
Menor no puede comparecer en juicio; pero sí ser apoderado para cosas extrajudiciales, c. 14. n. 12. p. 233.
Menor, quándo podrá ó no ceder sus acciones sin licencia judicial, ibi. n. 29. p. 242.
Menor, en qué caso puede ser prohijado? c. 15. n. 4. p. 286.
Menor si puede ó no admitir y repudiar herencia? c. 1. n. 48. p. 110.
Menor, cómo ha de hacer la re-

nuncia de sus legítimas y futuras succesiones, c. 6. n. 29. p. 380.
Mercader y Tratantes, qué pueden llevar de interes en sus contratos? c. 7. n. 22. p. 11.
Mercader que se alza con sus bienes, no goza del privilegio de hidalguía, ibi. n. 100. p. 60.
Mercaderias cómo se han de vender, c. 10. n. 62. p. 400. y nota.
Mesta, véase Apéndice.
Miedo injusto que cae en varon constante, anula los contratos, c. 5. n. 42. p. 331. y c. 13. n. 27. p. 220.
Militares, y los que gozan del fuero de guerra, cómo pueden testar, c. 1. n. 19. p. 13.
Militares si pueden, ó no ser presos por deuda? c. 7. n. 101. p. 61.
Ministros del Consejo de Hacienda, y sus mugeres no pueden comprar juros sin licencia del Rey, c. 10. n. 61. p. 399.
Minoracion, ó reduccion de réditos de censo si puede, ó no hacerse, y cómo, c. 8. n. 63. y 76. p. 221. y 257.
Misas, legados, y gastos funerarios, de dónde se han de deducir? c. 1. n. 57. p. 43.
Misas, legados, y gastos funerarios si deben, ó no sacarse del tercio quando los descendientes lo legan á extraño, ibi. n. 66. al 69. p. 49. á la 51.
Mojones, quáles son, y qué pena incurre quien los quita, ó muda, c. 10. n. 79. p. 409.
Monasterio no puede retraer por contemplacion del Religioso los bienes que el consanguineo de este vendió, c. 10. n. 117. p. 430.
Montes no deben talarse, ni venderse, c. 10. n. 75. p. 408. y dos notas.
Mudo, y sordo á nativitate no pueden testar, c. 1. n. 23. al fin, p. 17.
Mudo no puede ser Albacea, ibi. n. 251. p. 147.
Mudo no puede ser testigo en las últimas disposiciones, ibi. n. 16. p. 11.
Mudo no puede ser árbitro, arbitrador, ni Juez ordinario, c. 13. n. 4. p. 211.
Muger casada, qué cosas no puede hacer sin licencia de su marido, c. 1. n. 120. y 121. p. 81. y 82.
Muger puede ser Albacea, c. 1. n. 250. p. 146.
Muger no puede ser testigo en los testamentos, ibi. n. 16. p. 11.
Muger viuda, y pobre tiene derecho á la quarta parte de los bienes que sus hijos heredaron de su padre? ibi. n. 182. p. 109.
Muger casada tiene derecho á los gananciales, c. 2. n. 1. p. 230.
Muger casada que no vive con su marido, no tiene derecho á los gananciales, ibi. n. 2. p. 231.
Muger adultera, ó que se vá contra la voluntad de su marido á casa de hombre sospechoso, qué pierde, ibi. n. 3.
Muger casada no tiene derecho á los gananciales que su marido enagenó sin dolo, constante matrimonio, ibi. 10. p. 234.
Muger viuda que vive deshonestamente, ó al tiempo de casarse renuncia los gananciales, si tendrá derecho á ellos, y podrá, ó

no acusar á su marido de adultero? ibi. n. 5. p. 232.
Muger no tiene derecho á las mejoras que su marido hizo en las fincas de su Mayorazgo, ibi. n. 6. y c. 11. n. 48. p. 41.
Muger viuda si vuelve á casarse, qué bienes debe, ó no reservar á los hijos de su anterior matrimonio, c. 3. n. 1. al 3. p. 237. y 238.
Muger última debe ser preferida por su dote al hijo del anterior matrimonio de su marido, que pretende la herencia de sus hermanos, á quienes su padre heredó ab intestato, ibi. n. 5. y 6 p. 239.
Muger que se casa dentro del año de la viudedad, qué debe restituir á los herederos de su marido? ibi. n. 7. p. 241.
Muger que se casa segunda vez, que pierde? c. 1. n. 271. p. 161.
Muger, quándo puede constituir, y aumentar su dote? c. 4. n. 3. p. 243.
Muger, para recobrar los bienes dotales que su marido le vendió, qué ha de hacer? ibi. n. 7. al fin, p. 244.
Muger, si podrá demandar á su marido la dote? ibi. n. 10. p. 246.
Muger, qué bienes puede llevar al matrimonio, y siendo menor, con qué requisitos los ha de entregar á su futuro esposo, ibi. n. 4. 6. 11. y 17. p. 243. 244. 246. y 248.
Muger, si lleva en dote legado anuuo, usufructo, pension, ó empleo, cómo se ha de constituir de él, la dote, ibi. n. 18. p. 249.
Muger libre, mayor de 25 años que ofrece algo al novio, queda obligada, ibi. n. 20. p. 252.
Muger, puede demandar á su marido las arras que la ofreció, ibi. n. 32. p. 261.
Muger, si al tiempo de partirse los bienes de su primer marido, está casada segunda vez, qué debe haber de las arras que la ofreció? ibi. n. 33. cerca del fin, p. 262.
Muger, qué debe haber disuelto el matrimonio, ibi. n. 34.
Muger viuda, si deberá, ó no percibir alimentos mientras no se la entrega su dote, ibi. n. 37. p. 264.
Muger, cómo ha de otorgar el capital de su marido, ibi. n. 49. p. 270.
Muger, quándo será, ó no preferida por su dote á los acreedores de su marido, ibi. n. 50. al 54. p. 271. á la 275.
Muger casada, puede hacer donacion por causa de muerte, c. 5. n. 39. p. 329.
Muger capáz, y libre de todo dominio puede otorgar contratos por su hecho própio, c. 7. n. 105. y 106. p. 63. y 64.
Muger, quándo puede, ó no ser presa por deuda? ibi. n. 108. p. 65.
Muger casada, quándo puede contraer, y parecer en juicio sin licencia de su marido? ibi. n. 109. y 111. p. 65. y 67.
Muger, si podrá, ó no obligarse de mancomun con su marido, ó como su fiadora? ibi. n. 114. p. 69.
Muger, qué leyes ha de renunciar para quedar obligada, ibi. n.

115. y 116. pág. 70. 71.
Muger casada si contrae por su hecho própio, qué cláusula ha de contener la escritura para que quede obligada, ibi. n. 117. p. 72.
Muger casada que está divorciada, si puede, ó no vender sus bienes sin licencia de su marido, ibi. n. 118. p. 73.
Muger casada, quándo celebra algun contrato por su hecho própio, sin que su marido se obligue en él, si debe, ó no renunciar algunas leyes? ibi. n. 119. p. 74.
Muger, si podrá ser, ó no fiadora, y quedar obligada, ibi. n. 107. y 125. p. 64. y 78.
Muger casada, si quiere acensuar sus bienes, qué debe hacer el Escribano, c. 8. n. 19. p. 195.
Muger casada, debe pasar por el arrendamiento que de sus bienes hizo su marido, c. 9. n. 26. p. 313.
Muger casada, cómo ha de celebrar la venta de sus bienes? c. 10. n. 51. p. 395.
Muger casada, no puede retraer la finca adquirida constante matrimonio, que su marido vendió, ibi. n. 117. al fin, p. 430.
Muger puede ser Patrona, c. 11. n. 62. p. 53.
Muger, puede ser árbitro, y arbitrador, c. 13. n. 4. p. 211.
Muger, puede prohijar en un caso solamente, c. 15. n. 3. p. 286.
Muger, para entrar en Religion, y profesar, qué edad ha de tener, c. 6. n. 24. p. 277.
Mutuante, en qué casos puede llevar mas que la suerte principal sin cometer usura? c. 7. n. 38. 39. y 40. p. 20. y 21.
Mutuo, qué es, y á qué está obligado el mutuario, ibi. n. 8. p. 4.
Mutuo, en qué conviene, y se diferencia del conmodato, ibi. n. 9. p. 5.
Mutuo, qué fuerza tiene, ibi. n. 14. p. 8.

N

Nacido de dañado ayuntamiento, no puede heredar á sus padres, c. 1. n. 154. p. 97.
Nietas, si pueden, ó no ser mejoradas en contrato entre vivos, c. 4. n. 25. al fin, p 254.
Nietos, en qué pueden ser mejorados por sus abuelos, c. 1. n. 113. p. 76.
Nietos que nada heredaron de sus padres, si deben, ó no colacionar con sus tios lo que sus abuelos dieron á sus padres en cuenta de sus legítimas, ibi. n. 61. p. 46.
Nobles, quáles se llaman, y de qué preeminencias gozan, c. 7. n. 100. p. 60.
Novia mayor de 25 años que no tiene hijos, en quanto puede dotar al novio, c. 4. n. 20. p. 252.
Novia que tiene sucesion legítima, en qué puede dotar al novio? véase la prevencion segunda puesta al fin de la nota que está á continuacion de la escritura de capital, en el c. 4. n. 61. p. 289.
Novicios, cómo han de hacer sus renuncias, ya tengan, ó no legítimos herederos, c. 6. n. 20. y 21. p. 365. á la 371.: dentro de qué tiempo; y qué pueden disponer en ella? ibi. n. 26. al 30. p. 379. á la 381.

Novio, quándo estará, ó no obligado á restituir los frutos percibidos de la pension, legado, ó usufructo que la novia llevó en dote? c. 4. 18. p. 249.
Novio, si estará, ó no obligado á dotar á la novia: y qué puede ofrecerla en arras, ó darla en joyas, y vestidos, ibi. n. 27. y 28. p. 255. y 256.
Novio pobre, si podrá, ó no ofrecer arras á la novia? ibi. n. 29. p. 257.
Novio menor de 25 años, qué bienes puede donar á la novia? ibi. n. 30. p. 258.
Novio viudo que tiene legítimos descendientes, quánto puede ofrecer á la novia en arras, ó darla en joyas, y vestidos, ibi. n. 31. p. 259.
Novio, no puede ser reconvenido judicialmente por los géneros que el mercader le dió fiados para casarse, c. 7. n. 80. al 82. p. 41. y 42.

O

Obispos, de qué bienes pueden testar, c. 1. n. 32. p. 23.
Obispos, á quiénes pueden compeler al cumplimiento de lo que el testado dispuso, ibi. n. 253. p. 150.
Obligacion del hijo qué está en poder de su padre, otorgada sin licencia de éste, si valdrá, ó no? c. 7. n. 12. p. 6.
Obligacion de dar mejorada la cosa que se fió, ó prestó, es usuraria, ibi. n. 21. p. 11.
Obligacion del préstamo, qué juramento ha de contener para hacer fé, ibi. n. 22.
Obligacion de satisfacer lo que se perdió en el juego, es nula, ibi. n. 80. p. 41.
Obligacion del novio á pagar las mercaderías que para casarse se le fiaron, es nula, ibi. n. 80. al 82.
Obligacion de dar, ó hacer alguna cosa, qué requisitos ha de contener para ser executiva? ibi. n. 83. al 88. p. 43. á la 48.
Obligacion en qué interviene especial hipoteca, qué cláusula ha de contener, ibi. n. 89. p. 50.
Obligacion de vivir en lugar de Señorío, no vale, c. 10. n. 78. p. 409.
Obra, en qué se diferencia de la labor, c. 7. n. 165. p. 108.
Obra, quál se llama nueva, y quiénes pueden impedirla? ibi. n. 166. p. 109.
Obras nuevas que executan los oficiales menestrales, quánto tiempo deben durar sin arruinarse, ibi. n. 170. p. 111.
Oficiales mecánicos que tienen tiendas comestibles, dentro de qué tiempo deben pedir lo que fian? c. 7. n. 79. p. 41.
Oficiales, quáles se llaman menestrales, y si sus oficios son, ó no honrados, ibi. n. 165. p. 108.
Oficiales menestrales; no pueden alegar lesion en las obras que toman á destajo, ibi. n. 170. al fin, p. 111.
Oficio de testamentario, por qué causas espira, c. 1. n. 257. al fin, p. 153.
Oficios de Contaduría no pueden ser arrendados, c. 9. n. 4. p. 303.
Oficios públicos de jurisdiccion, y los de Escribanos no deben ser arrendados, ibi. n. 5.

Oficios, quáles no deben venderse? c. 10. n. 11. p. 368. y nota.
Oficios públicos son del Rey, c. 17. n. 1. p. 330. y dos notas.
Oficios públicos enagenados, si para servirlos basta ó no el nombramiento del dueño; y qué debe hacer y pagar el sirviente? ibi. n. 1. al 3. p. 330. y 331. y dos notas.
Oficios públicos, dados en administracion por el Rey, no pasan de la vida del nombrado para usarlos, ibi. n. 4. p. 332.
Oficios públicos, si se conceden por juro de heredad, qué debe hacer el dueño, ó sirviente para exercerlos, ibi. n. 5. y nota.
Oficios públicos, concedidos por juro de heredad con calidad de renunciarse, para que no recaigan en el Fisco, qué circunstancias se requieren, ibi. n. 6. p. 333. y nota.
Oficios de Escribano y Receptor de las Audiencias, con qué calidad pueden renunciarse, ibi. al fin.

Otorgamiento ó publicacion del testamento nuncupativo, de quántas maneras puede hacerse, c. 1. n. 4. p. 2. y dos notas, y cómo se hace? ibi. n. 12. p. 8. y nota.
Otorgamiento de testamento cerrado, cómo debe hacerse, ibi. n. 8. 9. 10 y 11. p. 5. á 7.
Otorgamiento de testamento cerrado, y diligencias de su apertura extendidas, ibi. 306. al 312. p. 185. á 188.
Otorgamiento de codicilo cerrado, ibi. n. 318. p. 194.

P.

Pacto que haga el padre con su hija, ó yerno de no mejorar, á los demás hijos, si será, ó no válido? c. 1. n. 126. p. 84.
Pacto, concierto, ni transacion debe hacerse sobre el contexto del testamento cerrado hasta que se abra, ibi. n. 292. p. 173.
Pactos, impuestos en la dote debe observarse, c. 4. n. 16. p. 248.
Pacto hecho entre marido y muger quando se casan, que muriendo sin herederos forzosos alguno de los dos, ha de llevar el superstite la donacion ó arras que el difunto le dió ú ofreció, debe observarse, ibi. n. 22. p. 253.
Pacto de sucederse recíprocamente está reprobado, c. 5. n. 33. p. 325.
Pacto *de gozar y gozar* está prohibido, c. 7. n. 23. p. 12.
Pacto *commisorio* en el contrato de mutuo pignoraticio, quándo será ó no válido, ibi. n. 30. y 31. p. 17.
Pacto de no enagenar, cómo se ordena? ibi. n. 89. p. 50.
Pacto contra la substancia ó naturaleza del contrato quál es, y si lo vicia ó no, c. 8. n. 25. p. 198
Pacto *de retrovendendo*, cómo se ordena: qué término se ha de prefinir para restituir la alhaja vendida con él; y en qué caso el comprador no debe percibir los frutos de ella, c. 10. n. 26. y 27. p. 375. y 377.
Pacto *commisorio* en el contrato de venta, cómo se ordena, ibi.

n. 28. p. 379.
Pacto de *adiccion*, *ó señalamiento de dia*, cómo se ordena, ibi. n. 30. y 31. p. 380. y 381.
Pacto de no enagenar, quándo será ó no válido en los contratos y testamentos? ibi. n. 32. al 34. p. 381. á 384.
Pactos y condiciones de la Compañía deben ser lícitos, c. 12. n. 5. p. 186.
Pactos *de no suceder*, y *de conservar la futura sucesion*, si serán ó no válidos? c. 6. n. 31. y 32. p. 382.
Padre, en dónde puede dar tutor á sus hijos? c. 1. n. 22. p. 16.
Padre, en qué puede mejorar á sus hijos y descendientes legítimos, ibi. n. 113. á 116. p. 76. á la 79.
Padre, en qué bienes puede substituir pupilarmente á sus hijos impúberes? ibi. n. 89. y 96. p. 63. y 67.
Padre adoptivo, en quáles puede ó no substituir á su hijo? ibi. n. 97. p. 68.
Padre, si por la substitucion pupilar podrá privar á la madre de la sucesion de los bienes del pupilo, ibi. n. 99. p. 69. y nota.
Padre, á qué hijos puede substituir exemplarmente? ibi. n. 101. al 103. p. 71. y 72.
Padre, puede substituir compendiosamente á sus hijos, ibi. n. 105. p. 73.
Padre, debe heredar á sus hijos que murieron intestados sin sucesion, y no los abuelos, ibi. n. 171. p. 101.
Padre, puede ser compelido á dotar á su hija, c. 4. n. 15. p. 247.
Padre, no puede mejorar á sus hijas en contrato entre vivos por razon de dote ni casamiento, c. 1. n. 126. p. 84. y c. 4. n. 25. p. 254.
Padre, por qué causas puede revocar la donacion que hace á sus hijos, c. 5. n. 24. p. 313.
Padre, no queda obligado al contrato que sin su licencia celebró su hijo estando en su poder, c. 7. n. 12. p. 6.
Padre, enagenando los bienes maternos de su hijo, si podrá éste recobrarlos del comprador? ibi. n. 160. p. 106.
Padre, si tiene herederos legítimos, no debe dar todo su caudal á censo vitalicio, c. 8. n. 58. al fin, p. 218.
Padre, si tiene hijos y nietos, á quién ha de llamar al goce del Mayorazgo que funda, c. 11. n. 19. p. 16.
Padre que tiene á su hijo en poder de alguno contra su voluntad, cómo debe demandarlo, c. 14. n. 7. p. 232.
Padre, cómo puede legitimar á sus hijos naturales, c. 15. n. 11. al 13. p. 289 y 290.
Padre que tiene muchos hijos en una manceba, si reconoce á uno, quedan reconocidos por este hecho los demás, ibi. n. 14. p. 290.
Padre, sobre qué hijos tiene patria potestad? ibi. n. 16.
Padre, si se hace, ó no dueño de los bienes de los hijos que están en su poder, ibi. n. 18. y 19. p. 291. y 292.
Padre, si podrá empeñar á su hijo? ibi. n. 20. p. 292.
Padre que tiene vivos seis hijos varones? de qué exenciones go-

za? ibi. n. 23. al fin, p. 293. y nota.
Padre, qué ha de hacer para emancipar á su hijo, ibi. n. 24. p. 294.
Padre, qué puede reservar para sí de los bienes adventicios del hijo que emancipa, ibi. n. 25. p. 295.
Padre, por qué causa puede ser compelido á emancipar á su hijo, ibi. n. 26. p. 296.
Padre, á qué hijos está obligado á dar alimentos, ibi. n. 29. al 31. p. 297.
Padre, qué puede hacer de sus hijos? ibi. n. 32. p. 298.
Padre, é hijo, qué contratos pueden celebrar entre sí, c. 15. n. 17. al fin, p. 291. y c. 6. n. 31. p. 382.
Paga, qué es, c. 7. n. 161. p. 106.
Pagar en vellon mas que 300. reales está prohibido, ibi. n. 29. p. 17.
Pagar, cómo debe el deudor á su acreedor? ibi. n. 162. p. 106.
Palabras, cómo se deben entender, c. 1. n. 174. p. 102.
Palabras mayores, quáles son, y en qué pena incurre el que las dice, c. 16. n. 4. p. 315.
Papa, para qué cosas puede legitimar los hijos naturales? c. 15. n. 10. p. 289.
Papel hecho en el sellado correspondiente á la calidad, y cantidad del contrato, á qué créditos es preferido? Véase la nota del c. 18. §. fin. p. 363. al fin.
Papel sellado, quál corresponde á los testamentos, y contratos. Véanse las notas sobre el puestas á continuacion de cada cap.
Parentesco, de quántas maneras es, c. 1. n. 169. p. 100.
Parentesco, quál se llama *geminado*, c. 11. n. 33. p. 27.
Parientes transversales del que murió intestado, hasta qué grado le sucederán en sus bienes, c. 1. n. 177. y 180. p. 105. y 107.
Parientes del pupilo que queda sin tutor, y muere intestado, quándo pierden el derecho á heredarle? ibi. n. 271. al fin, p. 161.
Parientes dentro del quarto grado, á quién son preferidos por el tanto en la venta, y dacion en pago de bienes patrimoniales? c. 10. n. 119. al 136. p. 431. á la 438.
Patria potestad, de qué causas puede provenir, c. 15. n. 17. p. 291.
Patria potestad, por quáles espira, ibi. n. 21. al 24. p. 293. y. 294.
Patronato, qué es, c. 11. n. 58. p. 51.
Patronato, en que se divide, ibi. n. 59. al 61. p. 52. y 53.
Patronato, por qué causas pasa de un hombre á otro, y se extingue? ibi. n. 68. p. 57.
Patronos, á quiénes pueden, ó no presentar, y quiénes pueden serlo, c. 11. n. 61. y 62. p. 53.
Patronos Legos, y Eclesiásticos, quánto tiempo tienen para presentar, y si pueden, ó no variar la presentacion? ibi. n. 63. al 65. p. 54. y 55.
Patronos, y presentados siendo muchos, quál de estos obtendrá el beneficio? ibi. n. 65. p. 55.
Patronos, si pueden, ó no recibir

algo del presentado: quiénes no pueden serlo, y cómo han de suceder en el derecho de Patronato, ibi. n. 67. p. 57.

Pechos, qué son? c. 10. n. 75. p. 408.
Pedimento, y auto para la insinuacion estendidos, c. 5. n. 48. p. 339.
Pena, en quál incurren los testamentarios, que amonestados no cumplen su encargo, ó compran algo de los bienes del difunto, c. 1. n. 256. p. 151.
Pena convencional, q' é es, quién puede imponerla, y cómo se ordena la cláusula, c. 4 n. 41. al 44. p. 266. y 267.
Pena, en quál incurre el Escribano por autorizar Escritura de préstamo en mercaderías, c. 7. n. 13. p. 7.
Pena que se impone á los excomulgados, no debe ser arrendada, c. 9. n. 4. p. 303.
Pena, en quál incurren los tutores que compran los bienes de sus menores sin autoridad judicial, c. 10. n. 2. p. 364.
Pena de infamia, quándo comprehenderá, ó no á los hijos del que incurrió en ella? c. 11. n. 44. p. 39.
Pena, en quál incurren los Jueces compromisarios, si dexan pasar dolosamente el término prefinido para dar la sentencia, c. 13. n. 11. p. 213.
Pena pueden imponer los Jueces árbitros a los litigantes para que cumplan su sentencia, ibi. n. 17. p. 216.
Pena convencional deben imponerse los ligitantes contra el transgresor de la sentencia arbitraria, ibi. n. 18.
Pena, si los contrayentes se la imponen para observar la transaccion, quál debe pagarla? ibi. n. 29. p. 221.
Pena, quál merece el que dice las palabras mayores, c. 16. n. 14. p. 321.
Perdon, qué es? c. 16. n. 1. p. 314.
Perdonar, qué puede el Rey? ibi. n. 5. p. 315.
Perdonar, qué delitos se pueden, ó no por dinero, ibi. n. 6.
Peregrinos, y Romanos, cómo pueden testar: y si mueren intestados, qué debe hacer la Justicia, c. 1. n. 33. p. 24.
Permuta, cambio, ó trueque, qué es, cómo puede celebrarse; y en qué conviene, y se diferencia de la venta, c. 10. n. 108. p. 425.
Permuta de bienes profanos, y Eclesiásticos, quién puede hacer? ibi. n. 109.
Permuta, quándo se perfecciona, y por qué causas se rescinde, ibi. n. 110. y 111. p. 426.
Permuta de bienes profanos extendida, ibi. n. 164. p. 470
Permuta de bienes Eclesiásticos extendida, ibi. n. 165. p. 471.

Poder para testar, qué es, quién puede darlo, y ser apoderado, c. 1. n 239 p. 136.
Poder para testar, qué solemnidad de testigos requiere en su otorgamiento, ibi. n 248 p. 145.
Poder para testar extendido, ibi. n. 319 p. 195
Poder, qué es, quiénes, y de quántos modos pueden darle? c. 14. n. 1. al 7. p. 230 á la 232.

Poderdante, cómo ha de nombrar al apoderado, y si puede, ó no constituir muchos, ibi. n. 17. p. 234.
Poder, qué cláusulas generales pueden contener, y qué efectos causan? ibi. n. 19. y 20. p. 236.
Poder, quándo se acaba, y entiende revocado, ibi. n. 21. al 23. p. 237. á 239.
Poder para desposar ha de ser especial, y el que lo otorgue tener 14. años, ibi. n. 24. p 240. y nota.
Poder en causa própia, concesion de acciones, por qué causas puede hacerse, y qué cosas requiere para su firmeza, ibi. n. 28. y 40. p. 241. y 249.
Poder ámplio extendido, ibi. n. 47. p. 253.
Poder para suplicar á la Sala de Mil y Quinientas extendido, ibi. n. 48. p. 262.
Poder para suplicar segunda vez, é introducir recursos de fuerza, é injusticia notoria, y otros, debe ser especial. Véase la nota primera puesta á continuacion del anterior, p. 263.
Poder para intentar el remedio de la tenuta, cómo se ha de extender? Véase la segunda nota siguiente, p. 264.
Poder de Concejo, ibi. n. 49. p. 266.
Poder de Convento, ibi. n. 50. p. 267.
Poder para presentar instrumentos en juicio fuera del término legal, qué juramento ha de contener? Véase la nota puesta á continuacion del Poder de Convento, p. 267.
Poder para desposar extendido, ibi. n. 51. p. 268.
Poder, y cesion en causa própia graciosa extendida, ibi. n 54. p. 271.
Poder, y cesion en causa própia por contrato oneroso extendida, ibi. n. 55. p. 272.
Poseedor del Mayorazgo, por qué causas puede perderlo, c. 11. n. 44. p. 39.
Poseedor de Mayorazgo si está, ó no obligado á dar parte de las mejoras hechas en sus fincas, ó su valor á la muger, hijos, ó herederos del que las hizo, ibi n. 48. p. 41.
Posesion, qué es, en qué se divide, y qué efectos produce? c. 10. n. 82. y 83. p. 413. y 414.
Posesion, quién puede ganarla; cómo se adquiere; y por qué causas se pierde? ibi. n. 84. al 87. p. 416. y 417. y nota.
Posesion, si alguno despoja de ella por fuerza á otro, en qué pena incurre, y cómo ha de ser restituido el despojado, ibi. n. 88. p. 417.
Posesion extrajudicial extendida, ibi. n. 166. p. 472.
Posesion de vínculo extendida, ibi. n. 168. p. 474.
Posesion judicial, ibi. n. 169.
Posesion civil, y natural, quándo se transfiere *ipso jure* en el inmediato sucesor del Mayorazgo, c. 11. n. 50. p. 42.
Posesion, y propiedad, si se podrán, ó no ventilar en un juicio? ibi. n. 51. cerca del fin, p. 43.
Posthumo, quál se llama, y qué circunstancias han de concurrir para que se tengan por hijos legítimos, c. 1. n. 55. p. 42.

Posthumo, puede ser substituido pupilarmente, ibi. 92. p. 65.

Precario, qué es? c. 10. n. 40. p. 389.
Precio, de quántas maneras es, c. 7. n 32. y 33. p. 18. y nota.
Predio rústico, y urbano, quál es? c. 9. n. 1 p. 302.
Prelada de Convento, qué debe practicar para admitir por Religiosa á alguna muger, y darla la profesion, c. 6. n. 24. p. 377.
Prelado eclesiástico, no puede poner Vicario por precio, c. 9. n. 2. al fin, p. 302.
Prelado eclesiastico debe pasar por el arrendamiento que hizo su antecesor, ibi. n. 24. p 312.
Prelado eclesiástico, en qué casos puede empeñar, vender, y enagenar los bienes de su Iglesia, c. 10. n. 13. y 99. p. 369. y 421.
Premio, ó interés, no se debe llevar por reducir una moneda á otra, ni conducirla de un lugar á otro dentro de estos Reynos, c. 7. n. 22. p. 11.
Prenda, qué es; en qué conviene, y se diferencia de la hipoteca, y de quántas maneras son ámbas? ibi. n. 54. y 55. p. 28. y 29.
Prescripcion, si la hay, ó no para repetir el engaño en la tasacion de la dote, c. 4. n. 19. p. 251.
Prescripcion para pedir la deuda por accion personal, por quánto tiempo se causa? c. 7. n. 72. y 73. p. 36. y 37.
Prescripcion de accion personal, y de executoria dada sobre ella, por quánto, ibi. n. 74. p. 37.
Prescripcion por obligacion mixta, por quánto, ibi n. 75. p. 38.
Prescripcion, si la hay, ó no en los capitales, y réditos de censos? ibi. n 76. p. 39.
Prescripcion, si se causa, ó no en los salarios de criados, ibi. n. 77. y 78. p. 39. y 40.
Prescripcion, si la hay para demandar los géneros que fian los Boticarios, y otros: y los derechos de Abogados, Agentes, y Procuradores, ibi. n. 79. p. 41.
Prescripcion, si la hay, ó no para pedir la alcabala, c. 10. n. 69. p. 405.
Préstamo, Mutuo, y Commodato, en qué convienen, y se diferencian, c. 7. n 9. p. 5.
Préstamo en Mercaderías, no debe hacerse, ibi. n. 13. p. 7.
Préstamo Mutuo, qué virtud, y fuerza tiene, ibi. n. 14. p. 8.
Prestar, qué es, c. 7. n. 8. p. 4.
Prestar, recibir prestado, y ser demandados por el prestamo, quiénes pueden, ó no, ibi. n. 10. al 13. p. 5. á 7.
Prestar dinero con pacto de que el que lo recibe ha de trabajar en la viña, ó horedad del mutuante, ó fiarle; y asegurar á ganancia, y no á pérdida el capital, parte, ó industria en el contrato de compañía, está prohibido, ibi. n. 25. p. 13. y dos notas.
Privado de testar, si podrá con licencia del Rey? c. 1. n. 34. p. 24.
Privados de ser herederos, quiénes están, ibi. n. 154. al 156. p. 97.
Privilegio dotal, á quién pasa, y

á quién el de tutela, c. 4. n. 53. p. 274.
Privilegio de restitucion, quándo compete á un menor contra otro menor, c. 7. n. 93. cerca del fin, p. 54.
Privilegio de hidalguía, en qué casos no favorece al hijodalgo, ibi. n. 100. p. 60.
Privilegios de los criados del Rey, Abogados, Maestros de primeras letras, Medicos, Militares, y Secretarios del Rey, quáles son? ibi. n. 101. p. 61.
Privilegios de los Caballeros de las quatro Ordenes Militares, quáles son? ibi. n. 102. p. 62.
Privilegios de los Labradores, quáles son? ibi. n. 103. y 104. p. 62.
Procurador, ó Personero, quándo podrá continuar el pleyto aunque el poderdante haya muerto, c. 14. n. 21 p. 237.
Procurador, ó Apoderado, á qué está obligado, ibi n. 24. p. 239.
Procurador, no puede hacer concierto que llaman *quota litis* con la parte á quien defiende, ibi. n. 25.
Pródigo declarado, no puede testar, c. 1. n. 23. p. 17.
Pródigos declarados, no pueden ser testigos en los testamentos, ibi. n. 16. p 11.
Pródigos declarados, no pueden hacer donacion en sanidad, c. 5. n. 14. p 307.
Pródigos, y siervos, si pueden, ó no obligarse, c. 7. n. 3. y 92. p. 2. y 53.
Profesion dada á los Religiosos ántes de cumplir 16 años de edad, es nula, c. 6 n 24 p 377.
Prohijacion, qué es, y de quantas maneras puede hacerse, c. 15. n. 1. p. 285.
Prohijacion hecha por via de arrogacion, ó adopcion, qué fuerza tiene, y á qué está obligado el prohijador, ibi. n. 5. y 6. p. 286. y 287.
Prohijar, quién puede, ó no, dicho c. 15. n. 2. y 3. p. 285. y 286.
Promesa, qué es, y cómo ha de hacerla el promitente para quedar obligado? c. 7. n. 1. y 2. p. 1.
Promesa, quiénes no pueden hacerla, ibi. n. 3. p. 2.
Promesa, cómo puede ser hecha, y de qué cosas? ibi. n. 4. al 6. p. 2. y 3.
Promesa para que sea válida, qué cosas no han de intervenir en ella, ibi. n. 7.
Propiedad, ó dominio, qué es, y de quántas maneras puede adquirirse, c. 10. n. 80. 81. p. 409. á 411.
Protesta, qué es, por qué se llama así, y de quántas maneras puede hacerse? c. 18. n. 2. al 6. p 352. y 353.
Protesta extendida, ibi. n. 18. p. 359.
Protesto de cambios, qué es, y de quántas maneras, ibi n. 8. p 354.
Protesto de no aceptacion, quando se práctica; por qué se introduxo: y qué efectos causa? ibi. n. 9. 10. 12. y 13. p. 355. y 356.
Protesto de no pagamento, quándo se hace, ibi. n. 14. p. 357.
Protesto, cómo ha de hacerle el Escribano, ibi. n. 16. y 17. p. 358 y 359. y nota.
Protesto de no aceptacion de letra

extendido, ibi. n. 19. p. 360.
Protesto de no pagamento extendido, ibi. n. 20. p. 361.
Protocolo, ó registro, quál es: para qué sirve, y qué fé hace? c. 19. n. 8. al 10. p. 429. y 430.
Protocolos, qué debe hacer el Escribano con ellos? ibi. n. 20. p. 438.
Pubertad, desde qué edad empieza, c. 1. n. 96. p. 67.
Pupilar substitucion, qué es, quién puede hacerla, á quién, y cómo se hace, c. 1. n. 92. y sig. p. 65. y sig.
Pupilo no puede testar, c. 1. n. 21. p. 15.
Pupilo, puede ser substituido pupilarmente, ibi. n. 92.
Pupilo, puede ser substituido compendiosamente, ibi. n. 105. p. 73.
Pupilo, puede ser substituido breviloquamente, ibi. n. 108. p. 74.
Pupilo, si puede, ó no ser prohijado? c. 15. n. 4. p. 286.

Q

Quarta falcidia, qué es, cómo, y de qué cosas puede, ó no deducirse? c. 1. n. 226. al 221. p. 127. á la 126.
Quarta trebelianica, si puede, ó no sacarla el fiduciario: qué debe hacer para ello: y si le tocan, ó no sus frutos, c. 1. n. 112. p. 76.
Quarta marital, si deben, ó no percibirla los viudos pobres de los bienes del difunto rico? ibi. n. 182. y 183. p. 109.
Quarto grado para el efecto de suceder, por qué derecho se debe contar? c. 11. n. 29. p. 23.
Quinientos maravedíses, y sueldos de oro, quánto componen, c. 5. n. 11. p. 305.
Quinto, á quién puede dexarlo el testador, c. 1. n. 114. p. 78.
Quinto, cómo se ha de deducir, y qué cosas de él: y si los legados no caben en él, qué se ha de hacer, ibi. n. 124. y 125. p. 83. y 84.
Quinto, cómo se ha de deducir quándo el testador tiene cinco, ó mas hijos, y lo lega á uno de ellos, ó á extraño, ibi. n. 58. p. 44.
Quinto, puede dexar el padre á su hijo natural por razon de alimentos, ibi. n. 79. p. 57.
Quinto, no debe sacarse de los bienes de los que mueren absolutamente intestados con herederos legítimos, ibi. n. 179. p. 106.

R

Reconocimiento de censo emphitéutico, si bastará, ó no para probar el dominio directo. c. 8. n. 12. y. 13. p. 190.
Reconocimiento de censo, qué es y cómo se ha de hacer, ibi. n. 69. p. 227.
Reconocimiento de censo extendido, ibi. n. 80. p. 267.
Redencion de censo, cómo, y de quántas maneras puede hacerse, c. 8. n. 64. y 65. p. 222. y 223.
Redencion de censo consignativo extendida, ibi. n. 77. p. 259.
Redencion, y subrrogacion de censo, qué es, y cómo se ordena? ibi. n. 68. y 79. p. 226. y 265.
Réditos de censo emphitéutico, en qué especie deben pagarse, c. 8. n. 8. p. 188.

Réditos de censo emphitéutico no pagándolos el emphitéuta, en qué pena incurre, ibi. n. 9.
Réditos de censo consignativo deben pagarse en dinero, ibi. n. 23. al fin, p. 197. y nota.
Reduccion, ó minoracion de censo, cómo se hace, c. 8. n. 63. p. 221.
Reduccion, ó minoracion de réditos extendida, ibi. n. 76. p. 257.
Registro. Véase Protocolo.
Relegado puede ser legatario, c. 1. n. 192. p. 113.
Relegado, quál se llama, c. 15. n. 21. p. 293.
Religiones, quáles no deben llevar mandas, ni quintos inciertos de los que mueren intestados, c. 1. n. 225. al fin, p. 126.
Religiosos de Malta no pueden testar, c. 1. n. 26. p. 19. ni fundar Mayorazgo, c. 11. n. 14. p. 14.
Religiosos profesos, si pueden, ó no ser albaceas, ibi. n. 250. p. 146.
Religiosos, quáles no deben ser instituidos por herederos, ibi. n. 156. p. 97.
Religiosos, ó regulares, si podrán, ó no ser testigos en las últimas disposiciones, ibi. n. 17. p. 11.
Religiosos de San Francisco, si podrán, ó no admitir herencias, y legados? ibi. n. 285. y 286. p. 169. y 170.
Religiosos, de quién pueden, ó no ser apoderados, c. 14. n. 9. p. 232.
Religiosos Novicios, dentro de qué término deben renunciar sus legítimas, y futuras sucesiones; si podrán, ó no perjudicar en las renuncias á sus ascendientes, y descendientes: y qué pueden prevenir en éstas? c. 6. n. 20. al 30 p. 365. á la 381.
Renuncias, quáles debe hacer el que se obliga por escritura á dar ó executar alguna cosa? c. 7. n. 85. y 86. p. 44. y 45.
Renuncia, qué es: en qué se diferencia de la cesion, y repudiacion: y quántas clases hay de ellas? c. 6. n. 1. al 7. p. 349. y 353.
Renuncia de futuras sucesiones, no está comprendida en la general de legítimas, ibi. n. 27. p. 380.
Renuncia de oficio de Escribano extendida, c. 17. n. 7. p. 335.
Renuncia de Monjas extendida, c. 6. n. 35. p. 388.
Renunciar, ó repudiar, cómo puede el heredero la herencia, y dentro de qué término recuperarla despues? c. 1. n. 191. p. 112.
Representacion, si la habrá ó no *ex testamento*? c. 1. n. 174. p. 102.
Representacion para heredar *ab intestato*, en qué parientes se extingue? ibi. n. 177. p. 105.
Repudiacion, qué es? c. 6. n. 3. p. 350.
Repudiacion de herencia extendida, c. 1. n. 323. p. 200.
Reservar, qué bienes deben, ó no los viudos que vuelven á casarse, á los hijos de sus anteriores matrimonios, c. 3. n. 1. al 4. p. 237. á 239.
Restituir, quándo deben marido, y muger el lecho quotidiano á los herederos del muerto, ibi. n. 7. p. 241.
Retracto, ó tanteo, por qué se per-

mite, y de quántos géneros es? c. 10. n. 112. y 113. p. 426. y 427.
Retracto de consanguinidad, y comunion, á quiénes se permite? ibi. n. 114. p. 428.
Retracto de consanguinidad, qué personas pueden, ó no usar de él, ó hacerlo, con qué requisitos, y dentro de qué término? ibi. n. 115. al 119. p. 429. á 431. y n. 134. p. 437.
Retracto, si el consanguíneo podrá hacerlo de la finca vendida á censo reservativo, y del censo consignativo? ibi. n. 120. p. 431.
Retracto de la finca vendida al pariente remoto puede hacer el mas cercano, ibi. n. 121. p. 432.
Retracto puede hacer el pariente de la finca, ó fincas vendidas en almoneda voluntaria, ó necesaria, ibi. n. 122.
Retracto, quándo puede hacerlo el pariente remoto? ibi. n. 124. p. 433.
Retracto de los bienes del deudor que se dán en pago á su acreedor, quiénes pueden hacerlo? ibi. n 125.
Retracto de muchas cosas patrimoniales, ó abolengas, quándo puede hacerlo el pariente? ibi. n. 126. al 129. p. 434. y 435.
Retracto de consanguinidad, en qué bienes no se admite? ibi. n. 130. p. 415. y nota.
Retracto de una finca patrimonial, y de otra que no lo es, vendiéndose ámbas por un solo precio, si podrá, ó no hacerlo el consanguíneo, ibi. n. 131. y 132. p. 436.
Retracto, quándo no puede hacerlo el consanguíneo? ibi. n. 133. al 135. p. 436. y 437. y nota.
Retracto de consanguinidad para que haya lugar, qué requisitos deben intervenir, ibi. n. 136. p. 438.
Retracto si se hace habiendo frutos pendientes en la finca, á quién pertenecen? ibi. n. 137. p. 439.
Retracto, no há lugar quando el mero usufructuario vende el derecho de usufructuar, ibi. n. 138.
Retracto, si habrá lugar para con el consanguíneo, y sócio, quando el que tiene la propiedad sola, la vende al usufructuario: ó si este será preferido? ibi. n. 139. p. 440.
Retracto, no ha lugar quando la venta es nula, ibi. n. 140.
Retracto de comunion, ó sociedad, á qué personas compete, en qué bienes, y dentro de qué término deben hacerlo? ibi. n. 141. al 143. p. 441. y 442.
Retracto queriendo hacer el señor del directo dominio, el enfitéuta, el superficiario, el sócio, y el consanguíneo, quál será preferido? ibi. n. 144. p. 442.
Retracto del censo reservativo, y consignativo no pueden hacer por razon de comunion sus dueños, ibi. n 146. p. 444.
Retracto de la finca patrimonial que el heredero vende, no puede hacer por razon de comunion el legatario de cierta qüota, ibi. n. 147.
Retracto de comunion para que haya lugar, qué requisitos son precisos? ibi. n. 148.
Retraer puede el Juez la finca ven-

dida por su consanguineo en el Pueblo en que lo es, c. 10. n. 4. al fin, p. 365.
Retraer, ó tantear, pueden los fabricantes de paños la lana comprada para extraer del Reyno, ibi. n. 59. al fin, p. 399.
Retroventa extendida, c. 10. n. 163. p. 472.
Revocacion de testamento con cláusulas derogatorias, c. 1. n. 304. p. 183.
Revocacion de donacion extendida, c. 5. n. 49. p. 340.
Revocacion de poder extendida, c. 14. n. 53. p. 269.
Revocar puede el testador los testamentos que hizo, c. 1. n. 223. p. 127.
Revocar, si podrá el donante la donacion pura entre vivos, c. 5. n. 24. p. 313.
Revocar la donacion por ingratitud, ó por inoficiosidad, quién puede? ibi. n. 27. p. 315.
Revocar, si puede, ó no el dueño á su apoderado el poder? c. 14. n. 22. p. 238.
Romeros, cómo deben testar; y si mueren intestados, qué debe hacer la Justicia, c. 1. n. 33. p. 24.
Ropavegeros, nada pueden comprar en almoneda, c. 10. n. 4. p. 365.

S

Salario, si se deberá dar, ó no al Testamentario por su trabajo? c. 1. n. 257. p. 152.
Salario, qué tiempo tienen los criados para pedirlo á sus amos? c. 7. n. 77. y 78. p. 39. y 40.

Seguro véase Apéndice.
Sentencia declarada en cosa juzgada, ó executoriada, es executiva, c. 7. n. 74. p. 37.
Sentencia proferida contra el deudor, si se podrá executar contra el fiador sin nuevo juicio? ibi. n. 133. al fin, p. 85.
Sentencia arbitraria, quándo trae ó no aparejada execucion, c. 13. n. 15. p. 215.
Señor del directo dominio si dice que quiere, ó no tantear la alhaja emphitéutica, ó calla, qué puede hacer el emphitéuta? c. 8. n. 11. p. 189.
Señor del directo dominio, qué derechos tiene sobre la alhaja emphitéutica, ibi. n. 14 p. 191.
Señor, puede vender sus esclavos, y poner ciertas condiciones en la venta, c. 10. n. 52. al 54. p. 396.
Señor, quál se llama, y á qué tiene derecho, y está obligado para con su vasallo, ibi. n. 76. p. 408.
Señor del directo dominio, á quién es preferido por el tanto en la alhaja emphitéutica, ibi. n. 144. p. 442.
Señor del directo dominio, si puede ó no usar del derecho de tanteo, y dentro de qué término, c. 8. n. 11. p. 189. y c. 10. n. 144. p. 442.
Sepultura, si podrá ó no cada uno elegir la que quiera? c. 1. n. 36. p. 26.
Servidumbre, qué es y en qué se divide, c. 10. n. 89. p. 417.
Servidumbre, quién puede imponerla, en qué casos, y de quántas maneras, ibi. n. 90. y 92. p. 418.
Servidumbre, si alguna alhaja la tiene, quándo puede ó no ser

vendida sin ella, ibi. n. 91.

Siervo, no puede testar, c. 1. n. 24. p. 18.
Siervo del Testador, instituido por heredero, á que está obligado, ibi. n. 63. p. 47.
Siervo, no puede ser testigo en las últimas disposiciones, ibi. n. 16 p. 11.
Siervo prófugo no puede ser vendido, c. 10. n. 12. al fin, p. 369.
Siervo, no puede ser ordenado, c. 11. n. 70. p. 63.
Siervo, no puede ser árbitro ni Juez ordinario, c. 13. n. 4. p. 211.
Siervo, si podrá ó no ser apoderado, c. 14. n. 10. p. 233.
Siervo, no puede ser prohijado, c. 15. n. 4. p. 286.
Simonía, qué es, en qué se divide, de quién tomó este nombre, y en qué puede cometerse? c. 10. n. 94 al 98. p 419. á la 421.
Simonía se comete por dar ó prometer algo por los votos para ser presentado al beneficio eclesiástico, c. 11. n. 67. p. 57.

Sobrinos del que murió ab intestato sin herederos forzosos, qué heredarán de sus bienes? c. 1. n. 173. al 177. p. 102. á la 105.
Sobrinos del Testador, si le heredarán ó no ex testamento por representacion de sus padres, quando estos fallecieron ántes que él, y fuéron instituidos con otro, ú otros hermanos suyos? ibi. n. 174. p. 102.
Sócios que poseen comunalmente proindiviso alguna cosa, pueden vender al consócio ó á extraño la parte que en ella les toca; y si el Fisco lo es, toda, c. 10. n. 8. p. 366.
Sócios, si podrán retraer la parte que el consócio vende á extraña, ó á otro sócio? ibi. n. 141. al 143. p. 441. y 442. y nota.
Sócios, cómo deben partir las utilidades ó pérdidas de la compañía, c. 12. n. 6. y 14. p. 186. y 189.
Sócios de compañía singular si pueden ó no tener otra, y están obligados á comunicar sus ganancias con los de aquella, ibi. n. 10. p. 188.
Sócios que administran los bienes de la compañía, cómo deben cuidarlos, ibi. n. 13. p. 189.
Sócios, qué caucion deben darse para la division de los efectos de la compañía, y quándo? ibi. n. 14.
Sócios, si podrán enagenar á extraño del derecho que tiene á la sociedad, ibi. n. 15. p. 190.
Sócios que pusiéron la industria, si deberán ó no participar del fondo que existe, no habiendo utilidades, ibi. n. 16. p. 191.
Socios pobres, en quánto deben ser reconvenidos por los consocios, ibi. n. 17. p. 193. y adicion al fin del cap.
Solemnidad, qué es? c. 1. n. 35. p. 24.
Solemnidad de testigos, quál se requiere en los testamentos, ibi. n. 4. y 9. p. 2. y 6.
Solemnidad en los codicilos, ibi. n. 231. p. 133.
Solemnidad en el poder para testar? ibi. n. 248. p. 145.
Solemnidad en la donacion por causa de muerte, c. 5. n. 40. p. 330.

Solemnidad en los contratos? c. 19. n. 4. y 5. p. 425. y 426.
Sordo á nativitate, ó por enfermedad, si podrá ó no testar? c. 1. n. 23. al fin, p. 17.
Sordo total por naturaleza no puede ser albacea, ibi. n. 250. p. 146.
Sordos totales no pueden ser testigos en las últimas disposiciones, ni contratos, ibi. n. 16. p. 11. y c. 19. n. 5. p. 426.

Subarrendar, si puede ó no el conductor lo que se le locó, c. 9. n. 32. p. 317.
Subarrendatario, si estará ó no obligado á pagar el arrendamiento al conductor, ú al dueño de la cosa locada, ibi. n. 33.
Subrrogacion de censo, qué es, y cómo debe hacerse, c. 8. n. 68. p. 226.
Subrrogacion de censo extendida, ibi. n. 79. p. 265.
Subrrogar, qué es, y quándo el subrrogado recibe la naturaleza de aquello en que se subrroga, c. 8. n. 67. p. 225.
Subsidio, por qué capellanías debe, ó no pagarse, c. 11. n. 70. al 75. p. 59. á la 63.
Substitucion pupilar, qué es, quién puede, ó no hacerla, cómo, y qué cosas se requieren para su validacion, c. 1. n. 92. al 94. p. 65. á 66.
Substitucion pupilar, por qué causas espira, ibi. n. 100. p. 70.
Substitucion exemplar, qué es: quién puede hacerla, á quiénes, cómo, y qué órden ha de observar? ibi. n. 101. y 102. p. 71. y 72.
Substitucion exemplar, fallece por una de tres causas, ibi. n. 104. p. 73.
Substitucion vulgar, qué es, quién puede hacerla, y cómo, ibi. n. 90. p. 64.
Substitucion vulgar, quando fallece y debe, ó no juzgarse por la regla que la institucion, ibi. n. 91.
Substitucion compendiosa, qué es, quién puede hacerla, y cómo, ibi. n. 105. á 107. p. 73. y 74.
Substitucion breviloquia, qué es, quién puede hacerla, y cómo se ordena, ibi. n. 108. p. 74.
Substitucion fideicomisaria, ú obliqua, qué es, por qué se llama asi, quién puede hacerla, y cómo, ibi. n. 109. y 110. p. 75.
Substitucion de poder estendida, c. 14. n. 52. p. 269.
Substituir heredero, qué es: quántas son las substituciones: y cómo se sucede por virtud de ellas, c. 1. n. 89. p. 63.
Substituir, si puede, ó no el apoderado su poder, y quándo, c. 14. n. 18. p. 235.
Substituto, en qué instrumento no debe darse al que fue instituido simplemente en el testamento, c. 1. n. 45. p. 36.
Substituto pupilar, á qué tiene derecho, ibi. n. 62. al fin, p. 46.
Substituto pupilar, en qué bienes no puede ser gravado por el padre del pupilo, ibi. n. 96. p. 67.
Substituto pupilar, qué debe hacer para heredar al pupilo, ibi. n. 98. p. 68.
Substituto pupilar, si muere ántes que el instituido, quándo transmite ó no en su heredero el derecho de suceder, ibi. n. 100. al fin, p. 70.

Substituto, puede ser nombrado en la donacion por causa de muerte, c. 5. n. 44. p. 332.
Suceder, quiénes pueden en el mayorazgo, c. 11. n. 43. p. 38.
Sucesion en el Patronato, cómo se hace, c. 11. n. 67. p. 57.
Sucesor del mayorazgo, no está obligado á pasar por el arrendamiento, que de sus fincas hizo el poseedor? c. 9 n. 27. p. 313.
Superficiario, quál se llama? c. 10. n. 114. p. 428.
Superficiario, á quién prefiere ó no en el tantéo de la finca, ibi. n. 144. p. 442.

T

Tantéo. Véase retracto.

Tenuta, qué es? para intentarla, qué requisitos son necesarios? c. 11. n. 1. y 51. p. 1. y 43. y cómo se ha de extender el poder para introducirla, c. 14. nota segunda puesta á continuacion del poder para suplicar á la Sala de 1500, p. 264.
Tercero, quién debe elegirlo, quando las partes discordan, c. 13. n. 6. al fin, p. 212.
Tercero, y árbitros, qué han de jurar quando aceptan su encargo, ibi. n. 9. p 213.
Tercero, quándo puede ser, ó no recusado? ibi n. 12. p 214.
Tercio, en qué forma puede ser gravado, y consignado por los ascendientes, c. 1. n. 113. 115. y 116. p. 76 78. y 79.
Tercio, no es legítima necesaria de todos los descendientes, ibi. n. 118. p. 80
Tercio, cómo debe sacarse? ibi. n. 124. y 125. p. 83. y 84.
Tercio de los bienes de los descendientes, á quién pueden estos dexarlo, ibi. n. 22. y 65. p. 16. y 48.
Término, quánto tienen los Testamentarios para evacuar su encargo, c. 1. n. 254. p. 151.
Término, quánto está concedido al que tiene en su poder el testamento cerrado, para entregarlo á fin de que se abra, ibi. n. 287. p. 171.
Término, quánto tiene el comisario para testar, para evacuar su encargo, y si al Juez se lo podrá, ó no prorrogar, ibi. n. 245. p. 139.
Término, si puede, ó no prefinir el Testador, para que hasta que se cumpla, no se abra su testamento, ibi. n. 274. p. 163.
Término, no hay para decir de lesion en la tasacion de la dote, c. 4. n. 19. al medio, p. 251.
Término, quánto tiene la muger, ó su heredero para elegir las arras, ó lo que su marido la dió, ibi. n. 24. p. 254.
Término, quánto tiene el mutuario para volver lo que se le prestó, c. 7. n. 10. p. 5.
Término para prescribir la accion executiva, la personal, y la executoria dada sobre ella, quánto es, ibi. n. 73. y 74. p. 36. y 37.
Término, por quánto prescribe la deuda, ibi n. 75 p. 38.
Término, por quánto prescribe la accion de pedir los criados sus salarios? ibi. n. 77. p. 39.
Término, quánto tienen los Boticarios, Joyeros, Especieros, Confiteros, Abogados, Procu-

radores, Agentes, y otros para pedir lo que se les debe de sus derechos, ó comestibles que fiaron, ibi. n. 79. p. 41.
Término, no se debe prefinir en el censo consignativo para su redencion, c. 8. n. 34. p. 203.
Término quánto, tiene el Censualista para registrar la Escritura censual, ibi. n. 47. p. 210.
Término, quánto tienen los vecinos de esta Corte, para buscar casa, cumplido el arrendamiento, de la que ocupan, c. 9. n. 35. p. 319.
Término, quánto tiene el que es leso en la venta, para pedir su rescision, ó suplemento á su justo valor, c. 10. n. 21. y 22. p. 373. y nota.
Término, quánto se ha de prefinir para restituir la alhaja vendida con pacto de retrovendendo, ibi. n. 26. p 375.
Término, quánto tiene el comprador para usar de las acciones redhibitoria, y quanto minoris, ibi. n. 56. p. 397.
Término, ó Coto redondo quál se llama, ibi. n. 68. p. 404.
Término, quánto tienen los arrendadores de la alcabala para pedirla, ibi. n. 74. p. 407.
Término, quánto concede el derecho al pariente para retraer los bienes de Abolengo, ibi. n. 119. y 122. p. 431. y 432.
Término legal, concedido para el retracto, no se incluya en el que por estilo de los Tribunales se concede al deudor para retraer los bienes que se le subastan, ibi. n. 123. p. 433.
Término legal para el retracto contra quiénes corre? ibi. n. 134. y 135. p. 437.
Término, quánto tienen los sócios para retraer la parte vendida por el consocio, ibi. n. 141. p. 441. y nota.
Término, quánto tienen el Señor del dominio directo, el superficiario, y el enfitéuta para retraer los bienes en que son partícipes, ibi. n. 144. p. 442.
Término, dentro de quál se ha de introducir el remedio de la tenuta, y en dónde? c. 11. n. 51. p. 43.
Término, quánto tienen los Patronos para presentar el beneficio, ibi. n. 63. p. 54.
Término, si se ha de prefinir, ó no en la compañía, c. 12. n. 4. p. 186.
Término, quánto tienen los Jueces árbitros para decidir el negocio, c. 13. n. 10. p. 213.
Término, quánto concede el derecho al litigante agraviado para apelar, ó pedir reduccion, ó nulidad de la sentencia de los árbitros, ibi. n. 14. p. 214.
Término pueden prefinir los Jueces compromisarios, é imponer pena á los litigantes, para que cumplan su sentencia, ibi. n. 17. p. 216.
Término, quánto tiene el agraviado para suplicar, presentarse á la Real Persona, y apartarse de la suplicacion. Véase la nota primera puesta á continuacion del poder para suplicar á la Sala de 1500, c. 14. p. 263.
Término, quánto pueden conceder los acreedores á su deudor, para que les pague sus créditos, c. 16. n. 14. p. 321.
Término, quánto tiene el heredero

para aceptar, ó repudiar la herencia, c. 1. n. 185. p. 111.
Término, quánto tiene el descendiente que repudió la herencia, para recuperarla, ibi. n. 191. al fin, p. 113.
Término, quánto tienen los Religiosos para reclamar su profesion, c. 6. n. 25. p. 378.
Término, quánto tiene el Escribano para dar á las partes copia de las escrituras que ante él otorgan, c. 19. n. 33. p. 446.
Testador, quántos testamentos puede hacer hasta su muerte, c. 1. n. 20. y 223. p. 15. y 127.
Testador, á quiénes puede dar Tutor? ibi. n. 22. p. 16.
Testador, puede dividir sus bienes entre sus herederos, ibi. n. 37. p. 27.
Testador, quánto debe legar á las mandas forzosas, y Reales Hospitales de esta Corte, ibi. n. 39. p. 28.
Testador, qué puede declarar en su testamento, n. 40. p. 29.
Testador, qué bienes, y cosas puede legar, ibi. n. 194. y 195. p. 115.
Testador, puede dar libertad á sus siervos, ó mandar que sus herederos se la dén, ibi. n. 203. p. 117.
Testador, qué cosas no puede legar, ibi. n. 205. y 206. p. 118.
Testador, si puede, ó no dexar á arbitrio de otro las mandas, y la eleccion de persona del legatario? ibi. n. 207. p. 119.
Testador, cómo puede hacer los legados? ibi. n. 209. al 211. p. 121. y 122.
Testador, que hace legado, ó institucion contra derecho; ó manda cosa que no debe, no será obedecido, ibi. n. 223. p. 126.
Testador, pueda revocar todas, ó parte de las mandas que hizo, ibi. n. 224.
Testador, si dexa tantas mandas, que nada toca al heredero, qué puede hacer este, ibi. n. 226. p. 127.
Testador, en qué puede mejorar á sus legítimos descendientes, ibi. n. 113. p. 76.
Testador, puede imponer gravámen en el quinto, ibi. n. 114. p 78.
Testador, si podrá, ó no consignar la mejora, ó comerer á otro su consignacion; y si se deberá, ó no suplir lo que falte en los bienes consignados para el pago de ella, ibi. n. 115.
Testador que no tiene mas que un descendiente, si podrá, ó no vincular, y gravar el tercio, ibi. n. 116. p. 79.
Testador, puede mandar que el tercio se deduzca ántes que el quinto, ibi. n. 125. p. 84.
Testador, si hace tantas mandas graciosas, que no caben en el quinto, cómo se han de deducir, ibi.
Testador que dona entre vivos un quinto, y otro por última disposicion á descendientes suyos, si valdrán ámbos, ibi. n. 129. y 130. p. 86.
Testador, si dispone de dos quintos, uno en vida, y otro en muerte á favor de descendientes suyos, ó de extraño, y descendiente, de quál se han de sacar los gastos de su funeral, Misas, entierro, y legados, ibi. n. 131. p. 87.

Testador, si lega algunas cosas para redimir cautivos, quién las ha de percibir, ibi. n. 225. p 126.

Testador, en dónde ha de instituir heredero: y instituyéndolo simplemente en testamento, si podrá imponerle despues condicion en otra cosa? ibi. n 45. p. 36.

Testador, cómo ha de nombrar á su heredero, ibi. n. 46. y 47. p. 36. y 37.

Testador, quando yerra el nombre del heredero, ó hace la institucion á dia cierto, ó incierto, si valdrá, ó no esta, ibi. n. 48. p. 37. y nota.

Testador, de qué puede disponer teniendo descendientes legítimos, ibi. n. 57. p. 43.

Testador dexando á su muger en cinta, si podrá disponer de la quarta parte de sus bienes, ibi. n. 59. p. 44.

Testador, de qué parte de sus bienes puede disponer, teniendo ascendientes legítimos, ibi. n. 67. 74. y 75. p. 48. 54. y 55.

Testador, si instituye herederos en partes desiguales, y alguno muere ántes que él, ó no quiere la suya, cómo han de partir esta los otros, ibi. n. 91. p. 64.

Testador, si no tiene herederos legítimos, cómo puede repartir sus bienes, ibi. n. 148. p. 94.

Testador, si instituye á alguno por heredero en cierta cosa, y no dispone del resto de sus bienes: y despues hace otro testamento, sin nombrar heredero, ó nombrándole: qué llevarán en ámbos casos los dos instituidos, ibi. n. 149. p. 95.

Testador, si nombra á dos por herederos, y á cada uno en cosa determinada, y no dispone del resto de sus bienes, ó instituye á uno en una, y á dos en otra, cómo le heredarán, ibi. n. 150.

Testador si nombra por sus herederos á tres, ó quatro juntos, no expresando quánto ha de llevar cada uno: ó instituye á personas determinadas en cosas ciertas, y tambien á otra, sin expresar lo que ésta ha de llevar; qué heredarán, ibi. n. 151.

Testador, si instituye á quatro por sus herederos, señalando á los dos una misma cosa, y nada á los otros dos, qué llevarán? ibi. n. 152. p. 96.

Testador, si instituye á tres, á uno en la mitad, á otro en la tercera, y á otro en la quarta parte de sus bienes, cómo los dividirán entre sí, ibi. n. 153.

Testador, cómo ha de hacer la exheredacion, ibi. n. 135. p. 89.

Testador, por qué causas puede exheredar á sus ascendientes, y descendientes legítimos, ibi. n. 136. al 143. y 145. p. 89. á 92.

Testador, cómo ha de manifestar su voluntad quando otorga su testamento nuncupativo, ibi. n. 42. p. 30. y dos notas.

Testador, en qué papel puede escribir su testamento cerrado, ibi. n. 9. p. 6.

Testador, no debe mezclarse en cosa diversa, mientras otorga su testamento, ibi. n. 12. al fin, p. 8.

Testador, si instituye á dos, ó mas

hermanos suyos por herederos, y antes de fallecer, muere alguno de los instituidos dexando hijos, quién le heredará? ibi. n. 174. pag. 103.

Testador, qué cosas puede, ó no hacer en el codicilo? ibi. num. 228. y 229. pag. 130.

Testador, puede prohibir que su testamento cerrado se abra hasta el tiempo que prefina, ibi. n. 274. y 293. p. 163. y 174.

Testador, no puede dar facultad al Comisario para nombrar heredero, ibi. n. 46. y 240. p. 36. y 137.

Testador, no está obligado á nombrar directamente en el poder para testar al mejorado, ó tutor de sus hijos, ibi. n. 241. p. 137.

Testador, puede prorrogar el término legal al Comisario para hacer su testamento, y evacuar lo que le encarga, ibi. n. 246. p. 140.

Testador, si elige dos, ó mas Comisarios, y discordan en el modo de cumplir su voluntad, qué deben hacer, ibi. n. 247.

Testador, si prohibe á los Diocesanos que zelen sobre el cumplimiento de la capellanía colativa que funda, no será obedecido, ibi. n. 261. p. 154.

Testador, no será obedecido si prohibe á los tutores dar cuenta de la administracion de los bienes de sus hijos, ibi. n. 262. p. 156.

Testador, no será obedecido si manda que no valga la costumbre, ni fuero de su domicilio contra lo que dexa ordenado, ibi. n. 263.

Testador, si será, ó no obedecido quando prohibe al heredero propietario que compela al usufructuario á inventariar los bienes de que le dexa su usufructo, ó á dar fianzas, ibi. n. 264. y 265. p. 156. y 157.

Testador, no será obedecido si manda que no se quite á su muger la tutela de sus hijos, aunque se vuelva á casar, ibi. n. 271. p. 164.

Testador extrangero, cómo ha de testar, ibi. n. 272.

Testador, puede decir en su testamento que sea su heredero el que tiene escrito en un papel, ú otro instituido en el suyo, ibi. n. 273. p. 162.

Testador enfermo que no habla, ni entiende el idioma del Escribano, ó aunque lo entienda, no lo habla, si podrá testar, y qué debe hacer el Escribano, ibi. n. 280. p. 166.

Testamentario, quál se llama, y puede, ó no serlo, y si por su muerte pasa, ó no su oficio á su heredero, c. 1. n. 249. y 250. p. 145. y 146.

Testamentarios, de quántas clases son, y si pueden, ó no ser compelidos á la aceptacion, y evacuacion de su encargo; y conmutar en otros usos lo dexado á causas pias, ibi. n. 251. p. 147.

Testamentarios, por qué causas pueden demandar judicialmente los bienes del testador, y apoderarse, y disponer de ellos sin acudir á la justicia, ibi. n. 252 p. 147.

Testamentarios universales, á qué están obligados, qué término tienen para evacuar su encar-

go, y cómo han de dividir el legado que el testador les hizo? ibi. n. 253. al 255. p. 150. y 151.
Testamentarios, en qué pena incurren, si amonestados no evacuan su encargo; ó si compran algo de los bienes del difunto? ibi. n. 256. p. 151.
Testamentarios, si deberán, ó no llevar salario por su trabajo? ibi. n. 257. p. 152.
Testamento, qué es? c. 1. n. 1. p. 1.
Testamento, en qué se divide, y de qué se compone, ibi. n. 3. y 4. p. 1. y 2. y dos notas.
Testamento nuncupativo, y escrito, en qué convienen, y se diferencian, ibi. n. 18. y 19. p. 12. y 13. y dos notas.
Testamento, quién puede hacerlo, ibi. n. 20. p. 15.
Testamento, si pueden, ó no hacerlo los menores, é hijos de familia, ibi. n. 21. y 22. p. 15. y 16.
Testamento, quiénes no pueden hacerlo, ibi. n. 23. al 26. p. 17. á la 19.
Testamento del que entra en Religion despues de haberlo hecho, ó antes, si será, ó no válido, y se revocará por la profesion, ibi. n. 27. p. 20.
Testamento, cómo pueden hacerlo los Militares, ibi. n. 19. p. 13.
Testamento, si pueden, ó no hacerlo los excomulgados, ibi. n. 28. al 30. p. 21. y 22. y nota.
Testamento, qué cosas requiere para que se estime tal; y si se anulará, ó no por el transcurso de diez, ó mas años? ibi. n. 35. y 223. p. 24. y 126.
Testamento, qué cosas ha de contener; y si por carecer de ellas, se anulará, ibi. n. 36. p. 26. y nota.
Testamento, qué cosas puede contener, ibi. n. 37. al 40. p. 27. á la 40.
Testamento, qué órden ha de llevar? ibi. n. 41.
Testamento que carece de heredero, si será, ó no válido, n. 43. p. 34.
Testamento, quándo pueden romperlo los hermanos del testador, ibi. n. 63. p. 47.
Testamento se puede revocar, irritar, romper, y destituir, ibi. n. 222. p. 126.
Testamento si será, ó no tan firme que el testador no pueda revocarlo, y se revocará, ó no por el transcurso de diez, ó mas años? ibi. n. 35. y 223. al fin, p. 24. y 127.
Testamento primero con qué cláusulas será firme, y no se revocará por el posterior, ibi. n. 224. y 225. p. 127. y 128.
Testamento primero que contiene cláusulas derogatorias, y juramento de no ser revocado, cómo se revocará por otro, aunque en éste no se expresen, ibi. n. 226. y 227. p. 128. y 129.
Testamento con cláusula codicilar, qué efectos causa? ibi. n. 233. al 238. p. 134. á 136.
Testamento nuncupativo por qué causas se puede anular: quándo se dice imperfecto por razon de la voluntad, y de solemnidad: qué solemnidad de testigos debe contener; y quién debe probar la vecindad de los que presencian su otorgamiento, ibi. n. 42.

p. 30.
Testamento cerrado con qué solemnidad debe otorgarse, ibi. n. 8. al 11. p. 5. á 7.
Testamento que carece de la solemnidad legal, no vale, ibi. n. 13. p. 9.
Testamento del ciego qué solemnidad de testigos debe contener, ibi. n. 14. y 15. p. 9. y 10.
Testamento que contiene la solemnidad legal, en qué será válido, ó no, ibi. n. 42. y 225. p. 30. y 126
Testamento cerrado cómo se ha de abrir, y quién puede pedir su apertura, ibi. n. 287. al 291. p. 171. á la 173.
Testamento dispuesto en cédula ante testigos, cómo se ha de declarar por tal, ibi. n. 294. p. 174.
Testamento, ó Declaracion de pobres, qué es, qué debe contener, y qué podrá disponer el testador en él, ibi. n. 258. y 259. p. 153. y 154.
Testamento abierto, ó cerrado cómo se ha de ordenar, quando el testador no quiere que algunas cláusulas de él se publiquen hasta cierto tiempo, ibi. n. 274. y 275. p. 163.
Testamento, quándo puede otorgarse, ibi. n. 276. p. 164. y nota.
Testamento, quándo puede hacerse por señas, ibi. n. 278. p. 165.
Testamento de loco que tiene lucidos intervalos, ó del que está enfermo, y no habla, ni entiende el idioma del Escribano, ó lo entiende, y no lo habla, cómo se ha de ordenar, ibi. n. 279. y 280. p. 165. y 166.
Testamento en qué el Escribano que lo autoriza, está instituido heredero, si valdrá, ó no? ibi. n. 281. p. 167.
Testamento no se anula por la falta de fé de conocimiento del testador, ibi. n. 282. á 284. p. 168. y 169.
Testamento regular extendido, ibi. n. 295. p. 175.
Testamento cerrado cómo se otorga, y abre, ibi. n. 306. al 312. p. 185. á la 188.
Testamento nuncupativo dispuesto de palabra, cómo se ha declarar por tal, ibi. n. 313. al 316. p. 189. á la 192.
Testamento en virtud de poder extendido, ibi. n. 320 p. 197.
Testamento, ó Declaracion de pobre cómo se extiende, ibi. n. 321. p. 199.
Testamento *ad invicem succedendo* quándo será válido? c. 5. n. 34. p. 327.
Testar, quiénes pueden, ó no, c. 1. n. 20. al 34. p. 15. á la 24.
Testar de qué bienes pueden los Arzobispos, Obispos, y Clérigos seculares, ibi. n. 31. y 32. p. 22. y 23.
Testar, cómo pueden los Peregrinos, y Romeros, ibi. n. 33. p. 24.
Testar, de qué pueden los ascendientes legítimos quando tienen descendientes, ibi. n. 57. p. 43.
Testar, de qué pueden los descendientes legítimos teniendo ascendientes, ibi. n. 65. 74. y 75. p. 48. 54. y 55.
Testar, cómo pueden los que no tienen herederos forzosos? ibi. n. 148. p. 94.

Testigos para serlo en los testamentos, qué qualidades deben tener y quántos requiere el nuncupativo? c. 1. n. 4. p. 2.
Testigos, quántos son necesarios en el testamento cerrado, ibi. 9. al 11. p. 6. y 7.
Testigos deben ver al testador, y oir á un próprio tiempo su testimento abierto, y el otorgamiento del cerrado, ibi. n. 12. p. 8.
Testigos, quántos son necesarios, en el testamento de dos, ó mas personas que testan de conformidad, ibi. n 13 p. 9.
Testigos, quántos requiere el testamento del ciego, ibi n. 14. y 15. p. 9. y 10.
Testigos, quiénes no pueden serlo en las últimas disposiciones, ibi. n. 16. y 17. p. 11.
Testigos, quántos son necesarios en el otorgamiento del codicilo abierto, y cerrado, ibi. n. 231. p. 133.
Testigos del testamento cerrado si han fallecido, ó están en esa opinion, ó ausentes, qué ha de hacer el Juez para abrirlo, ibi. n. 291. p. 173.
Testigos, quántos requieren el poder para testar, y la declaracion de pobre, ibi. n. 248. y 258. p. 145. y 153.
Testigos, quántos son necesarios en la donacion por causa de muerte, c. 5. n. 40. p. 330.
Testigos para probar la usura, quántos bastan, c. 7. n. 36. p. 19.
Testigos para que hagan fé qué circunstancias se han de mirar, ibi.
Testigos para probar que se han dado bienes en confianza, quiénes pueden ser, ibi n. 52. p. 27.
Testigos para probar que los bienes son de Mayorazgo, ó la costumbre inmemorial, qué han de jurar, c. 11. n. 49. p. 42.
Testigos, quántos son precisos en el otorgamiento de los contratos, y quiénes pueden serlo? c. 19. n. 4. y 5. p. 425. y 426.
Testimonio, de qué cosas puede, ó no darlo el Escribano, ibi. n. fin, p. 448.

Transaccion, pacto, ó concierto no debe hacerse sobre el contesto del testamento cerrado antes de su apertura, c. 1. n. 292. p. 173.
Transaccion, qué es, quién puede hacerla, y cómo? c. 13. n. 20. p. 217.
Transaccion, qué ha de contener para su estabilidad, ibi. n. 21. al 23. y 31. p. 217. 218. y 222.
Transaccion, sobre qué cosas, y delitos puede, ó no hacerse, ibi. n. 24. y 25. p. 219.
Transaccion, qué fuerza tiene; qué efectos causa; por qué causas puede rescindirse; y con qué puede ligarse, ibi. n. 26. al 30. p. 219. á 222.
Transaccion, qué clánsulas requiere para su firmeza, ibi. n. 31. p. 222.
Transaccion, cómo se ordena, ibi. n. 34 p. 227.
Traslado, quál se llama; y qué fé hace? c. 19. n. 12. p. 432.
Tratados de Religiosos quales se llaman, c. 10. n. 100. p. 422.
Tratados, cómo se ordenan, ibi. n. 160. y 161. p. 463. y 466.
Traydor declarado de qué pue-

de testar, c. 1. n. 24. p. 18.
Traydor, ni sus hijos varones no pueden ser legatarios, ibi. n. 192. al fin, p. 113.
Traydor declarado no puede ser albacea, ibi. n. 250. p. 146.
Traydor, y los que ayudan ó aconsejan la traycion, no pueden heredar, ibi. n. 155. p. 97.
Trueque, cambio ó permuta qué es: cómo puede celebrarse: y en qué conviene y se diferencia de la venta? c. 10. n. 108. p. 425.
Trueque de bienes profanos y eclesiásticos, quién puede hacerlo, y cómo, ibi. n. 109.
Trueque, quándo se perfecciona, y por qué causas se rescinde, ibi. n. 110. y 111. p. 426. y nota.
Trueque, si podrá hacer el pariente de su heredad patrimonial, ibi. n. 119. p. 431.
Trueque de bienes profanos y eclesiásticos cómo se ordena, ibi. n. 164. y 165. p. 470. y 471.

Tutela y administracion de los bienes de sus hijos, pierde la muger que se casa segunda vez, c. 1. n. 271. p. 161.
Tutor, en dónde puede ser nombrado? c. 1. n. 22. p. 16.
Tutor que el testador nombró de sus hijos, quándo no debe percibir el legado que le hizo, ibi. n. 192. al fin, p. 113.
Tutores, nada deben comprar de los bienes de sus menores sin autoridad judicial, c. 10. n. 2. y 50. al fin, p. 364. y 394.
Tutores, quándo pueden ó no presentar el beneficio á nombre de sus menores, c. 11. n. 62. p. 53.
Tutores, en qué caso pueden prohijar á su menor, c. 15. n. 4. p. 286.

V.

Valdíos, quáles se llaman: y si los podrá ó no enagenar el Rey? c. 10. n. 68. p. 404. y dos notas.
Vale, ó papel simple para que sea executivo, qué ha de preceder, c. 7. n. 73. p. 37.
Vales hechos en papel sellado correspondiente á la calidad y cantidad del contrato, cómo deben graduarse. Véase la nota sobre el papel sellado puesta al fin del c. 18. p. 363.
Valor de los quinientos maravedises y sueldos de oro, quánto es, c. 5. n. 11. p. 305.
Varon, para poder testar, qué edad ha de tener, c. 1. n. 21. y 22. p. 15. y 16.
Varon, qué edad debe tener para entrar en Religion, y profesar, c. 6. n. 24. p. 377.
Vasallo, quál se llama, á qué está obligado para con su señor, y qué puede hacer, c. 10. n. 76. al 78. p. 408. y 409.

Vecindad de los testigos del testamento, quién debe probarla, c. 1. n. 4. p. 2.
Vecindad, por qué causas se requiere en los testigos de los testamentos? ibi. n. 5. al fin, p. 3.
Vecino para llamarse el natural de estos Reynos, ó extrangero, qué circunstancias se requieren, c. 1. n. 6. y 7. p. 4. y 5. y nota.
Vendedor que vendió su alhaja al fiado, qué accion le compete en concurrencia de otros acreedores del comprador, c. 10. n. 20. p. 372.

Vendedor, si podrá perjudicar en el acto de la venta á los acreedores anteriores del comprador? ibi. n. 25. p. 375.
Vendedor, en qué casos está ó no obligado á eviccion, ibi. n. 41. al 44. p. 390. y 391. y nota.
Vendedor, puede obligarse á restituir al comprador las mejoras de la cosa vendida, y la mayor estimacion que el tiempo la dé, ibi. n. 45. p. 392.
Vendedor, si podrá ceder al comprador el derecho de eviccion que tiene contra el que le vendió la alhaja? ibi. n. 47. p. 393.
Vendedor, qué debe manifestar al comprador? ibi. n. 56. p. 397.
Vender cosa fructífera con pacto de que el comprador ha de volverla por el mismo precio: no estar obligado el vendedor á dar el que recibió hasta cierto tiempo, y que entre tanto ha de gozar el comprador sus frutos, está prohibido, c. 7. n. 24. p. 13.
Vender al fiado, por qué precio se deben el trigo y otras semillas? ibi. n. 26.
Vender, si puede ó no las alhajas el que las tiene empeñadas; y si quedará ó no obligado á eviccion, ibi. n. 64. p. 32.
Vender, si podrá ó no el emphitéuta la finca emphitéutica, c. 8. n. 11. p. 189.
Vender y comprar, quiénes pueden ó no, y qué cosas? c. 10. n. 2. al 11. p. 364. á 368.
Vender, ninguno puede el derecho que espera tener á los bienes de persona cierta, ibi. n. 8. p. 366.
Vender, qué oficios no se deben, ibi. n. 9. p. 367.
Vender, qué cosas no se debe á enemigos de nuestra santa fé, ni á extrangeros? ibi. n. 14. p. 369.
Vender su propia alhaja, y comprar la agena, á quién, y en qué casos se puede compeler, ibi. n. 15. y 16. p. 369. y 370.
Vender á Extrangeros no pueden los señores los Castillos y Casas fuertes, ibi. n. 66. p. 404.
Venta, quándo la causa el aprecio y valuacion de los bienes dotales, c. 4. n. 9. p. 245.
Venta de alhaja que tiene censo emphitéutico, carga real, y otras, cómo se ha de celebrar, y deducirse á estas? c. 8. n. 17. p. 194.
Venta, qué es, y qué cosas se requieren para que sea válida, c. 10. n. 1. y 18. p. 363. y 371.
Venta, cómo, y en dónde puede celebrarse, y quándo se tiene por perfecta, ibi. n. 19. p. 372.
Venta en que hay lesion si se puede ó no rescindir, y dentro de qué término, ibi. n. 21. al 23. p. 373. y 374.
Venta, cómo puede hacerse, y por qué causas rescindirse, ibi. n. 23. al 25. p. 374. y 375.
Venta, con qué pactos puede celebrarse? ibi. n. 26. al 30. p. 375. á la 380.
Venta haciéndose de una alhaja, qué cosas se comprenden en ella? ibi. n. 35. p. 385.
Venta llana, qué cláusulas debe contener, ibi. n. 36. al 48. p. 386. á la 393. y nota.
Venta perfecta hecha sin dolo, no puede rescindirse, ibi. n. 48. cerca del fin.
Venta de bienes eclesiásticos, con

qué requisitos debe celebrarse, ibi. n. 100. al 107. p. 422. á la 424.
Venta de casa extendida, ibi. n. 150. p. 446.
Venta á tasacion, cómo se ordena, ibi. n. 151. p. 450.
Venta de esclavo extendida, ibi. n. 152. p. 451.
Venta de lana extendida, ibi. n. 153. p. 453.
Venta de censo, ibi. n. 154. p. 455.
Venta de juro, ibi. n. 155. p. 457.
Venta de oficio de Escribano extendida, ibi. n. 156. p. 459.
Venta de bestia, ibi. n. 157. p. 460.
Venta de Villa, ibi. n. 158. p. 462.
Venta de bienes de Convento extendida, ibi. n. 159. p. 464.
Vestidos y joyas, hasta en qué cantidad puede dar el novio á la novia? c. 4. n. 28. p. 256.

Villas, qué son, c. 10. n. 65. p. 403.
Villas deben pagar alcabala de lo que venden y truecan, ibi. n. 70. p. 405.
Viuda, quándo tendrá ó no derecho á la quarta parte de los bienes de su marido? c. 1. n. 182. y 183. p. 109.
Viudo pobre, si tendrá ó no igual derecho, ibi. n. 183. p. 109.
Viudos con hijos si se vuelven á casar, qué deben reservarles? c. 3. n. 1. al 4. p. 237. á 239.
Viudos que se vuelven á casar, si están ó no obligados á reservar el lecho quotidiano á los herederos del muerto, ibi. n. 7. p. 241.
Viudos que tienen descendientes legítimos, si podrán dar ó ofrecer en arras á su segunda esposa la décima parte de sus bienes, y despues legarla el quinto de ellos? c. 4. n. 31. p. 259.

Voluntad del hombre es deambulatoria hasta la muerte, c. 1. n. 20. p. 15.
Voluntad del testador no se cumplirá, si prohibe á los Diocesanos zelar sobre el cumplimiento de la Capellanía que dexa fundada, ibi. n. 261. p. 154.
Voluntad del testador no se observará quando prohibe que se pida cuenta al tutor de sus hijos de la administracion de sus bienes, ibi. n. 262. p. 156.
Voluntad del testador no será obedecida en quanto á que no valga la costumbre, ni fuero contra lo que dexa dispuesto, ibi. n. 263.
Voluntad del testador si se cumplirá ó no, quándo prohibe al propietario que compela al usufructuario á dar fianzas, é inventariar sus bienes? ibi. n. 264. y 265. p. 156. y 157.
Voluntad del testador no se observará, si manda que no se quite á su muger la tutela de sus hijos, aunque se vuelva á casar, ibi. n. 271. p. 161.

U

Usucapion, qué es, y para qué sirve? c. 10. n. 80. cerca del medio, p. 409.
Usufructo del tercio de los bienes del hijo si ha de quedar ó no reservado al padre durante su vida, c. 1. n. 70. al 74. p. 52. á 54.
Usufructo, qué es, y de quántas maneras, ibi. n. 266. p. 157.

Usufructo, pension, ó renta vitalicia llevando la muger al matrimonio, cómo se ha de constituir de él la dote, c. 4. n. 18. p. 249.
Usufructo solo de las arras quándo se ha de aplicar á la muger? ibi. n. 33. al fin, p. 262.
Usufructuario de bienes raices, ó animales productivos, cómo ha de constituir la fianza, c. 1. n. 267. p. 158.
Usufructuario de bienes que se consumen con el mismo uso, ó de los que con este se envejecen, ó de animales no productivos, cómo debe darla? ibi. n. 268. y 269. p. 158. y 159.
Usufructuario qué debe pagar de los bienes del testador, ibi.
Usufructuario no puede enagenar el derecho de usufructuar, ibi. n. 270. p. 160. y c. 10. n. 13. p. 369. y nota.
Usufructuario del locador no está obligado á pasar por el arrendamiento que éste hizo, c. 9. n. 25. p. 312.
Usura qué es, y en qué se divide, c. 7. n. 61. al 19. p. 8. y 9. y nota.
Usura de usura qué es, y por qué derechos está prohibida, ibi. n. 20. p. 10.
Usura es recibir algo mas que la suerte principal con título de gratitud, ibi. n. 34. p. 18.
Usura, con quántos testigos puede probarse, ibi. n. 36. p. 19.
Usura, en qué casos puede llevarse, ibi. n. 28. 38. al 40. y 78. p. 14. 20. á la 21. y 40.
Usurero manifiesto si puede ó no testar, c. 1. n. 25. p. 19.
Usurero, ningun dominio adquiere en lo que gana con usura, c. 7. n. 35. p. 19.

FIN DEL INDICE DE LA PRIMERA PARTE.

ADVERTENCIA.

En algunos exemplares, p 452., se puso por equivoco: *fin de esta segunda parte*, debiendo decir *primera*.

R. 91516

FEBRERO ADICIONADO,

Ó LIBRERÍA DE ESCRIBANOS:

INSTRUCCION TEÓRICO PRÁCTICA

PARA PRINCIPIANTES.

PARTE SEGUNDA

DIVIDIDA EN TRES LIBROS.

Don A...

TRATA DE LOS CINCO JUICIOS DE INVENTARIO, Y PARTICION DE BIENES DE DIFUNTO, ORDINARIO, EXECUTIVO, Y DE CONCURSO Y PRELACION DE ACREEDORES.

Obra utilísima para todos, y especialmente para los que se dedican al estudio práctico de la Jurisprudencia.

SU AUTOR

DON JOSEF FEBRERO,

ESCRIBANO REAL Y DEL COLEGIO DE ESTA CORTE.

CORREGIDA EN ESTA IMPRESION, Y NOTABLEMENTE MEJORADA CON VARIAS NOTAS QUE ILUSTRAN ALGUNOS PUNTOS INTERESANTES.

TOMO PRIMERO.

LIBRO PRIMERO.

Que comprehende el Juicio de inventario, y el de particion entre la viuda y herederos de su marido hasta reintegrarla de todos sus derechos.

QUINTA IMPRESION.

MADRID EN LA IMPRENTA DE ALBAN AÑO 1807.

Este tomo y los siguientes se hallarán en la Librería de Martinez, frente de San Felipe el Real.

PRÓLOGO.

El objeto del editor de esta obra ha sido publicar la doctrina de Don Josef Febrero, correcta, desnuda de lo que la desfiguraba, y exênta de lo que baxo el velo de reformarla se habia introducido malamente en ella. Se ha procurado por tanto rectificar el lenguage, verificar las citas, excluir de éstas las inútiles, aclarar algunos pasages, fixar las ideas de otros, y hacer todas las mejoras que son compatibles con el pensamiento de que la doctrina de la I. y II. Parte de la Librería de Escribanos salga del modo que pueda ser mas útil á los sugetos que necesitan estudiarla.

Se ha procurado evitar en esta II. Parte la multitud de notas y suplementos que fueron indispensables en la primera, porque no era fácil rectificar de otro modo las opiniones del Autor, y conservar el texto; pero en los casos que no puede hacerse de otra manera, será preciso no extrañar que se haya puesto una que otra nota.

En esta II. Parte ya se han citado las leyes de la Novísima Recopilacion, lo que no pudo executarse en la primera á causa de no haberse publicado este Código hasta poco despues que se concluyó la impresion de ella.

ÍNDICE

DE LOS CAPÍTULOS Y PÁRRAFOS

QUE SE CONTIENEN EN ESTE TOMO.

LIBRO PRIMERO.

DE LOS JUICIOS DE INVENTARIO, y particion de bienes del que murió ex testamento, ó abintestato, entre su viuda y herederos.

Capítulo I. Del inventario y tasacion de bienes de difunto: en qué pena incurre el heredero que oculta algunos de la herencia: y cómo se ha de proceder en el juicio de ocultacion.

§. I. *Qué cosa es inventario, ante qué personas, cómo, en dónde, de qué bienes, y dentro de qué términos debe hacerse, y contra quién prueba, ó no.* . . . . *pág.* 1

II. *Qué personas están ó no obligadas á hacer inventario solemne; el heredero deberá pagar las deudas y legados del difunto aunque sus bienes no alcancen para todo; si por su formacion es visto haber aceptado ó no la herencia.* . . . 26

III. *Si se deben tasar ó no los bienes inventariados, y por qué personas; y en caso que éstas discorden, ó hagan agravios en su valuacion, de qué remedios pueden usar los herederos.* 87

IV. *En qué pena incurre el heredero que oculta la herencia, y cómo se ha de proceder en el juicio de ocultacion.* 104

Capítulo II. De la division y forma de proceder en ella: de los contadores, su oficio, facultades y reglas que deben observar: y cómo han de dividir las cosas indivíduas, el censo vitalicio personal, y la finca enfitéutica.

§. I. *Qué cosa es la division de herencia: quién puede pre-*

tenderla, y ante quién, por quánto tiempo prescribe la accion de pedirla: cómo se ha de hacer entre herederos presentes y ausentes: y en qué forma debe proceder el Juez en ella. . 111

II. *De los contadores, su oficio, facultades y reglas que deben observar para hacer con justificacion la particion y adjudicaciones.* 123

III. *Cómo se han de dividir las cosas indivíduas, y el censo vitalicio personal que el testador tiene contra sí.* 139

IV. *Cómo se ha de dividir la alhaja enfitéutica.* . . 144

Capítulo III. De las deducciones llamadas *comunes y generales*, que se deben hacer del caudal inventariado.

§. I. *Cómo, y por qué órden se han de baxar del caudal inventariado la dote y bienes parafernales de la muger: y en concurrencia de dos ó mas dotes, quál se ha de deducir primero.* . . 149

II. *De dónde se deben deducir el capital que el marido llevó al matrimonio, y bienes que durante éste heredó, ó le donaron.* . . . 180

III. *Qué deudas se deben deducir ó no del cuerpo de caudal inventariado por muerte del testador; cómo los derechos del inventario, y demas que ocurran hasta que se concluya el juicio de particion: y si al heredero que defendió la herencia, ó mejoró los bienes de ella, se deberán pagar ó no los gastos que hizo.* 184

Capítulo IV. Del modo de dividir entre el cónyuge supérstite y herederos del difunto, los gananciales adquiridos durante su matrimonio, y miéntras está la herencia proindiviso, y las mejoras hechas en los bienes libres y vinculados de ámbos cónyuges; y de qué bienes se han de satisfacer la dote y arras, ó dotacion que dieron ó prometieron á sus hijos.

§. I. *Quáles se llaman bienes gananciales, y se comunican á los casados; y cómo se han de dividir entre hijos de dos ó mas matrimonios.* 196

II. *Quándo se comunicarán á los cónyuges los gananciales, ó los perderán.* . 219

III. *Cómo se han de dividir*

las mejoras hechas por los cónyuges en sus bienes libres y vinculados. . . . 236
IV. *Quando por muerte de uno de los cónyuges se quedó el otro mucho tiempo con los bienes de todos, cómo se han de dividir los adquiridos durante la proindivision.* 245
V. *Si de los bienes gananciales, ó de los patrimoniales se han de pagar á los hijos la dote, y donacion* propter nuptias *que sus padres, ó el padre solo les dió, ú ofrecen durante el matrimonio, ó la proindivision; y si por muerte de uno de éstos deberán colacionar aquellos el todo percibido, ó solamente la mitad.* . 256

Capítulo V. Del modo de dividir los frutos de bienes libres y vinculados que el testador dexa pendientes ó cogidos, ya sea entre su viuda y herederos, ó entre otros; y los bienes se hayan llevado al matrimonio, ó adquirido durante él.

§. I. *Cómo se han de dividir, y á quién pertenecen los frutos de la finca vendida por el testador, y no entregada al comprador.* . 270
II. *Cómo se han de dividir los frutos de alhaja enfitéutitica en caso de que el enfiteusi de* nominacion *haya de volver al señor del directo dominio por muerte del enfiteuta.* 273
III. *Cómo se han de dividir los frutos ó posesiones de beneficios eclesiásticos entre los herederos del Beneficiado, y el sucesor.* 276
IV. *Cómo se han de dividir los frutos pendientes del mayorazgo entre el sucesor y herederos del poseedor.* 278
V. *Cómo se han de dividir los frutos pendientes en los bienes de marido y muger, disuelto su matrimonio, ya sean libres ó vinculados, y llevados á éste, ó adquiridoo durante él por uno de los dos, ó por ámbos.* 289

Capítulo VI. De dónde se deben baxar las arras, joyas, alimentos, luto y vestido ordinario de la viuda, y el lecho quotidiano de ámbos cónyuges.

§. I. *Cómo, y de dónde se han de deducir las arras, y joyas y vestidos que el novio dá ú ofrece á su muger*

futura. 305
II. *Si los herederos del marido están ó no obligados á dar alimentos á su viuda, miéntras se hace la particion, y de dónde se deben deducir*. 330
III. *De dónde se deben deducir el luto de la viuda y herederos del difunto, el vestido ordinario de ésta, y el lecho quotidiano que toca al cónyuge supérstite*. 340

Capítulo VII. Del usufructo, y cómo se han de dividir los frutos que dexa pendientes el usufructuario.

§. I. *De las especies de usufructo, en qué conviene, y se diferencia del uso y legado anuo: y si el usufructuario debe ó no pagar las deudas del testador, y cargas de los bienes que usufructúa*. 352
II. *Si estará ó no obligado el usufructuario á dar fianza para gozar el usufructo, y cómo debe darla, quándo en éste habrá ó no lugar el derecho de acrecer: y por qué causas se extingue*. 358
III. *Cómo se han de dividir los frutos que el usufructuario dexa cogidos ó pendientes; y á quién pertenecen*. 372

ERRATAS.

Página	Línea	Dice	*Léase*
1.	17.	leyas.	*leyes.*
22.	penult.	instrumnnto.	*instrumento.*
82.	nota (a) lín. 2.	extriba.	*estriba.*
97.	nota (a) lín. 3.	no enseña nada; ¿por que quien ha de determinar lo mas verosimil sino otro perito Este? es cas ode &c.	*no enseña nada, porque ¿quien ha de determinar lo mas verosimil sino otro perito? Este es el caso &c.*

TRATADO
DE INVENTARIOS, Y PARTICIONES de bienes de difunto.

LIBRO PRIMERO.

DEL INVENTARIO, Y PARTICION DE BIENES del que murió ex testamento, ó abintestato entre su viuda, y herederos.

CAPÍTULO PRIMERO.

DEL INVENTARIO, Y TASACION DE BIENES de difunto; en qué pena incurre el heredero que oculta algunos de la herencia: y cómo se ha de proceder en el juicio de ocultacion.

§. I.

Qué cosa es inventario: ante qué personas, cómo, en dónde, de qué bienes, y dentro de qué término debe hacerse: y contra quién prueba, ó no.

1 Para repartir con arreglo á las leyas, y á la voluntad del difunto, los bienes que dexa, es preciso que ánte todas cosas se haga inventario y tasacion de ellos, sin cuyo acto es quasi imposible hacer una justa y arreglada division; porque el inventario es el principio, cabeza, y basa de toda particion (1).

2 Esta palabra *inventario* se deriva de una latina que significa hallar; y no es otra cosa, que un instrumento en que

(1) Ayor. part. 1. cap. 1. n. 16. Valasc. de Partition. c. 8. n. 1. y 2.

se eseriben los bienes que se encuentran, sea por muerte de alguno, por embargo, ú otro motivo (1); y fué introducido segun derecho comun (2) por quatro razones. La primera, y principal para que los herederos no ocultasen los bienes hereditarios, especialmente los muebles (3). La segunda para que no estuviesen obligados á mas, que á lo que importase la herencia (4). La tercera, para que no dudando mediante él, á quanto ascendia el caudal del difunto, no pidiesen término para admitirla, ó dimitirla (5). Y la quarta, para probar las alegaciones negativas, que de otro modo se juzgan improbables (6).

3 Se divide el inventario en *solemne*, y *simple*. El *solemne* es el que se hace, observando todas las solemnidades por derecho prescritas (7); y el *simple* el que se formaliza, haciendo solamente descripcion, ó nómina de bienes, sin observar con rigor las solemnidades legales: ámbos se diferencian no solo por esta razon, sino en el nombre, bien que convienen en el fin, que es el que se conozca qué bienes, de qué clase, precio, peso, y medida exîsten, y se administran, y han de dividir, y entregar (8).

4 Se ha de hacer el inventario en el lugar del domicilio del difunto, y ante su Juez, aunque todos sus bienes no estén en un Pueblo, sino en diversos, pues una vez empezado, y radicado el juicio, debe á instancia del heredero expedir requisitoria á las Justicias, en cuyo territorio exîstan, á fin de que los inventarien, y tasen; y hecho, le remitan originales las diligencias obradas, para unirlas á las principiadas en su Juzgado (9); lo qual se entiende, aunque fallezca fuera de su

(1) Leyes 99. y 100. tit. 18. Part. 3. y 5. tit. 6. Part. 6. (2) Authent. de Hæred. & falcidia, c. Hinc. nobis 2. collat. nov. y tit. 1. (3) Canc. part. 3. Variar. cap. 2. n. 34. Roland. de Invent. quæst. 5. (4) Valasc. ibi num. 2. Morquech. de Division. bonor. lib. cap. y num. 1. Guerreir. de Inventar. lib. y cap. 1. n. 6. (5) Ley final, §. Cum igitur 1. Cod. de Jure deliberand. Pegas ad Ordinat. lib. 1. tit. 87. §. 4. n. 7. (6) Cap. 11. y 12. de Probation. Hermosill. en la ley 9. tit. 1. Partid. 5. glos. 5. n. 9. Guerreir. ibi. n. 8.

(7) Ley ultim Cod. de Jure deliberand. y ley Tutores, 24. Cod. de Administrat. tutor. (8) Baez. de Decima tutori, cap. 2. n. 41. Señor Molin. de Hispan. primogen. lib. 1. cap. 15. n. 33. Gutierr. de Tutel. part. 2. cap. 1. Guerreir. de Inventar. lib. y cap. 1. dichos n. 14. al 19. (9) Guid. de Forma inventar. n. 25. Cancer. part. 3. Var. c. 2. n. 133. Guerreir. eod. tit. c. 3. n. 1. al 5.

domicilio (1), pues este acaso no puede privar á su Juez de conocer de su testamentaría como competente, y no otro alguno. Por Real Orden de 19 de Junio de 1764 se declaró que el conocimiento de los testamentos, inventarios y particiones de bienes de los Militares difuntos toca á sus Jueces; pero de qualquiera ocurrencia sobre bienes, y herencias que les dexan personas extrañas de este fuero, y pleytos que se suscitan sobre ellas; toca el conocimiento á la Justicia ordinaria como tambien el de los testamentos de sus criados, que mueren fuera de campaña, segun lo dispone el *art.* 14. *trat.* 8. *tit.* 11. de las Ordenanzas del Exército, cuyo literal tenor dice: *La Justicia ordinaria ha de conocer en los inventarios, y pleytos que ocurrieren sobre herencias que se dexaren á los Militares por personas extrañas de la jurisdiccion militar, ó les pertenecieren por testamento, ó abintestato, aunque fueren de sus padres, ó hermanos; y tambien conocerá en los inventarios, y herencia por muerte de qualquiera criado militar acaecida fuera de campaña* (a). De las testamentarías de los Factores de la provision de víveres del Exército debe conocer tambien la Justicia ordinaria, entregados que sean previamente los efectos de la provision, segun está declarado por Real Cédula expedida en el Real Sitio del Pardo á 8 de Marzo de 1785, con motivo de la competencia formada por el Comandante de las Armas de la Villa de Estepona, su Corregidor, y el Intendente de Andalucia, sobre conocimiento de la testamentaría del Factor Don Antonio Uriondo: y la Real declaracion dice: *Con noticia que tuve de esta competencia, y tomado sobre ella los informes, y noticias convenientes, he venido en declarar que el conocimiento, y exámen de dichos autos corresponde notoriamente al expresado Corregidor de Estepona, á quien mando se le devuelvan, para que los continúe conforme á derecho, una vez que se hallan entregados los efectos de la provision, con cuyo respecto debería gozar el fuero de Hacienda, segun las últimas reglas dadas para la provision. Y conformándome para evitar en adelante semejantes conflictos jurisdiccionales, y que se desautorice á los Magistrados, con lo que se me propuso al própio*

(1) Pegas ad Ordinat. lib. 1. tit. 87. §. 4. n. 21. y 29. Guerreir. ibi. n. 5.
(a) Veánse las leyes 4, 5 y 6. tit. 21. lib. 10. de la Nov. Recop. y las notas de ellas, y se sabrá todo lo tocante á este punto.

tiempo, tuve á bien ordenar que la expresada declaracion sirva de regla en este, y demás casos ocurrentes (1).

5 Si el difunto tenia dos domicilios sujetos á un solo Príncipe, pertenece la formacion del inventario al del Pueblo en que fallezca, porque este Juez no solo por razon del domicilio, sino de su muerte, es competente (2). Pero si teniendo dos domicilios, muere fuera de ellos, debe conocer del inventario, y continuarlo el Juez de los dos que lo prevenga (3), á excepcion de que la desigualdad del domicilio sea muy considerable, pues en este caso pertenece hacerlo al del en donde vivia la mayor parte del año (4).

6 Pero qué Juez del domicilio del difunto, ha de conocer ¿el Eclesiástico, ó el Secular? Siendo instituidos por el lego varios herederos, de los quales uno, ó mas de ellos son Clérigos, se debe hacer el inventario ante el Juez secular, por órden del qual se ha de citar á los Clérigos como á los legos para él; y la razon es, porque esta citacion no lo es propiamente, sino un mero aviso, para que como interesados en parte, de la herencia, comparezcan si quisieren á usar de su derecho, lo que ni arguye, ni supone superioridad, y así ni se les apremia á ello, ni por no comparecer incurren en contumacia, ni se anula el acto (5). En la sucesion del lego al Clérigo, ya sea por institucion, ó abintestato, como tambien en la apertura, y publicacion de su testamento, é insinuacion de la donacion se ha de proceder ante el Juez secular; porque la qualidad eclesiástica como personal subsiste únicamente en los bienes del Clérigo miéntras vive; pero una vez muerto, espira con su persona: y la herencia por su adicion ó aceptacion pierde el nombre del que la dexó, y toma el del aceptante, de cuyo patrimonio se constituye (6).

7 Y si el testador, y su heredero son Clérigos, ó el Clé-

(1) Ley 7. tit. 21. lib. 10. Nov. Recop. (2) Oliva de Foro Eccl. part. 3. quæst. 28. Pegas ad Rubr. ordinat. lib. 2. tit. 56. n. 7. Guerreir. ubi proximè, n. 24. (3) Arouca, allegat. 7. n. 4. Oliv. ibi. quæst. 33. (4) Oliv. dicha q. 18. Guerreir. dicho cap. 3. n. 25. y 26. (5) Señor Covarr. Pract. cap. 31. Señor Salg. Labir. creditor. part. 1. c. 2. p. 2. Cur. Philip. illustr. tom. 1. part. 1. §. 5. n. 28. (6) Señor Salg. ibi. Carl. de Judic. tit. 1. disp. 2. quæst. 5. n. 337. Sarabient. de Redditib. part. 4. cap. 1. n. 8. Lasart. de Dec. cap. 19. n. 44. Cur. Philip. ibi n. 26.

rigo lo es del lego, digo que la publicacion, y apertura del testamento cerrado, y la insinuacion de la donacion en que el Clérigo es instituido heredero de lego, ó de donatario suyo, se deben hacer ante el Juez secular como competente (1), segun senté en mi primera parte últimamente adicionada *cap.* 1. §. 21. *n.* 288. y la tutela legítima, y curaduría de la persona, y bienes de menores legos que se confiere al Clérigo su pariente, ha de ser discernida ante él mismo (2), y por consiguiente dada la cuenta de ella ante él; lo que al contrario la de menores Clérigos que se encarga al Lego, se ha de discernir por el Juez eclesiástico, y por él mismo se debe aprobar la cuenta (3), pero el inventario de bienes en que el Clérigo sucede al lego, ó á otro Clérigo, ya sea por institucion, ó abintestato, como pariente mas cercano y el de causa ó lugar pio que han sido instituidos herederos, se ha de practicar ante el Eclesiástico (4): la razon es, porque ya se trata de interés de Clérigo, y de cosa eclesiástica, y por la aceptacion de la herencia se constituyen suyos los bienes, y pierden el nombre, y privilegio del sugeto de quien fueron.

8 Todo lo explicado en el número inmediato acerca del inventario de bienes de Clérigo, ó del lego que dexa á Clérigo, lugar pio, ó Comunidad eclesiástica por sus herederos, es conforme al dictamen de los AA. que fundados en la razon expuesta á su final, lo han concebido así; (bien que algunos dudando de su opinion, dicen que se esté á la costumbre del Pueblo) pero hoy está resuelto y mandado por Real Cédula de 13 de Junio de 1775, que los Jueces Eclesiásticos no conozcan de nulidad de testamentos, é inventarios, seqüestros, y administracion de bienes, aunque se hayan otorgado por Eclesiásticos, y algunos de los herederos, ó legatarios sean Comunidades, ó personas eclesiásticas; cuya Cédula se comunicó de órden del Consejo á las Chancillerías y Audiencias del Reyno, hablando peculiar-

(1) Ley 6. tit. 18. lib. 10. Nov. Recop. y ley 9. tit. 4. part. 5. Señor Covarr. pract. c. 8. Carlev. ibi n. 332. (2) Ley 45. tit. 6. part. 1. y ley 14. tit. 16. part. 6. (3) Señor Greg. Lop. en la ley 1. glos. 1. tit. 16 part. 6. Gutier. lib. 2. pract. quæst. 49. n. 5. Phanuc. de Inventar. quast. 240. n. 25. Carlev. ibi n. 345. al 347. Curia Philip. part. 1. Juicio Civil §. 5. n. 30.

(4) Roland. de Inventar. part. 2. q. 17. n. 1. Gutier. dicha q. 49. n. 1. y 2. Acev. en la ley 15. tit. 4. lib. 5. Rec. (que es la 6. tit. 18. lib. 10. Nov. Recop.) n. 4. y 9. Carl. ibi n. 337.

mente con cada una. Y para que las personas particulares no dexen de usar de su derecho, é introducir en los Juzgados competentes los recursos de fuerza en conocer, y proceder, si se entrometiesen los Jueces eclesiásticos en su conocimiento, á causa tal vez de ignorar esta decision, ni sean molestadas, y sacadas de su fuero, tengo por útil, y aun preciso insertarla aquí, y á la letra dice: = *EL REY. A vos, &c. sabed: Que por Don Juan Bautista Nardiz vecino de la Villa de Bermeo en el Señorío de Vizcaya, se me representó que Doña María Ana, y Doña María Antonia Nardiz hermanas: la primera casada con Don Josef de Lorra Síndico del Convento de San Francisco de la referida Villa, y la segunda que vivia en su compañía de estado honesto, otorgaron con el expresado Don Josef á influxo del Guardian del mencionado Convento, y de otro Religioso que era Confesor de la Doña María Ana, testamento con fecha de 20 de Marzo de 1721, en el que dispusieron de todos sus bienes á favor del Convento con título de fundacion de Misas rezadas, y que nombrasen Administrador de los referidos bienes el Guardian, y discretos del Convento, teniendo aquel un voto, y estos otro: que los causantes de Nardiz noticiosos de lo que pasaba, luego que falleció la Doña María Antonia, acudieron ante la Justicia ordinaria de la expresada Villa de Bermeo, pidiendo se declarasen nulas sus disposiciones, y la de Doña María Ana, y se les declarase por herederos abintestato; pero el Administrador Don Juan Bautista de Arteaga recurrió al Ordinario eclesiástico de Calahorra, y consiguió que inhibiese á la Justicia Real, y aunque llevados allí los Autos, declinaron la jurisdiccion ordinaria, sustanciado el artículo, se declaró Juez competente, é introducida la fuerza en la Real Chancillería de Valladolid, declaró que no la hacia el Juez eclesiástico en conocer, y proceder en dicha causa; lo qual ha sido origen de los graves perjuicios, é imponderables dispendios que despues se han seguido á la familia del referido Nardiz, que por necesidad se sujetó á la jurisdiccion eclesiástica. Que sin embargo de que probaron en la primera instancia no solo las persecuciones de los Frayles de aquel Convento, Guardian, y Confesor, sino las amenazas, y malos tratamientos que Don Josef de Lorra hizo á su muger para obligarla á hacer aquella disposicion, como tambien las sugestiones que intervinieron para que accediese á ella su hermana Doña María An-*

tonia, la qual vivió miserablemente baxo la opresion de los Frayles que la aterraban con el juramento que tenia hecho de no revocar el testamento, á lo que habia manifestado sus deseos, el Ordinario eclesiástico habia declarado válidas las disposiciones. Y que llevados los Autos al Tribunal de la Nunciatura despues de diferentes sentencias dadas en ellos revocatorias unas de otras, últimamente habia recaído Executoria de tres conformes declarando válidas dichas disposiciones; y exponiendo por menor la resistencia de estas con lo dispuesto en las Leyes del Reyno, y Autos acordados, la injusticia de dichas determinaciones segun lo que resulta justificado en Autos, y la nulidad del Auto de fuerza de la Real Chancillería que ha sido el motivo de tantos perjuicios, y con que ha quedado arruinada esta familia: me suplicó fuese servido mandar que el mi Consejo hiciese traer los Autos que se hallaban en la Secretaría de Breves de la Nunciatura, y resultando por ellos que es negocio que toca á la jurisdiccion Real, emplazar á las partes, y con su Audiencia se determinen en él por los mismos Autos, coadyuvando el derecho de dicho Don Juan Bautista Nardiz el mi Fiscal, atendiendo á las dilaciones, y mayores gastos que se ocasionarian de remitirlo á la Justicia Ordinaria donde tuvieron su principio, ó á la Chancillería: y habiendo sido servido de remitir al mi Consejo la citada representacion, para que me consultase sobre su contenido, y súplica quanto se le ofreciese, y pareciese: vista en él con los antecedentes que se citan, y se mandaron entregar ad effectum videndi, *teniendo presente lo expuesto sobre todo por el mi Fiscal, en Consulta de 22 de Marzo de este año me hizo presente su parecer, y por mi Real deliberacion á ella, que fué publicada en él, y mandada cumplir en 11 de Mayo próximo antecedente, entre otras cosas.* He vertido en declarar *que el conocimiento de la nulidad, ó validacion de los Testamentos, y Codicilos otorgados á nombre de Don Josef de Lorra, y su muger Doña María Ana de Nardiz, y de Doña María Antonia su hermana, corresponde á la Justicia Real, y que se retengan los Autos en el mi Consejo en donde toca su conocimiento, por ser las citadas disposiciones notoriamente contra el auto acordado 3. tit. 10. lib. 5. de la Recop. y para execucion de lo demás resuelto he acordado expedir esta mi Cédula: por lo qual os hago la mas séria advertencia para que en adelante no permitais que los Tribunales Eclesiásticos tomen semejantes conocimientos de nulidad*

de testamentos, inventario, secuestro, y administracion de bienes, ni en iguales juicios Reales en que todos son actores, aunque se hayan otorgado por personas eclesiásticas, y algunos de los herederos, ó legatarios sean Comunidades, ó personas eclesiásticas, pues todos como verdaderos actores al todo, ó parte de la herencia que siempre se compone de bienes temporales y profanos, deben acudir ante las Justicias Reales Ordinarias, por ser además de las razones expuestas la testamentifaccion activa civil sujeta á las leyes reales sin diferencia de testadores, y un instrumento público que tiene en las Leyes prescripta la forma de su otorgamiento: y mando que los recursos de esta naturaleza se pasen á mis Fiscales residentes en esa Audiencia para que defiendan la jurisdiccion Real con el zelo y doctrina que deben por sus empleos, dando cuenta al mi Consejo de los casos en que la vieren atropellada; y quiero que esta mi Real Cédula se lea en el Acuerdo pleno con la asistencia precisa del Regente, y de los Fiscales, y se coloque en el Archivo; repitiendo su lectura en el primer dia de Tribunal del mes de Enero de cada año, para que no se olvide su puntual observancia por lo mucho que importa escusar á los Vasallos el ser fatigados con sacarlos á litigar de sus propios Jueces, á cuyo fin dareis las órdenes y providencias que convengan; que así es mi voluntad. Dada en Aranjuez á 13 de Junio de 1775. = YO EL REY. = Por mandado del Rey nuestro Señor: Don Josef Ignacio de Goyeneche. Esta Real Cédula con referencia de las remitidas á las Reales Chancillerías y Audiencias, aunque sin especificar el recurso, y personas que lo motivaron, se renovó, y publicó por otra su fecha en el Real Sitio de San Lorenzo á 15 de Noviembre de 1781, que en lo dispositivo está conforme con aquellas, y es la ley 16. tit. 10. lib. 10. Nov. Rec.

9 Se presume que todos los bienes contenidos en el inventario fueron de aquel, por cuya muerte se hizo (1). Pero los efectos de esta suposicion recaen solamente sobre el que los puso, ó mandó poner, contra el qual prueba de tal suerte, que aunque él, ó su heredero aleguen ser suyos algunos de los inventariados, no serán oidos, porque se juzga que el que lo executó, los donó

(1) Ley fin. Cod. Arbitrium tutelæ, ley Chirographis, ff. de Administrat. tutor. Menoch. præsumpt. 97. lib. 6. Ciriac. controv. 25. n. 60.

al sugeto, á cuyo favor lo hizo, y así no admite prueba en contrario (1); pues en el hecho de inventariarlos, es visto confesar haber sido de aquel en cuyo nombre los inventarió. De consiguiente no puede ir contra su própia confesion (2); por que esta, siendo hecha con cierta ciencia, induce donacion (3).

10 Se limita lo expuesto en cinco casos. El I. quando el que inventarió cosas suyas, porque se hallaban entre las del difunto, protestó al instante que eran suyas (4). El II. quando los bienes suyos que inventarió, son inmuebles, pues los de esta clase no se consideran donados como los muebles, ó quando se acredita lo contrario por vista ocular, cuya prueba es superior á todas las demas (5). El III. quando implora el beneficio de la restitucion, pues se ha de acceder á ella por haberlos inventariado inconsiderada, é imprudentemente (6). El IV. quando consta haber errado en la formacion del inventario, y hubo causa justa para haber cometido el error, pues goza del beneficio de la restitucion como los menores, porque la presuncion aunque sea *juris*, *et de jure*, admite prueba en contrario (7). Y el V. quando por instrumentos legitimos, y vista ocular califica no ser tantos los bienes quantos los inventariados, y que por lo mismo se deben separar del inventario (8).

11 El inventario jamas prueba contra tercero; y así siempre que este haga constar que algunos de los bienes inventariados son suyos, se le deben entregar, porque como no presenció su formacion, ni fué citado para ella, no le debe perjudi-

(2) Plot de In litem jurand. § 5. n. 28. Borgin. de Tutorib. n. 65. y 66. Afflict. decis. 13. n. 1. y 40. Morquech. lib. y cap. 1. dichos, n. 4. (2) Dicha ley fin. Cod. Arbitrium tutelæ. (3) Ley Cujas per errorem, ff. de Regul. jur. Ley Si aliquam rem, ff. de Acquirend. posses. y ley Cum quis, Cod. de Juris, et facti ignorant. (4) Rota in Antiquis, tit. de Donatione inter vir. et uxor. decis. 1. n. fin. Ciriac. controvers. 25. per tot. Guerreir. de Inventar. lib. 1. cap. 4. n. 11. (5) Morquech. ibi n. 42. Ciriac. ibi n. 5. Guerreir, dicho cap. 4. n. 13. y 14. (6) Pacian. de Probation. lib. 1. cap. 11. n. 48. Menoch. præsumpt. 97. dicha, Guerreir. ibi n. 16. (7) Valasc. consult. 52. n. 11. Morquech. ibi n. 44. Celin. in cap. Quando, de Præsumpt. Gutier. de Tutel. part. 2. cap. 1. n. 103. Guerreir. ibi n. 17. al 19.

(8) Ciriac. controvers. 25. y n. 5. dichos, Gutier. ubi proxime, Guerreir. ibi n. 20. y 21. Menoch. ibi.

car la confesion voluntaria y erronea, ó maliciosa que hizo el heredero, ó el que lo formalizó (1), al modo que los libros de cuenta, y razon que alguno tiene en su poder, hacen fé contra él, como el inventario, mas no contra tercero (2).

12 Se duda si el heredero, ó el que formalizó el inventario, podrán contravenir, ó reclamar la declaracion del difunto, en la que al tiempo de morir afirmó dexaba tales bienes (nombrándolos), ó si esta declaracion induce tal prueba contra ellos, que no deban ser admitidos á redarguir al Testador de haber padecido equivocacion, y excedídose en su asercion? A mí me parece que no deben ser admitidos á redarguir al Testador, porque el heredero que formalizó el inventario, debe observar tal como las hizo las disposiciones de su causante, como regularmente está obligado (3).

13 No obstante, se ha de distinguir de casos. Si la reclamacion del heredero es por el derecho que le compete por su própia persona (v. gr. por haber enagenado alguna cosa suya el difunto) puede impugnarlo legítimamente (4). Si es por el que le compete por la del difunto, no, pues debe observar la declaracion hecha por este; bien que algunos (5) afirman que en ámbos casos está obligado indistintamente á su observancia en quanto percibe lucro de la herencia. Si hizo, ó declaró alguna cosa segun, y conforme á derecho, tiene igual obligacion, á ménos que pruebe haberla hecho, ó declarado con error manifiesto (6). Y si fué contra derecho, puede impugnarlo, al modo que el mismo difunto podria (7).

14 Para que el inventario solemne de bienes de difunto pruebe, sea válido y produzca los sesenta y ocho efectos que

(1) Capic. decis. 107. Bursat. consil. 9. Valasc. ibi n. 12. 14. y 15. Menoch. præsumpt. 26. dicho lib. 6. Cancer. part. 3. Var. cap. 2. n. 7.

(2) Ley fin. tit. 18. Partid. 3. ley Rationes: y ley Exemplo, Cod. de Probation. Escobar, de Ratiocin. cap. 11. Ric. part. 7. collect. 2817. Surd. decis. 199. Menoch. præs. 63. lib. 3. Vela, disert. 38. n. 5. y 27. Ciriac. ibi n. 6. (3) Ley Cum à matre, Cod. de Reivindication. y ley Filios, ff. de Liberal. caus. (4) Ley fin. Cod. de Eviction. (5) Valasc. consult. 52. cit. n. 44. Pinel. in leg. 1. part. 3. Cod. de Bonis matern. Guerreir. de Inventar. lib. 1. cap. 4. n. 34. al 36. (6) Gutier. de Gavel. part. 2. cap. 1. n. 103.

(7) Ley Quemadmodum, et ibi y ley 1. Cod. de Prædiis minor. Surd. consil. 237. n. 21. lib. 2. Pinel. in dict. leg. 1. part. 3. Noguerol, allegat. 19. n. 29. 98. y 107. y allegat. 28. n. 70.

recopila *Guerreir. de Inventar. lib. 4. cap. fin.* y omito á beneficio de la brevedad, son precisos segun derecho antiguo varios requisitos. El I., que se cite no solamente á los herederos, sino á los legatarios, y acreedores ciertos, y á cada uno particular, ó singularmente en sus personas, pudiendo ser habidos, por si quieren presenciar su formacion, y estando ausentes en parage, de donde puedan venir, por requisitoria; pero si se ignora su paradero, por edictos, ó proclamas; y que en la citacion se pongan el dia, mes, año y hora (1). Y la razon es, porque los acreedores pueden pedir (al modo que otro qualquiera interesado) la formacion del inventario; y para que qualquiera acto sea válido, debe ser hecho con presencia ó citacion de todos aquellos, á quienes de él puede resultar utilidad, ó daño, pues de otra suerte no les perjudica (2).

15 Pero hoy no se practica regularmente en estos Reynos de Castilla esta legal disposicion en quanto á citar los acreedores, ni legatarios; lo I., porque está en su arbitrio redarguir de diminuto el inventario siempre que averiguen haberse omitido en él algunos bienes, pues no les daña, respecto no han sido citados (3); y lo II., porque habiendo bienes que partir, no se les puede irrogar perjuicio, pues ántes que se haga la division, se deducen (como se debe) los créditos contra el caudal, por no haber, ni llamarse herencia sino el residuo, segun diré en el cap. 3. de este libro; por cuyas razones se cita solamente á la viuda, y herederos entre quienes se ha de hacer la particion, á los quales es preciso citar siendo posible, lo uno, porque lo que á todos toca singular, ó peculiarmente, por todos se debe aprobar (4); lo otro, porque sin la citacion ningun conocimiento de causa puede ha-

(1) Ley 5. tit. 6. p. 6. Ley ultim. Cod de Jure deliberand. verb. Cæterorum, et ibi glos. Authent. de Hæredibus, et falcidia cap. Hinc nobis, collat. novel. y tit. 1. Jason in dict. leg. ultim. Cancer. part. 3. Var. cap. 2. n. 65. y sig. Valasc. dicha consult. 52. n. 21. Morquech. lib. y cap. 1. n. 7.
(2) Ley Nam ita Divus, ff. de Adoption. y Ley De uno quoque, ff. de Re judicat. cap. Quod omnes tangit de Regul jur. in 6. Pegas ad Ordinat. lib. 1. tit. 87. §. 4. n. 59. (3) Parlad. lib. 2. Rer. part. 4. cap. fin. §. 1. n. 8. Cancer part. 3. Var. cap. 2. n. 66. (4) Dicho cap. Quod omnes tangit, y ley in hoc judicio 27. ff. Familiæ erciscund.

ber (1); y lo otro, porque el juicio divisorio no puede hacerse en parte, ni mas que una vez (2), regularmente hablando.

16 El II requisito es, que se haga ante personas públicas con autoridad pública, que son Juez y Escribano (3); pero de necesidad no se requiere la presencia del Juez, basta la del Escribano (4); lo qual se observa en esta Corte precediendo auto de Juez, y concurriendo á su formacion los mismos interesados, ó al menos siendo citados éstos, porque ninguna ley nuestra lo manda, ni las 99. y 100. *tit.* 18. *Part.* 3. que prescriben la forma de estender el inventario los herederos, y el tutor, ni la 5. *tit.* 6. *Part.* 6. hablan de semejante cosa; por lo que reconociendo el Consejo que á mas de no ser del caso la presencia judicial, se causaban gastos inútiles, y perjuicios á los menores, y ausentes: que en el de querer ocultar algunos bienes el heredero presente, ó el tutor, nadie se lo puede impedir, por mas que el Juez se desvele en precaver la ocultacion: que los menores, y ausentes pueden deducirla despues, si la verifican: y que la asistencia del Juez ningun vigor dá al inventario, ántes bien causa perjuicio á los interesados; mandó sábia, y justísimamente por el cap. 5. del Arancel dado á los Tenientes de Corregidor de esta Villa en 11 de Abril de 1768, que solo asistiesen á inventarios, y tasaciones de bienes de testamentarías en los casos que hubiese que recontar porcion de dinero, ó inventariar alhajas preciosas, para lo qual se consideraban bastantes dos dias, y no á los demás inventarios, tasas, ni almonedas, por no ser necesaria su asistencia, y bastar la de los interesados; y siendo menores, ó estando ausentes, la de sus tutores, curadores y defensores; y el capítulo á la letra dice: *Los Tenientes solo asistan á inventarios,*

(1) Ley In causæ cognitione 13. vers. causa enim cognita, ff. de Minorib. ley Bona autem, §. Si causa cognita 8. ff. de Bonor. posses. et ibi glos.

(2) Ley Si filia nupta, §. fin. ff. Familiæ erciscund. y ley 1. ibi DD. Cod. eod. tit. Valasc. de Partition. cap. 7. n. 2. y 3. (3) Ley de Creationibus, Cod. de Episcop. audient. glos. in leg. Tutor: ff. de Administr. tutor.

(4) Valasc. de Partition. cap. 8. n. 7. Ayor. de Partition. part. 1. cap. 2. n. 1. Morquech. lib. y cap. 1. n. 8. Guerreir. de Inventar. lib. 1. cap. 8. numer. 2. y 4.

y tasaciones de bienes de testamentarias ente, casos que haya que recontar dinero, ó inventariar bienes y alhajas preciosas, para lo qual se considera que bastan dos dias: y en estos casos solo puedan llevar treinta reales por mañana, y otros tantos por la tarde. En los demás inventarios, tasas y almonedas no es necesaria la asistencia del Juez, pues basta la de los interesados: y siéndolo menores, ó ausentes, la de sus tutores, curadores, y defensores por ellos. Cuyo precepto se dirigió á libertar á los interesados del crecido gravamen de derechos superfluos del Juez, y se debe establecer, y observar en todo el Reyno, porque quando el Príncipe manda á algun Juez una cosa, es visto, y se entiende mandarla á todos los de sus dominios en igual caso, y circunstancias, mucho mas si el testador ordena que no asista, y que solo el tutor, testamentario ó personas que elige, lo hagan extrajudicialmente á presencia de Escribano y testigos, pues puede mandarlo así, y asimismo que formalicen la tasacion y particion de sus bienes; en cuyo caso deberá ser obedecido, como diré en la nota sexta del cap. 10. §. 2. lib. 2. de este tratado, y no mezclarse en ello el Juez, porque le está prohibido interponer de oficio su autoridad á la utilidad privada. Esta práctica se observa como justa en Aragon, y Valencia, segun afirma Colon en su Instruccion de Escribanos, lib. 3. cap. 3. tom. 2. Pero esto se entiende no pretendiendo algun acreedor que se haga inventario judicial, porque si lo pretende, deberá intervenir el Juez con los nombrados por el testador, y satisfechos el acreedor, ó acreedores, cesará, y los comisionados evacuarán lo que el testador les ordenó, entre sus herederos, sin que el Juez deba impedírselo, por haberse acabado la jurisdiccion que le prorrogaron los acreedores, y empezar para con los comisionados la que les dió como pudo, el Testador, la que evacuarán por sí solos.

17 El III es, que se inventarien todos los bienes que dexó el difunto, y del modo de practicarlo trata una ley romana (1), donde se prescriben los bienes que deben inventariarse, y el modo y términos con que se debe proceder, y aunque habla expresamente de los que se confiscan á los delinqüentes se

(1) Ley 7. Cod. de Bonis proscriptorum.

debe observar lo·, pojo en los de otro qualquiera, porque milita igual razon qi. mas el inventario de los confiscados (1): y quando versa la misma razon en un caso que en otro, se debe ampliar comprehensiva, y no extensivamente á todos la disposicion de la ley, y atender mas á ella que á lo material de sus palabras, y caso de que trata (2).

18 La citada ley manifiesta que en el inventario se deben poner por clases separadas, y por menor todos los bienes libres muebles, raices y semovientes que el difunto haya dexado, y le pertenezcan no solo en el Pueblo de su domicilio, y fallecimiento, sino en otros qualesquiera de dentro, y fuera del Reyno, y Provincia, con distincion, y separacion de cada cosa, especie y cantidad, é individuales señales de peso, medida, hechura, color, calidad, sexô, edad, linderos y demás correspondientes, segun sean los bienes; pues faltando esta claridad, y especificacion, y haciéndolo obscuramente, es nulo, porque es lo mismo que no haberlo hecho, respecto no puede servir para el fin á que se dirige (3): por lo que no aprovecha al que no lo formaliza con la claridad, pureza y rectitud que debe (4). Y sin embargo de que algunos inventarian indistintamente por piezas los que en cada una exîsten, no debe observarse este método, porque es confusion para hacer la division, y saber á quánto ascienden los de cada clase, y así los de cada una se han de poner juntos, aunque estén en diversos lugares, y piezas, como en esta Corte se practica.

19 Se han de inventariar en igual forma los instrumentos, libros y papeles concernientes á la herencia, y los censos, efectos, juros, derechos y acciones libres; previniendo que los libros, y papeles tocantes á los bienes hereditarios, deben que-

(1) Valasc. consult. dicha, n. 1. y de Partitionib. cap. 8. n. 8. Cancer. part. 3. Var. cap. 2. n. 34. y 35. (2) Ley Cum pater, §. Dulcissimis, ff. de legat. 2. Guerreir. de Inventar. cap. 10. n. 3. al 5. y 53. al 85. lib. 1.
(3) Ley Ea quæ, ff. de Contrahend. emption. ley Julianus, §. Idem Julianus: y ley Quæro, ff. de Action. empti, ley Quod venditor, ff. de Dolo, y ley Si quis venditor, ff. de Ædilitio edict. Guerreir. de Inventar. lib. 1. cap. 9. n. 1. y 2. cap. 10. n. 6. y cap. 11. n. 2. al 4. (4) Barbos. in Authent. Sicut alienatio, Cod. de Sacrosanct. Eccles. n. 34. y 35. y lib. 3. vot. 116. Antunez Portugal de Donation. reg. part. 3. cap. 19. n. 27. Valasc. dicha consult. n. 10. Guerreir. dicho cap. 9. n. cit.

dar depositados en poder del inventariante, para que no padezcan extravío, ni los interesados en ellos experimenten perjuicio (1).

20 Tambien se deben inventariar las deudas puras, condicionales, ó á dia cierto, que el testador tenia á su favor, ó contra sí, y asimismo el débito del mismo heredero (2), pues haciendo el inventario con la pureza legal, tiene derecho á cobrarlo como los demás acreedores sus créditos; pero no está obligado á poner en él los gastos que hizo en su entierro, ni otros justos, y si se dudase de ellos, puede probarlos por su juramento, testigos, ú otro medio legal (3). En dichas deudas se incluye lo que las Hermandades que tenia el difunto, debian pagarle por socorros, lutos, enfermedades y otras cosas segun sus Constituciones, y satisfacieron á sus herederos, ó viuda, pues todo es caudal suyo que lo tenia anticipado en vida, y así es divisible entre todos, y no toca al legatario del quinto, ni á otro en particular. Y aunque algunos dicen que de las deudas á favor no se debe hacer inventario, á menos que consten por instrumentos, ú otras pruebas legítimas (4), ni tampoco de las en contra, excepto que sean líquidas, porque siguen la naturaleza de la obligacion, y requieren mayor conocimiento, el qual no toca al juicio de particion, que es sumario (5), no se sigue esta opinion, pues unas, y otras se ponen y deben poner por via de declaracion con su respectiva qualidad al fin del inventario, ya haya, ó no instrumento que lo acredite; las primeras, porque de omitirse, se dá lugar á ocultacion, y no se puede intentar su co-

(1) Ley fin. al princip. ff. de Requirend. reis, y ley 1. §. penult. ff. de Ventre in posses. mittend. Boler. de Decoct. tit. 3. quæst. 1. n. 8. y 9. Pegas dicho §. 4. n. 321. (2) Ley Ea quæ, Cod. Familiæ erciscund. ley Cum ad præsens. 37. Respiciendum 38. y Itaque 39. ff. de Reb. credit. ley Conditio 100. y ley Si ita stipulatus 120. ff. de Verbor. obligation., y leg Institutio talis 10. §. fin. ff. de Conditionib. institution. Cancer. dicho cap. 2. n. 41. Guerreir. dicho cap. 10. n. 7. 19. 20. 53. 54. y 127. (3) Ley 8. tit. 6. Partid. 6. et ibi glos. 1. (4) Sard. decis. 222. n. 9. Valasc. dicha consult. 52. n. 10. y de Partitionib. cap. 8. n. 12. Gutier. de Tutel. part. 2. cap. 1. n. 90. y 91. Ayor. de Partition. part. 1. cap. 2. n. 4. Cancer. ibi n. 39.

(5) Fragos. de Regimin. reipublic part. 3. lib. 5. disp. 8. §. 8. n. 59. Guerreir. de Divis. lib. 6. cap. 13. n. 4. al 9.

bro por la ignorancia, y las segundas, para deducirse de la herencia en caso que se verifiquen, ántes de proceder á la division, y no irrogar á los acreedores el perjuicio de tener que dirigir su accion por su importe á prorrata contra cada heredero despues de hecha. A mas de que la *ley* 100. *tit.* 18. *Part.* 3. que trae la forma de ordenar el inventario, no solo habla indistintamente, sino que dá á entender que se debe practicar así, en estas palabras: *E primeramente otorgó; é vino conociendo que habia fallado en los bienes de su padre el finado tantas cosas muebles, é tantas raices, é tantas debdas quel debian, ó quel debia, nombrando todas estas cosas quantas son, é quales: E otrosi quien son los debdores, é quantas son las cartas de las debdas, é por qual Escribano fueron hechas.* Pero si alguno de los interesados negare el débito, bastará su negativa para impedir su deduccion, aunque el que formalizó el inventario, lo haya confesado (1).

21 Las cosas litigiosas se deben inventariar como tales; pero no dividirse hasta que se declare si pertenecen ó no á la herencia (2). Se deben tambien inventariar las agenas, que al tiempo de la muerte del testador se encuentran entre las de éste, ya las tenga en depósito, ya en commodato ó prenda, para que no se pierdan, ni extravíen, y evitar que á sus dueños se haga fraude (3), excepto que estos impidan que se inventarien (4), pues en este caso si piden que se les entreguen, y los herederos no niegan que sean suyas, basta que justifiquen sumariamente que lo son, y si lo confiesan porque les consta, no hay para que hacer la justificacion, pero si alguno de ellos lo niega, es preciso que en via ordinaria acrediten pertenecerles (5).

22 Se deben inventariar del mismo modo los frutos de los

(1) Surd. consil. 5. desde el n. 22. al 50. Menoch. consil. 315. n. 53. Guerreir. dicho cap. 23. n. 7. y de Inventar. dicho cap. 10. n. 23. (2) Pegas ad Ordin. lib. 1. tit. 87. §. 4. n. 236. Gracian. Discept. forens. cap. 333. n. 14. y 15. Guerreir. dicho cap. 10. n. 13. 66. y 67. (3) Valasc. dicha consult. 52. n. 10. Cancer. part. 3. Var. cap. 2. n. 43. Pegas ibi n. 319. Sr. Castill. de Tertul. cap. 30. n. 29. y 30. (4) Sr. Boler. de Decoction. debitor. tit. 5. quæst. 31. n. 14. (5) Mendez de Castr. in Prax. part. 1. lib. 3. n. 57. Pegas ibi n. 245. Guerreir. ibi n. 15. y 16.

bienes libres, y vinculados del testador, ya sean naturales, v. g. trigo, vino, &c. en que interviene, ó no la industria humana, ó bien civiles, v. g. réditos, pensiones, &c., ora estén pendientes en las mismas fincas, ó vencidos hasta el dia de su muerte, y asimismo las mejoras hechas en los bienes libres, pues todo aumenta su herencia (1); y en quanto á las de los vinculados respecto no tocar parte alguna de ellas á la muger, hijos, ni herederos del poseedor difunto, segun la ley 46. de Toro, como expondré en el cap. 4. §. 3. de este libro, tengo por inútil que se inventarien, y así no habrá obligacion de hacerlo. Pero los frutos civiles, y naturales que no quedaron pendientes, ni vencidos, y produxeron los bienes privativos del difunto ó del cónyuge que sobrevive mientras se trató la particion, no se han de inventariar despues, ni partir con este, ni con los herederos de aquel, porque son própios del dueño de las fincas, censos y efectos que los rindieron (2); excepto en los casos en que siga tácitamente la sociedad conyugal, los que explicaré en dicho cap. 4. §. 4.

23 Los vestidos de la muger, é hijos del difunto tambien se deben poner por inventario, excepto los quotidianos. Pero si su padre, ó su marido les hubiesen dado para este uso alhajas, trages, y otros adornos preciosos, como sucede entre los grandes, títulos y personas ricas, ó si en el Pueblo hubiere costumbre de que entre estas personas se tengan los adornos, y vestidos preciosos de la muger, é hijos del difunto por quotidianos, no se hará inventario de ellos, antes bien se estimarán como donados por el marido en parte de los alimentos, á que estaba obligado, y los harán suyos (3); lo qual se practica en esta Corte con los vestidos, y joyas que las Grandes compran con lo que se las dá con titulo de alfileres, ó gastos de Cámara, pues son suyos privativamente, porque se pacta así en los contratos nupciales, y hay esta costumbre: y por esta razon pueden disponer de ellos, y no se reputan de las testamentarías de sus maridos. Véase lo que ex-

(1) Pegas dicho §. 4. n. 77. 330. y 331. Guerreir. ibi n. 79. y 80.
(2) Ayor. part. 1. cap. 6. n. 10. (3) Surd. de alim. tit. 4. quæst. 2. n. 20. Pegas dicho n. 77. y 78. Ciriac. controvers. 120. Guerreir. dicho cap. 10. n. 94. 104. y 105.

plicaré en el cap. 6. de este lib. n. 56. acerca del vestido ordinario de la viuda.

24 El lecho quotidiano se debe inventariar con distincion, y especificacion de las cosas de que se compone, pues aunque es cierto que si no hay acreedores, no se ha de dividir, porque toca al cónyuge, como diré en el cap. 6. de este lib. §. 3. sirve su descripcion para su específica restitucion en el estado en que se halle, si se vuelve á casar, segun expondré en dicho cap. 6. n. fin. y en caso de haberlos, para que no se dude si es el quotidiano, ó lo ha de llevar, ó no el supérstite en perjuicio de ellos (1); pero es de advertir que si se omite inventariarlo, no se debe abonar al viudo, porque es visto haberse quedado con él, y de consiguiente queda privado de toda accion.

25 Los bienes específicamente legados se deben inventariar, y tasar, aunque el legatario lo resista, no dudándose que son de la herencia, para ver si caben, ó no en el tercio, ó quinto, en caso de ser ascendientes, ó descendientes legítimos los herederos, ó para que el extraño saque la *quarta falcidia* en los casos en que por derecho se le permite (2), de los quales traté en el cap. 1. §. 13 de mi primera parte.

26 Ultimamente se deben inventariar los bienes dotales, parafernales, y hereditarios de la muger que existan entre los de su difunto marido, no para dividirlos entre los herederos de éste, sino para entregarlos á su tiempo á su viuda (3); pues todos los que dexa el testador, tienen la presuncion legal de ser suyos, mientras no se pruebe lo contrario (4), y como tales se deben inventariar, porque el juicio de inventario no es para otra cosa, reservándose para el de division la separacion y repartimiento correspondiente. Así se practica en esta Corte y debe observarse como justo, y arreglado. En quanto á si

(1) Pegas ibi §. 9. n. 77. y sig. Ayor. part. 1. cap. 3. n. 40. Bayo. Prax. Eccles. part. 3. lib. 2. quæst. 89. n. 11. y quæst. 152. n. 16. y 21. Guerreir. dicho cap. 10. n. 109. y 110. (2) Ayor. part. 1. cap. 3. n. 36. al fin. Valasc. de Partition. cap. 8. n. 51. vers. Si vero hæres: Guerreir. dicho cap. 10. n. 91. Pegas, ad Ordin. lib. 1. tit. 87. §. 4 n. 64. y sig.

(3) Deiben. dubit. 124. n. 1. y 3. Guerr. ibi n. 117. (4) Socin. consil. 159. n. 1. vol. 2. Afflict. decis. 13. n. 1. y 40. Morquech. de Divis. lib. 1. y cap. 1. dichos, n. 40. Guerreir. de Inventar. lib. 1. cap. 4. n. 5. y 6.

se debe, ó no inventariar, y partir el dinero del caudal comun de marido, y muger puesto en el fondo vitalicio en cabeza del supérstite, ó de alguno de sus hijos, ó por la vida de otro, véase el cap. 4. de mi primera parte n. 18. al fin, en donde digo lo que se debe practicar.

27 El Escribano no debe proceder en este inventario por inquisicion, ni apremio, como en el de la via executiva, y causa criminal, que es própiamente embargo dirigido á segurar el débito, pena y costas, sino meramente por voluntaria manifestacion del inventariante, pues si se verificase ocultacion, toca á los interesados el usar de la accion que les concede el derecho, para no ser perjudicados, de la qual trataré en el §. 4. de este capítulo. Todos los bienes se han de depositar en la persona que elijan los partícipes por su cuenta, y riesgo, ó en el mismo inventariante; lo qual es al contrario quando se procede por débito, ó delito, pues entonces el Alguacil ha de hacer el depósito en persona lega, llana, y abonada, como explicaré en el juicio executivo. Es constante que la *ley* 99. que trata del inventario que hace el curador de los bienes de su menor, ni la 100. *tit.* 18. *Part.* 3. que expresa el modo de hacer el de los bienes del difunto, ni otra alguna, previenen que se haga este depósito: así se practica por costumbre, para precaver, y evitar qualquiera extravío; bien que si el heredero está ausente, y el difunto á nadie comisionó para custodiar los bienes, debe encargarlo el Juez á persona abonada, á fin de impedir su ocultacion, y entregárselos quando venga, ó á quien le represente.

28 Se ha de aumentar al inventario el importe del daño que uno de los herederos causó en algunas alhajas de la herencia, y el de las que tomó, y substraxo de ésta despues de la muerte del testador, si lo confiesa, ó por otro medio legal se acredita sumariamente, adjudicándosele, como si efectivamente se le entregára por el precio que valian ántes de deteriorarlas. Si lo niega, se inventariarán, como cosa dudosa, y se aplicarán proporcionalmente á cada uno en la particion, para que perciba su parte en caso de que en el juicio plenario sea condenado (1).

(1) Ley Incerti juris, Cod. Familiæ erciscundæ, et ibi DD. ley 1. §. Si

29 Pero si el heredero hizo el daño ántes de fallecer el testador, no se han de inventariar estos bienes, ni hacer mérito de ellos en el juicio divisorio, y los coherederos deducirán su accion contra él en juicio competente. En caso de que sea condenado á su resarcimiento, repartirán despues su importe entre todos en la forma expuesta (1), sin que por esto se detenga la particion de los bienes efectivos.

30 Muchas veces disputan los herederos sobre si se han de inventariar, y dividir algunos bienes que existen entre los de la herencia; pero si por confesion de ellos mismos, ó por sumaria informacion que el Juez reciba de oficio ó por sentencia consta que son agenos, ó de mayorazgo, ó sujetos á restitucion, no se deben inventariar, ni adjudicar en la particion al que afirma que son suyos, porque este no es parte en este juicio, por no ser heredero, ni tener derecho á la herencia; por lo que se han de separar de esta, y entregarse luego á su dueño (2).

31 Si niegan ser los bienes del que los pide, y no consta entonces por otro medio, se ha de reservar su derecho al pretendiente para otro juicio, porque requiere conocimiento, é indagacion mas plena, por lo que se inventariarán, y dividirán con la calidad de restituirlos los herederos al que dice ser su dueño, si por tal se le declarase (3).

32 Si no consta si tocan, ó no á la herencia, porque unos herederos lo afirman, y otros lo niegan, se han de distinguir tres casos. El I, quando los bienes se encuentran entre los del difunto, y éste los poseía como libres: en este caso no solo se han de inventariar, sino dividir, porque segun están, se juzgan suyos (4), y para ello milita la poderosa razon le-

hæres procepto fundo, ff. ad Trebellian. Guerreir. de Inventar. dicho cap. 10. n. 54. Ayor. part. 1. cap. 3. n. 37. Valasc. dicho cap. 8. n. 56.

(1) Dicha ley Incerti jur. y ley Et puto, §. Sed si dolo, ff. Familiæ erciscund. et ibi DD. (2) Ley Si qua, Cod. ley Si id quod: y ley Hæredes ejus, §. Quod pro emptore, ff. Familiæ erciscund. et ibi DD. Ayor. ibi n. 56. Valasc. ibi n. 51. Guerreir. ibi n. 88. (3) Doctor. in leg. In hac actione 3. §. ibidem 13. ff. ad Exhibendum. In leg. Illa à quo, §. Si de Testamento, ff. ad Trebellian. et in leg. et Divo Pio, §. 4. de Re judicat. (4) Ley Item apud Labeon. §. Si quis, ff. de Injuriis, cap. 1. de Cleric. conjugat. in 6. Felin. consil. 15. col. 2.

gal de la posesion en que estaba el difunto, que induce á su favor la presuncion de ser suyos (1). Si hubiese contradiccion por parte de algun interesado se le reservará su derecho, para que sobre su propiedad lo deduzca en la via ordinaria, porque exîge mayor inspeccion, y conocimiento (2). El II, quando habiéndolos poseído el difunto, se duda solamente si los poseía como libres, vinculados, ó sujetos á restitucion, por afirmar algunos de los herederos que son libres, y otros vinculados: en este caso se ha de recurrir á congeturas, y si por algunas se prueba estar vinculados, y con ellas concurre la fama de haberlos poseído el difunto en este concepto, se han de inventariar, mas no estimar, ni dividir hasta que con prévio, y maduro exámen se decida sobre su libertad (3). Y el III, quando de ningun modo aparece breve, y sumariamente si los bienes de que se trata, son agenos, ó del difunto; pues en este no se deben inventariar, ni dividir, ántes bien prevalecerá la pretension del que afirma no ser de éste (4).

33 El IV requisito que el inventario solemne debe contetener, es que se exprese en él como forma substancial el dia, mes, año y lugar en que se empieza, y concluye, al modo que en qualquiera instrumento público: de lo contrario no vale (5); y la razon es, porque la intencion del heredero se funda en el tiempo, y así debe probarlo, y como para gozar del beneficio que la ley le concede para hacer el inventario, debe justificar haberlo principiado, y concluido dentro del término legal, no podrá hacer la prueba, si carece del dia, mes y año, pues por ser éstos de esencia, y substancia del inventario, se vicia, y anula, quando no consta de ellos, y es lo mismo que no haberlo formalizado, por lo que nada prueba (5). Pero es de adver-

(1) Cap. Consultationibus de Jure Patronat. cap. Cum olim, de Causa possesion. (2) Valasc. cap. 8. y n. 51. dichos vers. Si vero non potuerit: Ayor. dicho n. 36. Guerreir. dicho cap. 10. n. 89. y 90. (3) Guerreir. ibi n. 92. Pegas Forens. cap. 4. y 6. (4) Valasc. dicho cap. 8. n. 53. Guerreir. ibi n. 93. (5) Ley fin. §. Si autem dubius, Cod. de Jure deliberand. ley Optimam, Cod. de Contrahend. vel committen. stipulation. cap. Quoniam, de Probation. Roland. de Inventar. p. 3. cap. 17. y 18. Guerreir. de Inventar. lib. 2. cap. 6. n. 1. y 2. (5) Ley Matrem, Cod. de Probation. ley Cum qui, §. Publiciana, ff. de Publiciana in rem action. ley Cum actum, ff. de

tir lo I, que así como en los instrumentos no necesita el Escribano poner con especial individualidad la casa, pieza, ni hora en que se otorgan, pues basta expresar el Pueblo con el dia, mes, año y los otorgantes, porque la ley 1. tit. 23. lib. 10. Novis. Rec. que prescribe la forma de su extension, y otorgamiento, ó publicacion, habla alternativamente, en estos términos= *declarando las personas que la otorgan, y el dia, y el mes, y el año, é el lugar, ó casa donde se otorga*; y como en las cosas alternativas es suficiente que la una se verifique (1): así tambien en los inventarios no es necesario que ponga las piezas en que exîsten los bienes muebles que en cada dia se sientan, y solo será conveniente expresar la hora en que en cada uno se principia, y concluye, para que se sepa las que se ocupan, á fin de regular las dietas, ó salarios; pero en los instrumentos será muy útil mencionarla, quando un deudor otorga muchas obligaciones en un dia á favor de diversos sugetos ante un mismo Escribano, para graduarlos por el tiempo en caso de ocurrencia, ó concurso; por lo qual fuera de estos casos es superfluo expresar la hora, y el lugar especial del parage ó Pueblo en que se formaliza el acto del inventario; bien que por contenerlo todo, no se viciará, ni anulará. Y lo II, que en los instrumentos se pone el año en el modo regular (*a*).

34 El V requisito para la validacion del inventario es, que presencien su formacion tres testigos, en quienes concurran tres circunstancias. I, que sean varones de buena fama, y vecinos del Pueblo en que se formaliza, segun lo dice la ley 100. tit. 18. Partid. 3. II, que conozcan al heredero ó inventariante, lo qual se prueba de la 5. tit. 6. Part. 6. (2). Y la III, que vean lo

Negot. gest. y dicho §. Sin autem, cap. Duobus, de rescript. in 6. Mascard. de Probation. verb. Tempus, conclus. 1352. ex n. 1. al 33. Guerreir. de Inventar. lib. 2. cap. 7. n. 3. al 5. (1) Cap. inter cæteras, de rescript. Parlador. lib. 2. cap. 20. n. 9. y 11. (2) Ley fin. Cod. de Jure deliberand. §. Sin autem dubius est: al fin.

(*a*) Aunque no es propiamente de este lugar, se advierte al Escribano que por el Señor Don Juan el II. se mandó contar el año regular desde el de 1383 por el del nacimiento de nuestro Señor Jesu-Christo. En lo antiguo se contaba por Eras, y cada una tenia 38 años mas que un siglo nuestro, y así para reducir un instrumnnto de aquellos al cómputo corriente se han de quitar 38 años.

que se inventaría, y oigan, y entiendan lo que se escribe, y sienta, y no lo uno sin lo otro; por lo que el ciego no puede ser testigo en el inventario (1) ni tampoco el sordo, ya sea de nacimiento, ó por enfermedad.

35 Si se dudase de la validacion del inventario, ó de qualquiera instrumento porque los testigos lo impugnen, se tendrán presentes para resolver la duda las siguientes reglas. I, que todos los testigos lo impugnen, pues entonces no vale, ni hace fé (2). II, que uno, ó dos lo impugnen, y tres, ó mas lo confirmen: en este caso es válido, así el inventario como el instrumento; excepto que depongan que el contrato contenido en éste no fue hecho en el tiempo, y lugar que se menciona, porque los contrayentes, ó alguno de ellos existian en cierto Pueblo tan distante, que era moralmente imposible haberse hallado allí (3). III, que en igual número lo aprueben unos testigos, y reprueben otros, pues debe prevalecer la parte aprobante, y en duda juzgarse por la validacion del acto (4), teniendo presente que mas crédito se dá á los instrumentales que confirman, que á los que niegan (5). IV, si el testigo que reprueba el instrumento, fué puesto en él sin requerirlo por necesidad, ó por precepto legal, pues este basta para enervar, ó destruir su fé, si los demás no deponen de positivo por él (6). V, si algunos de los testigos instrumentales dicen que no se acuerdan si presenciaron, ó no su celebracion, pues en este caso no se debilita su fé, porque nada deponen contra él (7). Véase tambien sobre esta materia lo que explicaré en el capitulo del juicio ordinario §. 7. de esta segunda parte.

36 El VI requisito es, que el heredero firme el inventa-

(1) Guerreir. de Inventar. lib. 2. cap. 6. n. 1. al 14. Fluvio Pacian. de Probation. lib. 1. cap. 10. per tot. (2) Cald. de Emption. et vendition. cap. 6. n. 4. y consil. 24. ex n. 20. Valasc. consult. 93. Menoch. de Arbitr. cas. 105. Pacian. dicho lib. 1. cap. 48. n. 1. al 88. Guerreir. dicho cap. 6. n. 34.
(3) Parex. de Instrum. ediction. tom. 1. tit. 1. resolut. 3. §. 3. n. 15. Cald. dicho cap. 6. n. 4. y 8. Fermosin. in cap. Vergentis, de Hæretic. alleg. 13. n. 10 Guerreir. ibi n. 35. y 36. (4) Ley Si pars 10. ff. de inofficios. testam. cap. fin. de re judicat. Cald. ibi n. 5. (5) Glos. in leg. Diem proferre, §. Si plures, ff. de Recept. arbitr Fermosin ibi n. 15. (6) Valasc. consult. 93. cit. Cald. ibi n. 6. Guerreir. de Inventar. lib. 2. cap. 6. n. 40.
(7) Menoch de Arbitr. cas. 105. n. 31. Guerreir. ibi n. 42. y 43. Cald. dicho n. 5. Valasc. consult. 183. n. 29.

rio, y si no sabe *un Escribano* por él con arreglo á la ley 100. tit. 18. p. 3. y la ley 5. t. 6. p. 6; pero á pesar de esta disposicion de las leyes, lo que se practica es que el heredero, ó inventariante firme todos los dias con los interesados presentes el inventario, y tasacion de los bienes, ya se depositen, ó no en él; y si no sabe escribir, firma por él, y por los demás que no sepan un testigo á su ruego como en qualquiera instrumento, y el Escribano de la comision autoriza el acto, sin que (ya los legatarios, ó todos los herederos estén ó no presentes) intervenga mas Escribano, per ser imposible otra cosa en lugares, en que no hay mas que un Escribano, ó ninguno, cuya práctica como inmemorial, é inconcusa tiene ya fuerza de ley.

37 El VII requisito es, que se principie, y concluya el inventario dentro del término, esto es que el heredero le principie dentro de los treinta dias primeros siguientes á el en que sepa que está instituido por tal, y concluya dentro de tres meses (inclusos los treinta dias) si en el distrito del Pueblo del fallecimiento del testador exîsten los bienes de la herencia, pues hallándose algunos en otra jurisdicion, se le puede conceder un año á mas de los tres meses, como lo dice la ley 5. tit. 6. Part. 6. Este término es continuo desde que empieza, y como designado por la ley, perentorio, y así no lo puede prorrogar el Juez, ni admitir restitucion contra él por la cláusula general, de *si hay justa causa*, por lo que corre al enfermo, é impedido (1); bien que si hubiese causa grave, y justo impedimento está adoptado el prorrogarle. En esta Corte se suele principiar el inventario, regularmente dentro del novenario, pero por principiarse fuera de él no se invalida, si se empieza, y concluye en el término legal, como lo he visto practicar, y practiqué de ámbos modos, y por no ser contra ley, sino ántes bien arreglado á ella, no se anuló.

38 Para que corra el término expresado, es preciso que el heredero acepte la herencia, pues ántes de su adicion no corre (2): por lo que si pide al Juez nueve meses para delibe-

(1) Pereir. decis. 61. n. 9. Gamm. decis. 242. Valasc. consult. 52. *n.* 9. Cald. in leg. Si curatorem, verb. Læsis, Cod. de In integrum restitut. n. 45. Ciriac. controvers. 501. (2) Valasc. ibi n. 6. Conciol. de Hæred. solvente debita defuncti, artic. 1. n. 406. Gracian. Discept. Forens. cap. 563. n. 28.

rar si la ha de aceptar, ó repudiar, ó al Príncipe un año, que es el término que respectivamente le pueden conceder (1) para este efecto no le corre en su intermedio hasta que acepte, á no ser que por dolo difiera su aceptacion, y espire el tiempo de aceptar, pues en este caso correrá, y le perjudicará, si dentro de él no lo formaliza (2).

39 Lo que se practica para evitar dilaciones, y perjuicios es, aceptar el heredero la herencia *con beneficio de inventario.* Por este medio no queda obligado á mas de lo que importa la herencia por deudas, ni legados, con tal que haga el inventario en el término, y con la escrupulosidad, y pureza que prescribe el derecho, y no en otra forma.

40 Se duda si despues de los nueve dias de la muerte del testador, y dentro del término del inventario puede ser reconvenido el heredero por los legatarios, y los acreedores á fin de que les pague sus legados, y sus créditos, porque en derecho se encuentran textos al parecer contrarios. Unos (3) dicen que despues de los nueve dias pueden ser demandados acerca de los débitos y acciones, y otros (4) que no deben ser molestados judicialmente por los acreedores, legatarios, y fideicomisarios dentro de los nueve dias, ni aun despues de pasados, durante la formacion del inventario; pero podrémos decir conciliando estos textos, que los herederos pueden ser reconvenidos como tales por los acreedores del difunto, pasados los nueve dias de su muerte, y que dentro de estos, ni miéntras se formaliza el inventario no deben ser inquietados por los legatarios, ni fideicomisarios (5), y esto es lo que se observa. Sin embargo si hubiese bienes suficientes, no hay inconveniente en pagarlos en qualquier estado del inventario.

Card. de Luc. in Theatr. verit. tit. de Hærede, discurs. num. 5.

(1) Ley 2. tit. 6. Part. 6. ley fin. §. Sed quia quidam, Cod. de Jure deliberand. (2) Roland. de Inventar. part. 3. quæst. 12. n. 1. Guerreir. de Inventar. lib. 1. cap. 2. n. 25. y 26. Alderis. de Hæredib. tit. 10. ex n. 128. al 139. (3) Authent. Ut cum, de Appellation. §. Sancimus, ley fin. tit. 13. Partid. 1. y ley 13. tit. 9. Partid. 7. (4) Ley fin. §. Donec, Cod. de Jure deliberand. y ley 7. tit. 6. Partid. 6. (5) Dieg. Per. en la ley 193. tit. 8. lib. 4. Ordenam. Acev. en la fin. tit. 21. lib. 4. Recop. num. 90. Gutier. de Juram. confirm. part. 2. cap. 4. tit. 18. Paz in Prax. tom. 1. part. 4. cap. 1. num. 40. Rebuf. tit. de Appellat. tom. 3. glos. 1. art. 16. n. 26. Morquech. de Division. lib. y c. 1. dichos, num. fin.

41 El VIII. y último requisito es, que el inventariante jure haber formalizado el inventario bien, y fielmente, sin omitir cosa alguna á sabiendas, y que proteste adiccionar, y agregar á él otros qualesquiera bienes y efectos, que aparezcan pertenecientes á la herencia al instante que llegue á su noticia, y así se practica. Pero es de advertir que este juramento no es de forma, y esencia del inventario segun nuestro derecho, pues solo se exîge para que el inventariante diga en el inventario que es verdadero, y que está hecho bien, y fielmente sin engaño (1); y así aunque carezca de él, no se viciará, pues sirve únicamente para excluir la presuncion de que ha ocultado algo, y para que el que alega la ocultacion, tenga el gravámen de probarla, como que le incumbe, porque se funda en afirmativa probable: la protesta es para no incurrir en la pena impuesta á los que no lo hacen con pureza, de que trataré en el §. 4. de este capítulo.

§. II.

Qué personas están, ó no obligadas á hacer inventario solemne: quándo el heredero deberá pagar las deudas, y legados del difunto, aunque sus bienes no alcancen para todo; y si por su formacion es visto haber aceptado, ó no su herencia.

42 Habiendo explicado ya los requisitos que deben concurrir en el inventario solemne para que pruebe, paso á tratar de las personas que están, ó no obligadas á hacerlo: si el heredero, que lo haga ó no, deberá pagar las deudas y legados, aunque los bienes de la herencia no alcancen para ello; y si por su formacion es visto haberla aceptado ó no. Regularmente hablando, deben hacer inventario solemne cinco clases de personas, que son: el *heredero*, ya sea simple, y absolutamente instituido: el *fiduciario*, que es el gravado á restituir á otro la herencia á cierto tiempo, reteniendo para sí la quarta parte de ella llamada *trebeliánica*: el *tutor*, y *curador ad bona*: el *Administrador de bienes agenos*: el *Prelado Eclesiástico*: y el *Fis-*

(1) Ley 100. al fin. tit. 18. Partid. 3. y ley 5. cerca del fin. tit. 6. Partid. 6.

co (1): y en general todos los que tienen que dar cuenta de bienes de cuya custodia, y administracion están encargados; de cada uno de los quales trataré con la correspondiente separacion.

43 El heredero está obligado á pagar las deudas que el difunto dexó contra sus bienes (2). Lo I, porque representa su persona en el derecho activo y pasivo, que adquiere al tiempo que fallece el testador (3): la circunstancia de heredero no muda su qualidad, ni condicion, ántes bien en lo civil se reputan ámbos por una (4), por cuya razon se transfieren en él todas las acciones que competian al difunto (5). Lo II, porque el heredero aceptando la herencia, se dice que quasi contrae con los acreedores y legatarios (6), lo qual es incontrovertible. En quanto al tiempo, y modo de sacar, ó no la *quarta trebeliánica* el heredero fiduciario, véase el cap. 1. de mi primera parte adicionada §. 3. n. 110. y 111.

44 La dificultad está en saber quándo tendrá, ó no obligacion de pagar las deudas, y legados solamente con los bienes hereditarios, ó con los suyos própios, si aquellos no alcanzan. Si hace el inventario segun y como queda expresado en el §. anterior, no está obligado á mas que á lo que alcance la herencia (7), y aunque pague primero las mandas que las deudas, de modo que no le quede que heredar mas que su quarta falcidia, no deben reconvenirle los acreedores ántes que á los legatarios, sino á estos primero, y por lo que falte, á él, hasta en lo que importe su quarta, y no mas (8). Lo mismo procede, si paga á los acreedores que primero vienen á cobrar sus créditos, é ignora que hay otros privilegiados á ellos (9). No ha-

(1) Ley fin. Cod. de Jure deliberand. ley Tutores, vel curatores, Cod. de Administrat. tutor. ley fin. Cod. de Arbitr. tutel. ley Orphano trophos, Cod. de Episcop. & Cleric. y ley si quis intra, Cod. de Bonis proscriptor. cap. de Siracusanæ, dist. 18. cap. Manifestat. 12. quæst. princip. Ayor. de Partition. part. 1. cap. 2. n. 9. Guerreir. de Inventar. lib. 2. cap. 9. n. 1. Morquech. lib. y cap. 1. dichos. Gom. lib. 1. Var. cap. 5. n. 10. & ibi Aylion, n. 12. (2) Ley Si cum dotem 23. §. Transgrediamur al fin, ff. Solut. matrimon. y ley unica, Cod. Ut actiones ab hæredib. & contra hæredes incipiant. (3) Ley Si filius 21. ff. Si quis omissa causa. (4) Authent. de Jure jurand. præstit. §. 1. (5) Ley 2. C. de Hæredit. action. (6) §. Hæres Institut. de Obligat. quæ ex quasi contract. nascunt. (7) Ley fin. §. Et si præfatam, Cod de Jure deliberand. DD. y leyes 5. y 7. tit. 6. Part. 6. (8) Dicha ley 7. tit. 6. Partid. 6. *en las palabras*: Pero decimos. (9) Ley fin. §. Et si præfatam, Cod. de Jure deliberand. Señor Greg. Lop. en dicha ley 7. glos. 9.

ciéndolo en la forma expuesta, si acepta la herencia, ó como heredero se entra en ella, está obligado á pagar regularmente el total importe de las deudas y legados aunque no alcancen á cubrirle los bienes heredados (1). Esto se entiende, ya sea el heredero legítimo ó extraño, varon ó hembra, instituido solo ó con otros, y mayor, ó menor; y ya suceda por *testamento*, *ó abintestato* por derecho pretorio, ó civil, ó contra testamento (2). Pero es de advertir lo I, que el heredero extraño pierde tambien la *quarta falcidia* (3), y no debe sacarla, segun he sentado en el cap. 1. §. 14. n. 221. de mi primera parte, y el fiduciario la *quarta trebeliánica*, como contra *Gomez*, y otros defiende *Ayllon*, citando á muchos en sus adiciones *lib.* 1. *var. cap.* 5. *n.* 14. y es la opinion corriente. Y lo II, que el heredero que aceptó la herencia con beneficio de inventario, puede deducir de su cúmulo los gastos que hizo en defenderla contra los que intentaban ser coherederos, ántes que pague las deudas del testador, si obtuvo excluirlos de ella (4).

45 Lo que acabo de decir, se limita en diez casos: I, quando el heredero goza del privilegio de no deber ser reconvenido en mas de su posibilidad, pues entonces no estará obligado á mas de lo que alcanzan los bienes por deudas, ni legados (5). II, quando el testador mandó al heredero que de sus bienes pagase los legados, pues puede imponer á los legatarios (como que tienen causa por él) la ley, y condicion que quiera, y en perjuicio de ellos remitir á su heredero la formacion del inventario (6). III, quando por dolo de los acreedores, y legatarios fué inducido el heredero á aceptar la herencia, pues nadie debe conseguir utilidad por el suyo (7). IV, quan-

(1) Ley 10. tit. 6. Partid. 6. Dicha ley fin. §. Cum igitur: Authent. de Hæredib. & falcid. cap. Hinc nobis, §. Si vero non fecerit. (2) Roland. de Inventar. part. 2. vers. Igitur, 1. y vers. Quæro, 5. Gracian. cap. 766. n. 57. Capic. decis. 15. n. 8. Phanuc. de Inventar. art. 2. 24. y 25. Valasc. consult. 52. cit. n. 5. y 36. Guerreir. de Inventar. lib. 2. cap. 11. n. 18. (3) Dicha ley 10. tit. 6. y ley 7. tit. 11. Partid. 6. (4) Gait. de credit. cap. 4. quæst. 11. num. 1571. y 1924. Gracian. discept. for. cap. 257. n. 30. (5) Ciriac. controv. 5. num. 176. Mostaz. de Caus. piis, lib. 4. cap. 11. y lib. 7. cap. 5. ex num. 1. al 58. y cap. 6. num. 1. al 71. Guerreir. dicho cap. 11. num. 86 (6) Merlin. de Legitim. lib. 3. tit. 2. quæst. 24. n. 75. Surd. de Alim. privileg. 13. num. 4. Guerreir. ibi num. 93. (7) Ley Nec ex dolo 13. ff. de Dolo malo. Surd. consil. 15. num. 13. Ciriac. controv. 178. num. 64. Mantic. de Inventar. quæst. 228. num. 50.

do los acreedores, y legatarios confiesan no haber mas bienes en la herencia; pues aunque la ley quiere que el heredero, que la acepta sin beneficio de inventario, esté obligado á mas de lo que alcanzan los bienes, fundada en la presuncion que contra él resulta por este hecho, de haber ocultado, ó substraido parte de ellos, y prohibe la prueba en contrario, no prohibe la confesion que hace la parte, porque esta no es própiamente prueba, sino relevacion de ella. No obstante, como la presuncion de la ley se funda en una cosa dudosa, que el derecho estima por cierta, y por la confesion se descubre la verdad; cesa con esto el fundamento de la ley y su disposicion (1). El V, quando fué violentado á la adicion de la herencia; pues por la violencia no debe sentir comodidad, ni incomodidad (2). El VI, quando aun no aceptó la herencia (3); pues miéntras no la acepta, no es, ni se debe llamar heredero (4). El VII, quando la aceptacion fué errónea; porque el que yerra, ó ignora, no se juzga que practica acto, del qual se induzca la aceptacion, pues el error excluye el consentimiento (5), sin el que ninguna disposicion es estable (6) (*a*). El

(1) Glos. in cap. Veritate, distinct. 8. et in cap. Quicumque, distinct. 81. Pacian. de Probation. lib. 1. cap. 11. Menoch. de Arbitr. cas. 484. n. 5. DD. in cap. Is quidem, de Sponsalib. Ley Adigere, §. Quamvis, ff. de Jure Patronat. ley Quod dictum 33. ff. de Pact. y cap. Cum cessante, de Appellation. Guerreir. dicho cap. 11. ex n. 65. al 70. (2) Ley Quia poterat 4. ley Ita tamen 27. §. Qui suspectam, y §. Præceptis, ff. ad Trebelliaa. Peregrin. de Fideicommis. art. 2. n. 86. Fusar. de Substitution. quæst. 600. n. 23. Gom. lib. 1. Var. cap. 5. n. 3. et ibi Ayllon. (3) Ley Si curator 9. y ley final §. Donec, Cod. de Jure deliberand. (4) Ley post adictam 5. Cod. de Impuberum, et aliis substitution. Gracian. cap. 752. n. 22. (5) Ley Si per errorem 15. ff. de Jurisdiction. omnium judic. y ley Nihil consensa 116. §. Non videtur, ff. de Regul. jur. Cost. de Facti scientia, et ignorant. inspect 86. n. 4. Sard. consil. 150. n. 42. (6) Ley Consensu 2. ff de Obligation. et action.

(*a*) Esta doctrina se conluta por Don Josef Marcos Gutierrez en la nota 1. de la pág. 47. P. 2. lib. 1. cap. 1. »¿Qué acto, qué instrumento, dice, »tendria subsistencia si el error, ó la ignorancia con que se escude el obli»gado es suficiente para invalidarlos? ¿En vez de ser indulgentes con el er»ror, no valdria mas castigarlos? Así como á la sombra de una indiscreta y »criminal compasion crecen los delitos, así la necia indulgencia con el error »aumenta el número de los errados.« He aquí trastornado un principio general que ha regido en el mundo hasta ahora, autorizado con la razon, con las leyes, y con la opinion de los hombres mas sensatos. ¿No seria una injusticia castigar un error involuntario, un error inducido acaso por la malicia de los que tengan interés en él, un error nacido de la imposibilidad física ó mo-

VIII., quando la obligacion del difunto es nula de derecho por todos respetos, porque en este caso así como el difunto puede contravenirla, del mismo modo, y con superior razon su heredero (1). El IX, en quanto á la legítima, y así aunque el legítimo heredero no haga inventario, no la pierde en caso de que despues de pagar las deudas le quede que heredar, porque se le debe por derecho natural, por cuya razon se deducirán estas (pues hasta que se deducen no hay herencia) (2), y luego la legítima, y si sobrare algo, será para los legatarios, y sino, se quedarán sin sus legados (3). Y el X, quando el heredero es menor, no tiene padre, ni curador, y fué perjudicado en la adicion de la herencia sin beneficio de inventario, pues probada la lesion, y pedida la restitucion por entero, se le debe restituir, y volver al estado que tenia ántes de su aceptacion, citando, y oyendo á los acreedores, y no de otra suerte (4), como he sentado en el cap. 1. de mi primera parte.

46 La segunda persona obligada á hacer inventario solemne, es el *tutor*, y *curador*: y porque el Escribano, y contador legos desearán saber, *quáles se llaman así: á quiénes, y por quiénes han de ser dados: quántas clases hay de ellos y de tutelas, y curadurías: quándo, y por qué causas se acaban éstas: qué excusas pueden libertar de su admision á los nombrados: á qué están obligados; y qué premio se les debe dar por evacuar fiel, y exâctamente su encargo*; para dar alguna idea de estos siete puntos, debo presuponer lo primero, que el *Estado* en los hombres no es otra cosa que la condicion en que viven, ó existen (5). Que la variedad de sus condiciones proviene, ó de

ral de ver las cosas en todas sus relaciones? ¿En este caso habria ley que justamente pudiese autorizar un contrato del que por error fuese víctima el contratante? No solo esto; ¿habria ley que además le estigase, que premiase la astucia pérfida de un malvado, que trastornase así la ley de la naturaleza? No: hasta ahora no han sido tan insensatos los Legisladores. Estaba reservado al Señor Gutierrez el proponer una ley semejante.

(1) Cancer. part. 3. Var. cap. 2. n. 78. Ciriac. controvers. 312. n. 108. Mantic. de Tacit. lib. 5. tit. 13. n. 3. Cravet. consil. 200. n. 7. Guerreir. dicho cap. 11. n. 118. (2) Ley Subsignatum, §. Bona 1. ff. de Verbor. obligation. y ley Non possunt, ff. de Jure fisci. (3) Gutier. de Tutel. part. 2. cap. 1. n. 43. al 46. Guerreir. de Inventar. lib. 3. cap. 1. Ayor. part. 1. cap. 2. n. 23. (4) Ley 7. tit. 19. Part. 6. Ciriac. controvers. 264. Cancer. part. 1. Var. cap. 2. n. 7. (5) Ley 1. tit. 23. Partid. 4.

la naturaleza, ó de la voluntad de ellos mismos; por lo que su estado es *natural*, ó *civil*. Que segun el *natural* (que es del de que trato) pueden estar *nacidos*, ó *por nacer*. Y que á los que no han nacido, que el derecho (1) llama *Pósthumos*, ó postreros en el nacer, concede éste por razon de humanidad los remedios posesorios, los de Tenuta, y restitucion por entero, y las prerogativas que á los nacidos, por lo que les aprovecha como á éstos todo lo que se practica en su favor (2); y aunque hasta que nacen no son tenidos por hombres, ni herederos de sus padres, ni se les debe la legitima (3), ni pueden pedir tampoco su parte de herencia (4), pueden no obstante, ya sean libres, ó siervos, ser instituidos herederos, y substituidos, y nombrados substitutos de otros, y dárseles tutor, ya nazcan varones, ó hembras, porque se entienden serlo con la tácita condicion de que salgan á luz (5), y luego que nacen, rompen el testamento de sus padres, si los han preterido (6). Pero es de advertir, que el posthumo, no revoca la donacion hecha por su padre hasta que nace, ni se le restituyen los frutos sino desde el dia de su nacimiento (7).

47 Para gozar de todo lo expresado en quanto á la sucesion, y otros efectos legales, y para que se estime natural, y no abortivo el nacimiento, han de concurrir precisa y copulativamente en ellos quatro circunstancias (como expuse en el cap. 1. de mi primera parte últimamente adicionada n. 56.) en tanto grado que una que falte, basta para privarlos del derecho de suceder á sus ascendientes. I, que nazcan entera y no parcialmente vivos, y con figura de hombres, porque si la tienen de brutos, no serán contados en el número de los hombres, ni de hijos, se reputarán por muertos, y se graduarán

(1) Ley 20. tit. 1. Partid. 6. (2) Ley 3. tit. 23. Partid. 4. Lara compendium vitæ homin. cap. 1. n. 4. cap. 2. y cap. 4. (3) Ley final. ff. de asignat. liber. ley fin. ff. de collat. bonor. Bald. en la Cum posthumus, ff. de liber. et posthum. Decio y Jason en la Posthumo nato, Cod. de bonor. posses. contra tabul. (4) Ley Antiqui, ff. Si pars hæredit. petat, y ley Utrum ff. de reb. dub. (5) Ley Placet, ff. de Liber. et posthum. §. Servus etiam al fin. Institut. de Hæredib. instituend. Lara dicho cap. 2. n. 1. al 4. cap. 6. per tot. y cap. 11. (6) Dicha Ley 20. tit. 1. Partid. 6. verb. E estos fijos: Ley Posthumo nato, cit. ley 3. ff. de Injusto, rupt. testam. y §§. Posthumi y Posthumorum, Institut. de exhæredatione liberor. (7) Tiraquel. in leg. Si unquam verb. Susceptis liberis n. 144. 145. Lara dicho cap. 2. n. 6a.

de monstruos; lo qual no sucederá, saliendo vivos al mundo con figura humana, aunque sean diformes, ó defectuosos en algun miembro, ó parte de su cuerpo (1). II, que nazcan en tiempo hábil ó legítimo, que es en el séptimo, nono ó décimo mes, y no dentro del octavo, ni undécimo (*a*); bien que esto tiene su limitacion, cuyo discernimiento y explicacion incumbe á los Físicos, y Anatómicos, y no á este tratado. De esto tocan algo *Lara compendium vitæ hominis*, *cap.* 10. *n.* 11. *Mat. en la ley* 2. *tit.* 8. *lib.* 5. *Rec. glos.* 4. y otros. La III, que despues de nacidos vivan 24 horas naturales á lo ménos. Y la IV, que sean bautizados ántes de morir (2), aunque sea con agua que llaman de socorro. Si de un parto nacen varon, y hembra, débese entender que el varon salió primero, pues que no se puede averiguar lo contrario (*b*). Si fuesen ámbos varones, y no puede ser sabido quál de ellos nació primeramente, entónces ámbos deben haber aquella honra, é el heredamiento que habria el que ántes naciese, á quien dicen en latin *Primoge-*

(1) Ley 5. tit. 23. Partid. 4. y ley 3. Cod. de Posthum. hæred. instituend.

(2) Leyes 4. y 5. tit. 23. part. 4. y 2. tit. 5. lib. 10. Novis. Rec.: y en ella Mat. per omnes glos. Aceved. y otros; y en la 13. de Toro sus glosadores.

(*a*) En qualquiera mes que nazcan se tendrán por nacidos en tiempo hábil si no se prueba que no pueden ser hijos de aquel por quien adquieren el derecho que pretenden. Las fuerzas de la naturaleza no son tan conocidas como pretenden algunos. Ella á las veces sale al parecer del órden regular de sus producciones, y los hombres poco atentos á observarla, han tomado de aquí ocasion para sus delirios. Sin embargo en estos casos debe tenerse en mucha consideracion la conducta de la madre.

(*b*) Esta razon tomada literalmente de la ley de Partida es la única, y la mas sábia que puede darse para un caso de duda. Lo que se dice por algunos AA. de si el varon es mas fuerte, ó de si perfeccionándose y animándose primero que la hembra debe de consiguiente nacer primero, es una pura sutileza metafísica, ó si se quiere, una razon de conjetura segun el órden de pensar de algunos filosofos que han tomado por guia una perfeccion que ellos mismos no pueden concebir. Ellos han fixado á su arbitrio el modo de producir á la naturaleza, y de tal modo que jamás puede salir de los límites que la han puesto; pero la experiencia confunde estos desvarios, haciéndonos ver tantas y tantas veces quán vária es en sus producciones, y que aunque en ellas sigue un orden constante, no es el que imaginamos. ¿Quién podrá asegurar que concibiéndose dos fetos sea primero el del varon? Aun suponiendo que este por las funciones que debe exercer en la sociedad haya de ser más fuerte, ¿no vemos un gran número de mugeres mas robustas, y mejor constituidas que muchos hombres? ¿Diremos que ha errado la naturaleza? Nosotros erramos porque la conocemos muy poco.

nito (*a*) (1). Para tomar una idea de lo que se debe practicar en casos semejantes, y en el de que casada la viuda á pocos dias de muerto el marido, pariere dentro de un tiempo en que pudiese suscitarse la duda si el hijo es del nuevo marido, ó del difunto, véase á *Lara* en el tratado referido *cap.* 2. *y cap.* 12. *n.* 5. y *sig.* á *Roxas de Incompatibilit. part.* 2. *cap.* 4. y á los que citan.

48 Presupongo lo segundo, que los nacidos pueden ser mayores de 25 años, ó menores de ellos, y estos considerarse ántes, ó despues de la pubertad, ó adolescencia, que en los varones empieza á los 14 años cumplidos, y en las hembras á los 12 (2), hasta los quales dura respectivamente la edad pupilar en todos los casos, excepto en quanto á los alimentos, pues si alguno se los dexa con la circunstancia precisa de que los goce solamente hasta la edad de la pubertad, principia ésta en las hembras á los 14, y en los varones á los 18 (3), como sentè en el cap. 1. de mi primera parte adicionada, n. 100., y con mas extension explicaré en el 6. n. 61. lib. 2. de esta. La razon física, natural y á mi entender verdadera, porque el derecho imitando á la naturaleza, habilita á las hembras ántes que á los varones, es, porque todo lo que regularmente se aca-

(1) Ley 12. tit. 33. part. 7. ley Si fuerit, al fin, y ley Qui duos, §. Si maritus, ff. de Reb. dub. Lara ibi cap. 3. (2) Ley 12. y ultim. tit. 16. Partid. 6. ley fin. Cod. Quando tutor, vel curator esse desinat. cap. Puberes de sponsat. impuber. y princip. Institut. Quibus mod. tutel. finitur, y de curatorib. (3) Ley Mela 14. §. Certe 1. ff. de Alim. et cibar. legat.

(*a*) Quando se hicieron las leyes de Partida no habia mayorazgos, ni estaba aun reconocida la primogenitura para las sucesiones. Si aconteciese hoy el caso de que naciendo dos varones de un parto se dudase quál habia sido primero, ¿se dividiria el Mayorazgo? Esto parece lo mas conforme á la razon, porque qualquiera preferencia seria perjudicial é injusta, especialmente haciéndose en un tiempo en que todavia no se hubiesen desenvuelto las fuerzas físicas y morales. Mas adelante podria el padre tener motivos para determinar la sucesion, y tales serian una constitucion mas robusta, los mayores talentos, y las virtudes; pero como podria caber un error en el juicio de estas qualidades, seria muy expuesto en muchas ocasiones el dexarle absolutamente la eleccion. Sin embargo tal vez en politica no convendria la division, especialmente respecto de un mayorazgo corto, cuyas rentas no bastasen para mantener á cada uno de los dos poseedores en aquel esplendor y rango que quiso el Fundador. En estas circunstancias ¿no seria conveniente poner término á la vinculacion, y reducir los bienes á la clase de libres? El caso es muy raro, y si sucediese debiera consultarse con el Soberano.

ba mas presto, produce y se perfecciona con mayor prontitud, y lo que es mas tardo en perfeccionarse, y producir, lo es tambien en espirar, y extinguirse (1), como lo vemos en los vegetales, en los brutos y aun en los racionales; y así las mugeres se constituyen infecundas por lo general á los 50 años, y aun ántes, y los hombres son útiles para la propagacion hasta los 80 (2) (*a*).

49 Y lo III, presupongo que á los menores considerados ántes de la pubertad, se les dá el nombre ó de infantes que son los menores de siete años, ó de pupilos que son los mayores de siete, y menores de catorce (3). Si se les dexa alguna herencia ó legado para quando hablen, se entiende esta condicion, no quando hablen perfectamente con discrecion, sino quando ya pronuncien con claridad algunas palabras, excepto que el testador lo prevenga. La menor edad tanto en los varones como en las hembras llega solamente hasta los 25 años, pues cumplidos que sean, empiezan á ser mayores para poderse gobernar por sí, siendo capaces (4), porque en esta edad ya se considera perfeccionada la razon por medio de la educacion y la enseñanza (5).

50 Sentado todo esto, digo, que como los que no tienen años carecen de la experiencia, discernimiento, maduréz, y reflexion que es necesaria para saberse conducir, han dispuesto las leyes por su propia utilidad, por la del Estado, y con el

(1) Plin. lib. 17. cap. 44. (2) Ley Si major quinquagenaria 12. et ibi interpret. Cod. de Legitim. hæredib. Solin. Polihystor. cap. 4.

(3) Ley 4. tit. 11. Partid. 5. Leyes 1. tit. 7. Partid. 2. y 4. tit. 16. Partid. 4. y ley Si infanti, Cod. de Jure deliberandi. Lara, Compendium vitæ homin. cap. 14. n. 1. al 6. (4) Leyes 4. y 5. tit. 11. Part. 5. y 2. tit. 19. Partid. 6. (5) Ley fin et ibi DD. Cod. de his qui veniam ætat. impetr.

(*a*) Estas fuerzas dependen principalmente de la constitucion física del individuo, de su género de vida, de sus pasiones, y de sus alimentos. Hay hombres que se hacen infecundos en la edad media, y otros que llevan la fecundidad hasta mas de los 80 años. Sin embargo estos casos son raros, y por lo mismo debe ser muy probada la virtud de la madre. Si en la sucesion de un mayorazgo, ó de bienes quantiosos, se suscitase por los parientes alguna duda, deberia probarse á lo menos sin ofender la decencia de las costumbres que no habian degenerado las fuerzas físicas del padre. La materia es muy delicada, interesa mucho el honor de las personas, y se debe proceder con la mayor circunspeccion quando acerca de esto se suscitase algun pleyto.

objeto de que siendo huérfanos de padre, no los engañasen, ni perjudicasen los mayores de ellos, que se les proveyese de personas aptas que cuidasen de las suyas, y de sus bienes, á las que dió el nombre de *tutores* y *curadores*, y ordenó que los tutores se diesen á los pupilos, y los curadores á los púberos ó adultos; y así dice la ley 1. tit. 16. Part. 6. que la *tutela es guarda, que es dada, é otorgada al huerfano libre menor de 14 años, é á la huerfana menor de 12 años, que non se puede, nin sabe amparar.* Y *curador* segun la ley 13. del mismo título y Part. *es aquel que dan por guardador á los mayores de 11 años, é menores de 25, seyendo en su acuerdo*, de que se deduce que la *tutela* es lo mismo que *guarda*, y *defensa*, y *tutor* lo propio que *defensor* y *guardador de huerfano* pupilo, ó menor de 14 años; por lo que este debe recibir por tutor el que se le dé, aunque no lo pida, ni quiera, porque se le dá principalmente para la custodia y defensa de su persona, y secundariamente para la de sus bienes (1); y como el pupilo no puede obligarse civilmente, ni testar, tiene facultad su tutor de celebrar por sí solo á nombre de él los contratos que se ofrezcan, y le sean útiles, precediendo para ello las solemnidades legales. Pero el curador se dá al huérfano púbero, y tambien á los fátuos, locos y desmemoriados, sin embargo de que éstos sean mayores de 25 años, como lo dice dicha ley 13, á los que se deben agregar los pródigos declarados, que por su prodigalidad y desordenada conducta son reputados por locos; y así el cuidado del curador se dirige principalmente á la custodia, y administracion de los bienes del púbero, y accesoria, ó secundariamente á la de su persona (*a*). Igualmente se nombran cura-

(1) Ley 1. tit. 16. Partid. 6.

(*a*) El Señor Gutierrez ignora hablando de esta materia la razon que pueden tener los AA. para decir que el cuidado del curador se dirige principalmente al de los bienes, y despues al de la persona, porque ni en las leyes Romanas, dice, ni en las nuestras se halla semejante diferencia. Pero con solo abrir el libro de las Partidas se encuentra esta razon ignorada. Las leyes muy sabiamente han distinguido los dos oficios de tutor y curador. Los del primero hasta la edad de 14 años en los varones, y de 12 en las hembras, son dirigidos á la guarda de la persona del menor, á su enseñanza, y á la custodia y aumento de sus bienes, suponiendo que en estas edades se ven absolutamente desamparados de fuerzas físicas y morales; pero quando han pasado

dores, ó defensores á los bienes de los ausentes mucho tiempo de su patria, cuyo paradero se ignora: á los de los cautivos: á los del difunto, quando está yacente, ó sin aceptar su herencia, y á los de otros (1).

51 Los que tienen facultad legal para testar, pueden aunque sean menores, nombrar en su testamento, ú otra última disposicion legítima, ó contrato en sanidad, á los sugetos que les parezca, y no tengan prohibicion, (ya sean libres, ó siervos) por tutores de sus hijos pupilos legítimos, y naturales, nacidos, y pósthumos que estén en su poder. Careciendo de ellos, pueden darlos tambien á los huérfanos extraños que instituyen herederos, si no los tienen, cuyo nombramiento deben hacerles para todo, y no para una cosa sola, simplemente, ó con condicion, por tiempo determinado, ó sin prefinirlo, y con señales claras que no se dude quien es el nombrado, ni se equivoque, ni confunda con otro del própio nombre, y apellido, pues si llegasen á confundirse, ninguno de ellos podria exercer la tutela. Nombrando el testador por tutor de sus hijos á su siervo, no solo lo será, sino que por este nombramiento queda libre, no obstante que no le conceda expresamente la libertad; nada de lo qual sucederá al siervo ageno, que sea nombrado (2). Pero de qualquiera de los modos expresados que sea hecho, se ha

de los 14 años, ya la ley les supone instruidos, y en un estado capaz del uso de la razon, y por esto tuvo por conveniente que cesase el oficio de tutor como no necesario, mediante haber cumplido el fin á que se dirigió. Desde entónces establece en su lugar un curador que regularmente puede serlo, y lo es, la misma persona, para que siga con el cuidado y administracion de sus bienes, teniendo muy presente que siendo esta edad hasta la de 25 años la mas peligrosá para las pasiones, podrian los jóvenes abandonar y disipar su hacienda; pero no por esto quiso que desatendiesen sus personas teniendo en consideracion los peligros de que se ven rodeados. He aquí el fundamento de la ley y de los AA. para que el oficio del curador se dirija primero al cuidado de sus bienes. Si fuesen unas mismas, y en el mismo grado sus funciones, y las del tutor, habriamos de tener por inútil é impertinente la distincion que hacen las leyes; pero en esto haríamos una ofensa al sabio legislador que las dicto. Sin duda quiso dar mayor importancia al oficio de tutor que al de curador. Parecen nada las edades en que se exercen uno y otro, y en ellas es donde se encuentra la razon de la diferencia que no vió el Señor Gutierrez.

(1) Garcia de Expensis, cap. 20. (2) Leyes 1. 3. 6. 7. y 8. tit. 16. Part. 6. glos. 1. en dicha ley 3. Gutierr. de tutel. part. 1. cap. 6. 10. 11. y 23.

de seguir invariablemente la voluntad arreglada del testador, y este puede consignar al tutor por alimentos del pupilo todos los frutos que produzcan sus bienes, no siendo muy pingües, y excesivos á lo que segun su esfera pueda gastar en su educacion, y manutencion, en cuyo caso no tiene que dar cuenta de su producto, como así se practica en esta Corte, y con dicha consignacion se discierne el cargo á los nombrados.

52 Así como todos los que son capaces de testar pueden nombrar tutores; pueden serlo del mismo modo todos, excepto los siguientes. I, el menor de 25 años, (lo qual se entiende aunque esté casado, porque la ley habla indistintamente, y el matrimonio no le da capacidad para cuidar de otro) y por consiguiente la madre del huérfano, si no los tiene, pues mientras los cumple, debe el Juez proveer á este de curador que administre sus bienes (1). II, el mudo, sordo, ciego total, loco, fatuo, desmemoriado, y pródigo declarado. III, los deudores, y acreedores del pupilo, á menos que los nombre el mismo testador, ó lo sean de poca cantidad, ó su madre, ó abuela. IV, el que administra Rentas Reales, interin no esté solvente de su administracion. V, el Caballero, ó Soldado mientras exîste empleado en el Real Servicio. VI, el accidentado habitual, é impedido de exercer la tutela. VII, los Obispos, los Monges y demás Religiosos profesos, y los Clérigos seculares; pero á éstos solo se prohibe serlo de los extraños, mas no de sus parientes. Si lo son de estos, han de acudir ante el Juez competente dentro de 4 meses de como sepan el nombramiento, á aceptar, y jurar la tutela (2). Tampoco pueden ser tutores el excomulgado de excomunion mayor, el que mudó su condicion, v. g. si de rico vino á pobreza, pues aunque sea nombrado por el padre, no debe confirmarlo el Juez; y el fiador del deudor del pupilo (3).

53 El oficio de Tutor y Curador es público, y personal (4),

(1) Ley fin. Cod. de Legitim. tutorib. Gutierr. dicha part. 1. cap. 7. n. 27. hasta el fin. Lara, compendium vitæ homin. cap. 19. n. fin.

(2) Leyes 4. y 14. tit. 16. y 2. al fin tit. 17. Part. 6. Authent. Minoris debitor Cod. Qui dare tutor. vel curator. Authent. Ut hi qui obligatas §. Hæc omnia, y sig. Novel. 72. Sr. Olea de Cesion. juri, cit. 2. quæst. 6. n. 8. (3) Gutier. dicha part. 1. cap. 20. n. 6. 23. 27. y 29. (4) Ley 1. Cod. Quando mulier tutel. Offic. fungi pos. ley Tutela, y ley ultim. de Tutel. y ley Jure nostra, ff. de Testament. tutel.

y como las mugeres carecen regularmente del juicio, reflexion, constancia, y experiencia que los hombres, las prohibió el derecho ser tutoras, excepto á la madre, y abuela del pupilo, á las quales lo permite, por el entrañable, y cordial afecto que profesan naturalmente á sus hijos, y nietos; porque respecto que estos han de heredarlas, presume cuidarán mejor que los demás consanguíneos, y extraños, de sus personas y bienes; cuyo permiso, aunque sean nombradas en el testamento, se entiende, y es con tal que se obliguen á no volverse á casar, mientras tengan la tutela, y renuncien las leyes que prohiben á las mugeres obligarse por otro, á fin de que nadie recele tratar con ellas en negocios peculiares de sus hijos, y nietos (1); de cuyas leyes traté en el cap. 7. de mi primera parte. El padre no puede prohibir á la madre honesta y juiciosa que sea tutora de sus hijos, excepto que les nombre tutor en su testamento, por cuyo solo medio la puede privar de la tutela (2). Tampoco puede gravar al tutor que dá á su hijo, á que administre sus bienes con el consejo de persona determinada, á menos que nombre tambien á la madre por tutora, porque no le puede disminuir la potestad que la ley le concede (3).

54 Esta tutela de la madre y abuela, dura solamente ínterin se conservan viudas, pues si se casan segunda vez entre las penas que por esto las están impuestas, y expresaré en el capítulo 5. lib. 2. de esta segunda parte, lo es una la de que pierdan al instante que se casen, no solo la tutela legítima, sino la testamentária, porque en ámbas versa identidad de razon (4), y así es nulo todo quanto practiquen como tales tutrices, porque ya no lo son. Esto procede en tanto grado, que sin embargo de ser dura, y muy sensible la separacion de los hijos de la compañía de sus padres (5), ya sea ó no sospechosa la madre, ó abuela, se debe sacar no obstante, de su poder al pupilo, y sus bienes; y son responsables no solo los de ellos, sino los del marido con quien respectivamente casen, (aunque éste no los obligue expresamente) á los desfalcos que por la mala versacion,

(1) Ley 4. tit. 16. Part. 6. (2) Lara dicho cap. 19. n. 16.
(3) Ley Titium, et Mœvium 48. ff. de Administrat. tutor. Giurb. decis. 7. n. 10. (4) Ley 5. tit. 16. Part. 6. Gutier. dicha part. 1. cap. 9. n. 16.
(5) Ley Possessionum divisiones 11. Cod. Communia utriusque judicii.

y administracion padezcan los del pupilo; pues el derecho desconfia mucho de la muger que se vuelve á casar, porque suele amar tanto al nuevo marido, que por complacerle, presume que no solo le dará los bienes de sus hijos, sino que olvidándolos enteramente, y degenerando en madrastra, consentirá su muerte (1), como repetidas veces lo acreditó la experiencia. Si estando viudas, dicen al Juez que quieren casarse, y le hacen que provéa de tutor á sus hijos, no recuperarán la tutela, aunque despues de dada á otro muden de parecer, y no se casen (2); ni tampoco aunque casándose, enviuden del marido segundo, sino en subsidio, que es quando sus hijos no tienen tutor, ó no lo pueden tener, ó no es idóneo, y no de otra suerte (3), en cuyo caso las podrá reeligir el Juez.

55 Esto se observa aun quando el difunto haya mandado que por contraher segundas nupcias su muger, no se la quite la tutela; porque en detrimento de tercero, que son los mismos hijos, á quienes las leyes quisieron defender carece de potestad el marido para hacer que su voluntad prevalezca contra lo que justamente éstas ordenan (4); por lo que si la madre nunca quiso la tutela, pasará al tutor legítimo mas cercano en grado de consanguinidad que sea idóneo, en caso de no haber otro nombrado por el padre del pupilo. Lo própio sucederá, si la aceptó, y luego se casó (5); pero si habiéndodola aceptado, acude al Juez diciendo que intenta casarse, y pidiéndole que dé tutor á sus hijos, en este caso será tutor dativo, y preferirá al legítimo (6); y este tutor dativo aun quando case con ella despues, no perderá la tutela, porque el padrastro bien puede tenerla, si es útil á su hijastro. Lo mismo procederá, nombrándolo la madre en dicho caso, ó quando

(1) Leyes 26. tit. 13. Part. 5. 19. al fin, tit. 16. Part. 6. 3. tit. 7. lib. 3. del fuero Real, y ley 1. Cod. Ubi pupilus educari debeat. Lara, dicho c. 19. n. 24. y 25. (2) Baez. de Decim. tutori, c. 4. n. 52. Gutier. dicha part. 1. y cap. 9. n. 1. (3) Gutier. ibi n. 26. y 27. Boer. decis. 266. Sr. Roxas Almansa de Incompatibilit. disp. 3. quæst. 10. n. 57. Lara ibi n. 39.

(4) Gomez en la ley 15. de Toro n. 11, al fin. Acev. en la 3. tit. 1. lib. 5. Recop. n. 5. Matienz. en esta, glos. 2. n. 9. (5) Ley 2. Cod. Qui petant tutores. (6) Gom. ibi n. 12. Matienz. ibi n. 11. Gutierr. ibi num. 21. Beroyo, quæst. 66. n. 4. y 6. Sr. Greg. Lop. en la ley 5. tit. 16. glos. 3. Menoch. de arbitr. Bentur. 2. cas. 151.

lo consienten los tutores testamentarios, ó parientes del pupilo, ó el menor púbero capáz le elige por su curador de su motu própio, y sin sugestion de su madre, ó el electo por el testador se constituyó de peor condicion, y conducta que quando le nombró (1). Para con el padre nada de lo expuesto milita, y así aunque se vuelva á casar, no pierde la tutela y administracion de los bienes de sus hijos, porque en él cesa la razon de la prohibicion legal, su ánimo es mas estable, y constante que el de la madre, y no está sujeto á ésta, como ella á él (2).

56 La tutela es de tres maneras: *testamentária*, *legítima* y *dativa*, y de las mismas tres son por consiguiente los tutores que pueden tener los huérfanos (3). Se llama *testamentária* la que en testamento, ó en otra última disposicion legítima, y perfecta da el testador al impúbero, ó pupilo (4), pues no siendo legítima la disposicion, es menester que el Juez confirme el nombramiento para que sea válida; y esta tutela prefiere á las otras dos (5). El padre puede dar puramente, á tiempo ó dia cierto, ó con condicion concerniente ó no al acto, uno, ó mas tutores consanguíneos, ó extraños de los no privados de serlo, no solo á sus hijos legítimos nacidos, aunque los herede, ya estén ó no en su poder, y á los pósthumos, sino tambien á los naturales que instituye herederos, ó lega algunos bienes, y á los extraños que instituye, porque el que instituye al pupilo por heredero, se tiene en lugar de padre; bien que el de los naturales, y extraños, para poder exercer la tutela debe ser confirmado por el Juez (6); de lo que se deduce que siendo legítimos los hijos, no es necesaria esta confirmacion, y que sin ella podrá usar el oficio de tutor el que nombre el padre, sin que en su exercicio se le deba poner impedimento por este defecto, porque ninguna ley ordena la confirmacion judicial en

(1) Ley fin. Cod. de Contrario judicio tutel. Gutier. part. 1. cap. 3. n. 78. al 82. Lara, Compendium vitæ homin. cap. 19. n. 15. (2) Ley Generaliter. Cod. de Secund. nup. y ley fin. Cod. de Bon. matern. Gutier. dicho, cap. 9. n. 22. Matienz. ibi n. 10. (3) Ley 2. tit. 16. Partid. 6. (4) El tit. ff. de Testament. tutel. (5) Ley 2. Cod. de Confirm. tutor. Bas theat. jure part. 1. cap. 32. n. 5. Sr. Valenz. consil. 35. n. 3. y 4. (6) Leyes 3. y 8. tit. 16. Partid. 6. ley Pater, ff. de Testament. tutel. ley fin. Cod. de Confirm. tutor. Gutier. dicha part. 1. cap. 3. n. fin. y cap. 11. n. 1. y 5. Lara, dicho cap. 19. n. 19. 20. 52. y 53.

dicho caso como en todos los demás, bien que lo mejor es que lo confirme, excepto que el testador les confiera la facultad de administrar sin dicha confirmacion, en cuyo caso no será necesaria, como diré en el número 64. Si nombra á la madre, y á un extraño juntamente, ámbos serán tutores (1); pero al hijo expurio no puede darle tutor en su última disposicion, ni de otra forma, porque no es conocido por hijo suyo (2), ni tampoco al natural, quando nada le dexa (3). Pero advierto lo primero que quando el padre natural nombra tutor á los hijos, que no están en su dominio, aunque se lo dá inutilmente, debe no obstante ser confirmado por el Juez sin inquisicion, excepto que haya causa para no confirmarlo (4). Lo segundo que no puede gravar al tutor de su hijo á que administre con consejo de otro, excepto que nombre tambien á este por contutor (5): porque carece de facultad para disminuirle la potestad que una vez electo le confiere la ley, é impedir que la disposicion de esta no surta su efecto en favor de otro.

57 La madre puede en la própia forma nombrar tutor á sus hijos legítimos, y naturales huérfanos de padre, y debe confirmarlo el Juez, no teniendo prohibicion de serlo, y siendo en lo demás idóneo, con tal que los instituya sus herederos; pues si únicamente los instituye por legatarios, no se lo deberá nombrar, y si se lo nombra, será habido por tutor testamentario en el solo caso de confirmarlo el Juez, y no de otra suerte (6). Si el padre, y la madre naturales dan respectivamente tutor distinto á su hijo, y ámbos tutores concurren á la tutela, será preferido cada uno en la administracion de los bienes que el que le nombró, dexó al hijo; y si no concurren á un tiempo, administrará el nombrado primero, y no el que lo sea

(1) Sr. Greg. Lop. en la ley 4. tit. 16. Partid. 6. glos. 9. Gutierr. part. 1. dicha, cap. 8. n. 20. (2) Glos. in leg. 1. ff. de Testament. tutel. Sr. Greg. Lop. en la ley 8. tit. 16. Part. 6. glos. 1. ad fin. Gutierr. dicho cap. 11. n. 2. (3) Ley Naturales 7. ff. de Confirm. tutor. Gutierr. part. 1. de Tutel. cap. 4 n. 15. (4) Ley 1. y ley Filio 6. ff. de Confirm. tutor. ley Pater, §. fin. ff. de Testament. tutel. y §. fin. Institut. de tutor. Gutierr. dicha part. 1. y cap. 3. n. 17. Lara dicho cap. 19. n. 20. (5) Ley Titium, et Mœvium 48. ff. de Administration. tutor. Lara dicho cap. 19. n. 16. (6) Ley 6. tit. 16. Part. 6.

en segundo lugar, porque al que lo tiene, no se le debe dar (1). En quanto á los abuelos maternos, y demas ascendientes por esta línea se observará lo que queda expuesto á cerca de la madre (2).

58 El abuelo paterno puede dar tutor en los própios términos á sus nietos nacidos, y pósthumos, con tal que no hayan de recaer en el dominio de su padre (3). Puede tambien el testador, que carece de ascendientes y descendientes legítimos, dar tutor, de qualesquiera de los modos expresados en el n. 51, á los pupilos extraños huérfanos de padre, que instituye herederos, si no lo tienen; pero el nombrado, aunque sea idóneo, no puede usar la tutela, sin que preceda discernimiento, ó confirmacion del Juez, como dexo expuesto (4); y lo mismo sucede al nombrado por el padre en codicilo (5), cuya confirmacion en ningun caso sirve para suplirle sus defectos, sino solamente para autorizarle, y darle facultad cumplida, y perfecta, á fin de que evacue plenamente su encargo, y no se le oponga la excepcion de ilegitimidad de persona.

59 Tutela *legítima* se llama la que la ley concede á los parientes del pupilo por falta de la testamentária (6): de modo que habiendo tutor testamentario, aunque sea extraño, no tiene lugar el legítimo, no obstante que viva la madre del pupilo (7), pues puede preterirla, y excluirla el testador, si dexa tutor á sus hijos, y no en otros términos; de que se deduce que la madre viuda podrá excluir al abuelo, y elegir á un extraño por tutor de sus hijos, sin que el abuelo pueda agraviarse de la pretericion, y exclusion. Los parientes consanguíneos mas cercanos del pupilo por ámbas líneas tienen derecho á serlo quando su padre, ó madre no le dexaron persona señalada que le cuidase, ó ésta no quiso serlo, y no hay mas nombradas, ó la que lo fué, murió, se ausentó, ó faltó por otro motivo, y no en otros términos (8); y así esta tutela sigue en di-

(1) Angel. en la ley final, Cod. de Confirm. tutor. Gutierr. part. 1. y cap. 4. dichos, n. 17. (2) Gutier. ibi n. 11. (3) Ley 3. tit. 16. partid. 6. ley. 1. ff. de Testament. tutel. y §. Permissum, Institut. de Tutel. (4) Ley 8. tit. 16. Part. 6. Gutier. cap. 4. dicho, num. 12. y sig. y cap. 11. n. fin.

(5) Ley Testamento 3. ff. de Testamentaria tutel. Parlador. different. 14. n. 14. (6) El tit. ff. de Legitim. tutorib. (7) Gutier. partid. 1. de Tutel. cap. 2. n. 6. (8) Gutier. ibi n. 7. y cap. 12. n. 4.

chos casos las reglas de la sucesion. Infiérese de esto que la madre sin embargo de que sea expuria, aunque no prefiere á los tutores testamentarios, ya sean parientes del pupilo, ó extraños, pero sí al abuelo, y abuela paternos, y á todos los demás consanguíneos, y como mas propinqua si quisiere ser tutora de sus hijos huérfanos, será admitida antes que todos, con tal que siendo expurios, no sea ilustre, y si no lo es, no sean estos de dañado ayuntamiento por su parte (1). Que no queriendo admitir la tutela la madre ó habiendo fallecido ésta, ha de entrar la abuela, si la quiere. Y que por falta, ó voluntad de ámbas, debe serlo el pariente que segun la inmediacion de grado tenga derecho á heredarle (2).

6o Todos los consanguíneos pueden ser compelidos á admitir la tutela excepto la madre y abuela, y la de estas se llama *anómala*, *irregular*, y *extraordinaria*, porque es permisiva, y no coactiva como la de los demás consanguíneos, y por eso se diferencian las dos. Así es que quando el pupilo tiene muchos consanguíneos transversales iguales en grado, que carecen de legítima escusa para no admitir la tutela todos serán tutores, y administrarán sus bienes; pero para evitar disturbios entre ellos, deberán elegir entre sí quál ha de exercerla, y no queriendo, ó no concordando en el que ha de ser, pueden echar suertes, y en su defecto nombrar el Juez al que de ellos contemple mas idóneo, y de mayores seguridades, y aquel á quien toque la suerte, ó que fuere electo, será el tutor; y lo próprio se observará siendo testamentarios, por lo que administrará uno, y los demás se tendrán por honorarios (3). Advirtiendo que entre los consanguíneos transversales no se debe atender á la predileccion de líneas, sino á la mayor utilidad del pupilo, porque la ley no distingue de agnados, ni cognados para este caso, y así son admitidos todos omnimoda, é indistinta-

(1) Gom. en la ley 14. de Toro, n. 10. y sig. Gutier. de Tutel. part. 1. cap. 8. n. 9. al 11. (2) Leyes 4. y 9. tit. 16. Partid. 6 y ley Si plures, ff. de Legit. tutorib. Authent. Matri, et Aviæ. Cod. Quando mulier tutel. offic. fungi pos. Gutier. dicho cap. 8. n. 4. al 9. y n. 18. Lara Compend. vitæ homin. cap. 19. n. 14. y 15. (3) Ley 11. tit. 16. Part. 6. et ibi glos. 1. Authent. de hæredibus abintestato venientib. cap. fin. collat. 9. Gutier. cap. 8. y n. 18. dichos, y cap. 14. per tot. Lara ibi n. 18. Parlador. differ. 99. n. 7. Montan. de tutel. cap. 15. n. 8.

mente, siendo mayores de 25 años, idóneos, seguros, y sin prohibicion legal de ser tutores (1); bien que concurriendo abuelo, y abuela maternos, exercerán la tutela igualmente; si concurren madre, y abuelo paterno, preferirá aquella á éste; y concurriendo padre, y abuela paterna, ó materna, será preferido el padre, el qual, si es natural, preferirá igualmente á la madre natural (2).

61 No queriendo el consaguineo, á quien por derecho toca la tutela, admitirla, sin tener legítima escusa para ello ó no pidiendo al Juez dentro del año de la muerte del padre del pupilo que provea á éste de tutor, es de su cuenta el daño que por su renuencia, y omision se la siga al pupilo aunque no se le interpele, y pierde la sucesion á sus bienes, si fallece ántes de entrar en la pubertad, ó intestado dentro de ésta, y tambien el derecho á la substitucion pupilar directa, mas no á la obliqua, ó fideicomisaria; y lo mismo procede por su culpa, ó negligencia en cuidar al pupilo, y administrar bien sus bienes (3).

62 Y tutela *dativa* es la que á falta de la legítima, y de la testamentária, pues la prefieren, da el Juez á el pupilo, para que no padezca detrimento en su persona, y bienes; y así solo ha lugar en dicho caso (4); pero ha de ser dada simplemente, y no con condicion que no concierna al acto, ni á dia cierto, ó desde tal dia, como lo puede ser la testamentária (5); y la razon es, porque el acto legítimo no admite dia, ni condicion, y el hecho del testador en lo que esté defuctuoso, puede ser suplido por el Juez; pero el de este nadie lo puede suplir sino él mismo, por lo que se requiere que lo execute pura, y perfectamente (6). Mas si la condicion es anexa á la propia dacion de la tutela, v. gr.: *Si el tutor se obligare á administrar como debe*: *Si*

(1) Authent. De hæredibus. cit. cap. Ex his: y Authent. Sicut. Cod. de Legitim. tutorib. Gutier. de Tutel. part. 1. cap. 2. n. 15. (2) Lara dicho cap. 19. n. 17. Gutier. cap. 8. dicho n. 12. al 16. (3) Ley 12. tit. 16. Part. 6. Gutierrez de Tutelis, part. 1. cap. 16. n. 32. ley Omnem, Cod. ad Tertillian. ley Sciant qui, Cod. de Legitim. hæredibus, ley 2. Cod. de Divid. tutel. ley 1. ff. de Pericul. tutor. y ley fin. ff. Rem pupilli salvam fore. Gom. en la 15. de Toro, n. 18. Vello en la 16. n. 27. Parlador. ibi. n. 8.

(4) Leyes 2. y 12. tit. 16. Part. 6. y el tit. ff. de Tutor. & curator.

(5) Ley Muto 6. §. Sub conditione, ff. de Tutor. Gutier. de Tutel. part, 1. cap. 11. dicho, n. 6. (6) Ley Actus legitimus, ff. de Regul. Jur. Gutier. ibi. n. 7.

afianzare la tutela con toda seguridad, &c. la puede poner el Juez en el nombramiento, porque ésta no es verdadera condicion, sino monicion que le hace para que practique lo que se le dice, y que de no practicarlo, no se le discernirá la tutela (1).

63 Los parientes mas cercanos del pupilo deben pedir al Juez que le provea de tutor, quando no le tiene, como queda expuesto. En defecto de parientes, pueden pedírselo los amigos del pupilo, ó él mismo: y por el de unos y otros, qualquiera de el Pueblo en que éste viva, ó nació, ó su padre, ó de el en que tiene la mayor parte de sus bienes, ya esté presente, ó ausente, y aunque lo contradiga. Y si nadie lo pide, y el Juez conoce que está desamparado, puede nombrárselo de oficio en virtad de la potestad que le concede el derecho; y fuera de los tres Jueces referidos, ningun otro puede dárselo. Pero si todos se lo nombraren, prevalecerá el nombramiento del que constare haberlo hecho primero; y no pudiendo indagarse quál fué, por ser hechos todos en un dia, valdrá el del Juez del domicilio del huérfano (2). La práctica es discernirse la tutela en el lugar donde se radica la testamentaría. Se advierte I, que el nombramiento de tutor al hijo primogénito de Grande compete al Rey ó Magistrado, á quien para hacerlo diere especial comision, y facultad (3); bien que al del Señor del Pueblo en que fallece, puede discernir la tutela, y dar tutor el Juez de él, porque la jurisdiccion para nombrarlo se puede prorrogar de consentimiento de las partes (4). Y II, que la tutela se puede discernir en dia colendo, ó de precepto, quando por la ley no se requiere que se confirme con inquisicion, ó conocimiento de causa; y en caso de necesidad, aunque se requiera éste (5).

64 El Juez debe discernir ó confirmar las tutelas de la madre, y de los demas tutores referidos para que puedan cuidar del pupilo, y administrar sus bienes, sin que se les oponga la

(1) Decio en dicha ley Actus legitimus, n. 8. y 9. Gutier. ibi. n. 8.
(2) Dicha ley 12. tit. 16. Partid. 6. Sr. Greg. Lop. en ella, glos. 11. 12. y 13. Gutier. part. 1. cap. 16. de Tutel. n. 2. al 31. y n. 136. al 140.
(3) Ley 14. tit. 5. lib. 2. Recop. y ley 1. Cod. de Tutor. & curator. illustr. personar. (4) Bald. in leg. 1. Cod. de. Emancipat. liber. in §. 1. Institut. de Atilian tutor. Parlador. differ. 99. n. 10. (5) Ley Qui habet. §. Quolibet, ff. de Tutel. ley Nec mandante, §. ultim. Lara dicho cap. 19. num. 72.

excepcion de ilegitimidad de persona, sin cuyo prévio requisito nada deben hacer, y si lo hacen, no valdrá; bien que la madre podrá administrar sin el discernimiento, en lo que se diferencia de los demas tutores testamentarios (1). Se limita esto para con el que nombra el padre á sus hijos legítimos, por la razon expuesta en el n. 56. ó para el caso en que el testador ordenó en su testamento, ó en otra disposicion válida que sin decreto judicial pudiese el tutor mezclarse en la administracion, pues en este caso lo podrá practicar sin él, porque el testador puede preceptuarlo así (2), y su arreglada voluntad se tiene por ley (3), y se debe observar, si no es contra ésta, y no en otros términos (4). Es de advertir I, que aunque siendo muchos los tutores, y curadores, pueden dividir entre sí la administracion, el derecho de la tutela, y curaduría pasa á cada uno por entero, ya sean testamentarios legítimos ó dativos; y así quando no está dividida, basta la autoridad de uno en qualquiera acto, ó negocio, y lo mismo sucede con los curadores *ad litem* para la defensa de algun pleyto; mas quando lo está, se requiere la de aquel á quien pertenece la administracion (5). Y lo II, que sin embargo de que el testador los releve de dar cuenta: si administran de própia autoridad sin discreto, ó discernimiento del Juez, deberán darla, y no surtirá efecto la relevacion, porque ésta se entiende, quando tienen la administracion válida, y les compete de derecho, que es quando la confirma el Juez, y no ántes, ni de otra suerte (6).

65 La *curaduría* es la que se dá al varon mayor de 14 años y á la hembra de 12 que no tienen curador, (pues al que lo tiene, no se debe dar otro sin causa) y la que se dá al pupilo interinamente en el único caso de ausencia, ó de temporal inca-

(1) Leyes 4. 6. y 8. tit. 16. Partid. 6. ley 4. ff. de Authorit. tutor. Gutier. de Tutel. part. 1. cap. 5. n. 6. Lara dicho cap. 19. n. 52. y 53. (2) Ley Cui eorum, & ibi glos. 1. ff. de Postuland. Boer. decis. 124. n. 14. Gutier. dicho cap. 5. n. 7. al 10. (3) Cap. Ultima voluntas 13. quæst. 2. Authent. De nuptiis, cap. 2. vers. Disponat:: (4) Ley Testandi 13. Cod. de Testam. Gutier. part. 1. de Tutel. cap. 8. n. 94. (5) Ley Tutela legitima, §. Si duo: y ley Si plures, ff. de Legitim. tutor. ley Si plures, y ley Cum plures, ff. de Administrat. tutor. ley 1. & per tot. Cod. Si ex pluribus tutor. y ley final, Cod. de Authorit. præstand. Gom. en la 38. de Toro, Lara n. 6. cap. 24. n. 38. (6) Ruin. consil. 70. n. 7. vol. 4. Gutier. part. 13. de Tutel. cap. 1. n. 48.

pacidad, ó impedimento del tutor legítimo, ó testamentario que es nombrado solo. Igualmente se dá á los mayores de 25 años que son locos, ó desmemoriados, y á los pródigos declarados que por su prodigalidad, y falta de synderesis se gradúan de locos, por no saberse conducir como sensatos, y cuerdos (1). Se diferencia la *tutela* de la *curaduría*: I, en que el tutor se dá al pupilo solamente, y el curador á éste, al que no lo es, al vientre y á otros que quedan referidos al fin del n. 50. II, en que el tutor se dá principalmente para la custodia de la persona del pupilo, y secundariamente para la de sus bienes, lo qual es al contrario en el curadar. Lo III, en que el tutor se dá al pupilo, ya lo quiera, ó no; pero el curador no se dá al púbero si no lo quiere, á ménos que sea para pleytos. Lo IV, en que el tutor es de tres clases, testamentario, legítimo y dativo; pero el curador es solamente dativo, excepto para el furioso. Lo V, en que el tutor se dá en testamento, pero el curador no regularmente (2). Y lo VI, en que el curador se puede dar para un acto, ó cosa sola (3); pero el tutor ha de ser para todo, y no para cierta cosa (4), excepto para la aceptacion de herencia, lo qual es especial en este caso (5). Y convienen ámbas en que las obligaciones del tutor, y curador para utilidad del menor son las mismas sin la mas leve diferencia.

66 La curaduría legítima no la establece el derecho sino para el furioso, ó mentecato (6); y siéndolo el padre, sin embargo de que los descendientes carecen de potestad para substituir exemplarmente á sus ascendientes, porque ninguna disposicion legal se la confiere, como sentè en el c. 1. de mi primera parte adiccionada n. 104. al fin: se le puede dar por curador á su hijo capaz, mayor de 25 años, y de buena conducta, el

(1) Ley. 13. tit. 16 p. 6. Princip. Instit. de Curator. leyes 15. y 16. ff. de Tutor. & curator. dat. Gutier. de Tutel. part. 1. cap. 19. n. 1. al 6. (2) Glos. magna: en la ley Ventri 20. ff. de Tutorib. & curator. dat. (3) Ley Non tantum. ff. de Tutor. & curator. dat. Baez. de Decim. tutori, cap. 17. n. 3.

(4) Ley 1. t. 16. part. 6. Leyes Certarum. 12. Et si datus 13. y Quia 14. ff. de Testament. tutel. (5) Ley Cum in una 17. §. Tutor, ff. de Appellation. Gutier. de Tutel. part. 1. cap. 19. n. 9. y 10. (6) Ley His qui 12. §. 1. ff. de Tutor. & curator. dat. y leyes 1. §. 1. y 2. Cod. de Curator. furios.

qual será preferido al extraño (1). No se debe dexar en testamento la curaduría, como queda expuesto; pero si el padre la dexa á su hijo, debe confirmarla el Juez si le parece apto para evaquar su encargo, y puede ser compelido á admitirlo. Los púberos capaces no están obligados, ni deben ser compelidos á recibir contra su voluntad curador para la administracion de sus bienes, y otras cosas, actos, y negocios extrajudiciales; ni tampoco puede ser apremiado alguno á admitir la curaduría, excepto que intervenga urgente necesidad de que lo sea el que se nombre (2). Sin que por lo explicado sea visto afirmar, ni deducirse de ello que los púberos no necesitan absolutamente de curador: que se pueden gobernar, tratar y contratar sin tenerlo: quedar obligados natural y civilmente, y poder ser compelidos como si fueran mayores sin diferencia: sino que no se les debe precisar, ni compeler á que reciban al que se les dé, ántes bien lo han de nombrar por sí mismos á su eleccion, y siendo idóneo, y qual se requiere para desempeñar la curaduría, debe aprobarlo el Juez; de què se deduce que si no quieren que continuen en la curaduría despues que espira la tutela, el tutor, ó curador que les dexó su padre en su testamento, podrán nombrar otro, y deberá admitirlo el Juez, siendo qual debe ser; pero una vez que lo reciban, pueden ser compelidos á estar baxo de su custodia hasta los 25 años, no probando causa legítima para eximirse de ella (3), ya sea por mala versacion, ú otro obstáculo de parte del curador, ó por casarse, ú obtener venia de la Cámara para gobernarse los púberos teniendo la competente edad. La razon de porque á estos no se dá curador en testamento, y á los pupilos sí, es, porque al modo que estos no pueden testar, ni por consiguiente instituir heredero, por lo que debe heredarlos el que su padre les dá en su testamento por medio de la substitucion pupilar, ó la ley por falta de nombramiento de éste, en los términos expuestos en el cap. 1. de

(1) Ley 13. tit. 16. Partid. 6. y §. Item inviti adolescentes, instit. de curator. (2) Ley 13. t. 6. part. 6. Ley 2. §. Quæritur, ff. de Curator. bonor. dand. Gutier. dicho cap. 19. n. 13. al 16, y n. 30. Baez. de Decim. cap. 16. n. 23. Lara Compendium vitæ hominis, cap. 24. n. 15. y sig.

(3) Abb. consil. 91. vol. 1. Señor Greg. Lop. en la ley 13. tit. 16. Partida 6. glos. 2. Baez. ibi cap. 3. n. 16. Gutier. dicho cap. 19. n. 18.

mi 1. parte adiccionada §. 3.: del mismo modo deben recibir, y tener por su tutor al que su padre, ó la ley les concede; pero el varon, y hembra púberos como tienen facultad para testar, y nombrar heredero, pueden elegir tambien á su arbitrio curador de sus bienes (1). De lo que pueden hacer, ó no los menores pupilos, y adultos, ya tengan, ó no curador, y quándo será ó no válido el contrato que celebren con su asistencia, ó sin ella, véase lo explicado en el cap. 7. n. 92. y 93. de mi primera parte.

67 En los pleytos, y actos judiciales ha de intervenir indispensablemente curador, el qual, ó el tutor si el menor fuere pupilo, (bien que careciendo éste de tutor, se le puede proveer de curador para ellos, y para otros negocios) deben, y no el menor personarlos por sí própios, y no por procurador: y hallándose imposibilitados de practicarlo, pueden substituir por su cuenta y riesgo la curaduría, eligiendo procurador que los defienda, y especificando el pleyto en el poder que le confieran (2). Los menores púberos deben tambien, ya sean actores, ó demandados, y la causa civil, ó criminal, nombrar por sí curador *ad litem*, que los defienda en ella; y resistiéndose á nombrarlo, puede el Juez por su contumacia eligirlo, á fin de que no sea ilusorio, y nulo el juicio por falta de persona legítima que comparezca en él; porque el menor no lo es para comparecer por sí, ni en las causas profanas, ó temporales puede constituir procurador, por lo que debe hacerlo en su nombre su curador, ó tutor, ó el procurador que éstos nombren (3); y el Juez puede de oficio dar curador *ad litem* al mayor de 25 años, que despues de principiado el juicio, se volvió loco, ó perdió el suyo (4).

68 Lo expuesto en el número inmediato no milita en las

(1) Ley Divus, §. fin. ff. Qui petant tutor. vel curator. ley 1. Cod. eod. tit. ley Mutus, §. Is, qui, ff. de Procurator. ley Qui habeat. §. Si pupillus, ff. de Testament. tutel. Gutierr. cap. 19. cit. n. 29. Parlador. diff. 99. n. 5. y 6. (2) Ley 96. tit. 18. part. 3. Gutier. de Tutel. part. 1. cap. 19. n. 21. al 24. (3) Ley 13. tit. 16. Part. 6. leyes 2. y 3. Cod. Qui legitimam personam. Leyes Neque tutores, y Non eo minus Cod. de Procuratorib. ley 1. Cod. de in litem. jurand. y §. Item inviti cit. Gutierr. dicho cap. 19.

(4) Ley Sancimus neminem 20. §. Sed & si quis, administr. tutor. Carrot. except. 132. n. 29. Lara Compendium vitæ homin. cap. 24. n. 18.

causas espirituales y beneficiales, en las que se reputan mayores los púberos, y así en unas y otras si no tienen padre, pueden comparecer por sí en juicio, y constituir procurador con especial mandato, ó poder para cada una, por no ser bastante el general, lo qual no se permite á los pupilos, por lo que estos necesitan quien los represente en ellas (1). Y se advierte lo I, que el curador *ad litem* pedido simple y generalmente para los pleytos, y causas que ocurran al menor, debe ser dado por el Juez en que éste tenga su domicilio, por razon de su orígen, ó habitacion (2); pero si el menor lo pide para la que ya está incoada, ó movida, lo ha de ser por el que entiende en ella (3). Lo II, que puede otorgar, y autorizar con su menor las obligaciones, y otros contratos de éste que vengan por seqüela, ó execucion del pleyto, porque esto no es acto ó cosa nueva, ni diversa; y tambien los que sean antecedentes para él, si no tiene tutor, ó curador para la administracion de bienes, y no de otra suerte (4); pues el curador para pleytos no es mas que para la defensa del menor en juicio, por lo que ya tenga éste, ó no curador para la administracion de sus bienes, carece de potestad aquel para autorizar sus contratos, excepto los referidos, y estos en el solo caso de no tener curador para la administracion de sus bienes, porque si lo tiene, debe concurrir, y no él para pleytos; y en quanto á otros, el de que se le habilite especialmente por el Juez para ellos con previo, y maduro exámen, y conocimiento de la utilidad, ó necesidad, por falta del que administra los bienes, y no de otra forma; y el practicar lo contrario, es un error clásico, y una nulidad notoria; lo que tendrá presente el Escribano para no admitirlo. Y lo III, que el curador para pleytos puede ser removido, y revocado en qualquier tiempo, porque se equipára al procurador ó apoderado, lo qual no se puede hacer con el que administra los bie-

(1) Cap. fin. de Judic. in 6. Lap. alleg. 70. n. 6. Casdos. in Prax. Judic. n. 24. Lara dicho cap. 24. n. 44. al 46. (2) Ley 1. y todo el tit. Cod. de In litem dando tutore vel curatore. (3) Dicha ley Sancimus, §. Sed & si, cit. Gom. lib. 2. Var. cap. 14. n. 17. vers. Si vero agatur: Vela disert. 2. ex n. 42. (4) Felin. consil. 16. n. 3. Gracian. Discept. cap. 279. n. 5. y 6. y cap. 360. n. 27. Lara, 24. dicho n. 20. al 24

nes, ni con el tutor sin causa probada (1), como dexo expuesto.

69 La tutela, y curaduría se acaban por las siguientes causas: por cumplir 25 años de edad el menor, con la diferencia de que la tutela termina á los 12 en las hembras, y á los 14 en los varones, y luego entra la curaduría hasta los 25: por el destierro, cautiverio, ó esclavitud, y muerte del tutor, y curador, ó del huérfano: por la prohijacion de qualquiera de ellos; por cumplirse la condicion, y tiempo, porque el tutor testamentario fué nombrado: y asímismo por escusas legítimas que el tutor tenga para no admitir, ó no continuar en la tutela, ó el curador en la curaduría (2), de las que trataré en los nn. 74. y 75.

70 Se acaba tambien la tutela y curaduría quando se remueve al tutor, y curador por *sospechoso*, que se llama así el que usa de fraude en su oficio, ó encargo, ó tiene mala conducta, aunque sea acaudalado (3); pero debe tenerse presente, I, que el pobre por solo serlo, no es sospechoso, si tiene buena conducta, lo qual no procede para con el rico, si la suya es desarreglada, pues no obstante su opulencia puede ser acusado, y removido de la administracion, aunque ofrezca fianzas, porque estas no le privarán, ni contendrán para no disipar, ni malgastar los bienes del menor, y las mejores son la buena direccion, y las costumbres arregladas; y que miéntras dura la acusacion, se ha de nombrar curador interino al menor, al qual debe resarcir el daño que le haya irrogado, y por su mala versacion se constituye infame; bien que no incurrirá en infamia, si es acusado solamente de omiso (4). Y lo II, que están obligados á acusarlos la madre, abuela, hermana y ama que crió al menor; cuya obligacion se las impone por razon del mas tierno, y cordial afecto que deben profesarle, para evitar su daño, y procurar su utilidad. Que puede acusarlos tambien qualquiera del pueblo, ya sea varon, ó

(1) Ley Si quis Eum, §. Julianus, ff. de Procurator. Baez. de Decim. cap. 17. n. 19. Gutier. cap. 19. dicho, n. 26. Lara cap. 24. cit. n. 28.
(2) Ley 21. tit. 16. Part. 6. (3) Dicha ley 21. (4) Leyes 1. 3. y 4. tit. 8. Partid. 6. Gutier. de Tutel. part. 2. cap. 18. n. 10. al 13. Parlador. lib. 2. cap. 12. n. 2.

hembra, y aun el mismo menor siendo púbero, con consentimiento de sus parientes, mas no siendo pupilo; y la acusacion se ha de instaurar ante el Juez del lugar en que el huérfano tiene sus bienes. No habiendo quien los acuse, y siendo evidentes los perjuicios que le causan, puede el Juez de oficio y autoridad própia removerlos, pedirles cuentas y entretanto nombrar otro que cuide de él, y de su hacienda (1). Y que los consanguíneos del mismo huérfano por su órden son responsables, en subsidio, de la mala versacion, y administracion del tutor, y curador, si viéndola, ó sabiéndola, no dan cuentan al Juez para que se la quite (2).

71 Las causas porque el tutor, y curador pueden ser tenidos por *sospechosos*, y por consiguiente removidos de la tutela, y curaduría, son estas: por haber sido tutor, ó curador de otro huérfano, y malversado su hacienda, ó enseñádole malas costumbres; por haberse descubierto despues de electos que eran enemigos del huérfano, ó de sus parientes: por decir delante del Juez que no tienen que darle de comer, y verificarse ser falso: por no hacer inventario de sus bienes: por no defenderle, ni á su persona en juicio, y fuera de él: por esconderse, y no querer parecer luego que supieron el nombramiento (3): por no hacer de las rentas del huérfano la provision para alimentarle: por vender, ó empeñar sin decreto judicial algunos bienes de los que sin que éste preceda, les está prohibido: por privarle inconsideradamente de alguna herencia, renunciándola en su nombre: y por otras varias causas (4), por las quales el tutor y curador pueden ser removidos de la tutela, y curaduría, pues su obligacion en órden á cuidar del menor, es igual, y lo explicado á cerca del uno, milita para con el otro. Es de advertir, no obstante, que aunque el tutor dado por el padre, sea sospechoso, no se le removerá, si éste no lo ignoraba (5); y lo mismo procederá siendo pródigo, no obstante que el padre no tenga 25 años (6): pues á tan-

(1) Leyes 2. y 3. tit. 18. Partid. 6. Gutier. dicho cap. 18. n. 3. al 23. (2) Ley Si pures, ff. de Administrat. tutor. Jason en la 1. Cod. de Transaction. Parlador. differ. 99. n. 6. (3) Ley 1. tit. 18. Partid. 6. verb. E las otras razones. (4) L. Tutor 3. ff. de Suspectis. Tutorib. (5) Ley In confirmando S. y ley Utilitatem 10. ff. de Confirm. tutor. (6) Ley Tres tutores 55. §. ultim. ff. de Administrat. tutor.

to llega la presuncion, y confianza que la ley tiene en órden á su consejo, y amor ácia sus hijos (1); bien que por nueva causa superveniente á su muerte, ó ignorada por el padre ántes de ésta, no debe el Juez confirmar el nombramiento de tutor que les haga (2).

72 Fenecida la edad pupilar por haber llegado á la pubertad el huérfano, no esta obligado su tutor á recibir la curaduría, ni puede ser compelido á continuar en el cuidado, y administracion de sus bienes, si no quiere, aunque su padre lo haya nombrado en su testamento (3); pero debe dar cuentas de la tutela al curador que le suceda, y si fuere removido, por sospechoso, al que nombre el Juez: y luego que el menor cumple los 25 años se las debe dar su curador; y á la responsabilidad de los daños que ámbos le irroguen, no solo están obligados sus bienes, y los de sus herederos en quanto lo son, sino tambien los de sus fiadores desde el dia que respectivamente aceptan la tutela, y curaduría, hasta que dan cuenta con pago de ella (4); cuyos fiadores aunque pretendan que el tutor, y curador los exoneren de la fianza, no lo conseguirán, ni deberán ser oidos, porque ésta se constituye por tiempo determinado, qual es el de la tutela, y curaduría (5); lo que no militará para con los del censuario, á causa de graduarse perpetua la contribucion de los réditos, por estar en su libre arbitrio y voluntad la redencion del censo (6). Si los fiadores advierten que el tutor ó curador se conduce mal en la administracion de los bienes, para no estar expuestos á sufrir perjuicio, le deben acusar de sospechoso, y pedir se le separe de la dicha administracion (7).

73 Si el tutor no ha dado cuenta de su administracion ni entregado al curador los bienes, y papeles que tenia del menor, está obligado en la pubertad á proseguir las causas, y cosas con-

(1) Ley Si plures 3. §. Quamvis 3. ff. de Administr. tutor. (2) Ley Amicissimos 36. ff. de Excusationib. Gutier. de Tutel. p. 1. cap. 3. n. 12. y part. 2. cap. 18. n. 2. (3) Ley 3. en las palabras Otrosí decimos, tit. 17. Part. 6. Gutier. de Tutel. part. 1. cap. 21. n. 30. Lara dicho cap. 19. n. fin. (4) Leyes 23 tit. 13. Part. 5. y 21. tit. 16. Part. 6. Gutier. part. 2. de Tutel. cap. 16. y 19. y p. 3. cap. 1. per tot. (5) Gom. lib. 2. Var. cap. 13. n. 10. vers. Tertio infero: Lara cap. 19. cit. n. 64. (6) Cencio de Censib. part. 2. cap. 2. quæst. 1. artic. 4. n. 7. Lara ibi. (7) Parlad. lib. 2. c. 12.

nexas á la principiada en la edad pupilar (1); mas no, si hubiere dado su cuenta, y hecho la entrega (2), excepto que lo pretenda el contrario, y no el púbero (3). Para que no se le pueda compeler á continuar en la tutela, y entrar en la curaduría, no solo debe pedir, é instar que se dé curador al púbero, sino presentar su cuenta, hacer la entrega referida, y no mezclarse en cosa alguna en el ínterin, porque sino se le podrá compeler á la continuacion (4). Así es que el tutor que despues de la pubertad continúa la administracion, está obligado por la accion de tutela todo el tiempo que administró; pero no, si despues de acabada la tutela y curaduría, se mezclare en ella, pues entonces lo estará por la de Procurador voluntario (5): ni tampoco lo está su fiador á lo que en este último tiempo practicó espontaneamente, sin tener precision, ó necesidad (6).

74 En general todos pueden ser compelidos á admitir el gravoso cargo de la tutela, porque es oficio público y necesario (7); pueden no obstante, eximirse, y escusarse muchos de su admision (8). Las escusas para no admitirla, son de dos clases: *necesarias* y *voluntarias*: *las necesarias* competen á aquellos á quienes el derecho prohibe ser tutores, y curadores, los que quedan expresados en los números 52. y 53.; y las *voluntarias* se admiten en Juicio por una de tres razones: por *privelegio*, de que goza el nombrado: por *impotencia*: y por *honestidad*. Por *privilegio* se pueden escusar de ser tutores, y curadores los que tienen, ó han tenido cinco hijos varones legítimos vivos, sin embargo de que en la guerra hayan perdido alguno, ó algunos de ellos: los comisionados por el Rey, ó por su República durante su ausencia, pues restituidos á su patria, se les debe entregar el menor con sus bienes, y hasta que pase un año conta-

(1) Ley Unic. Cod. Ut causa post pubertatem. Baez. de Decim. cap. 2. n. 133. (2) Ley Ita autem, §. fin. ff. de Administrat. tutor. (3) Ley Creditor, §. ultim. ff. de Appellat. (4) Dicha ley Ita autem, §. Si tutor. & ibi DD. Gutier. de Tutel. p. 2. cap. 19. n. 1. al 16. y n. 19 y 20. (5) Ley Si tutor post pubertatem 13. ff. de Tutel. & ration. distrahend. ley Quidem, §. Simili modo, ff. de Eo, qui pro tutore negot. gessit. ley Curatorem, Cod de Negot. gest. y ley Tutor post pubertatem 11. Cod. de Arbitr. tutel. Gutier. dicho cap. 19. n. 12. (6) Ley Lucius, §. Paulus, ff. de Administrat. tutor Gutier. cap. 19. cit. n. 2. (7) Ley Si quis tutor, ff. Quando appellandum sit. Gutier. part. 1. de Tutel. cap. 1. n. 21. (8) Ley 1. tit. 17. Part. 6.

do desde el dia de su regreso, no se les puede obligar á tomar otra tutela, si no la quieren, y los Jueces, miéntras exercen la judicatura: á todos los quales se exîme del cargo referido, si se verifica la escusa ántes de aceptarlo, mas no despues de aceptado: los Maestros públicos de Gramática, Retórica, Filosofía, Teología, Jurisprudencia, ú otra facultad Divina, ó Humana, que se hallan en actual exercicio en su patria, ó fuera de ella: y los Caballeros, ó Soldados que están sirviendo al Rey (1). Por *impotencia* se puede escusar igualmente el que tiene tres tutelas; pero esta excepcion ó escusa no aprovecha al padre para no admitir la de su hijo (2), y así aunque tenga las tres, puede ser compelido á su admision; ni al que tiene dos tutelas, y una curaduría de bienes juntamente, le pueden exîmir de la quarta tutela, ó curaduría (3): el muy pobre que ha de vivir precisamente de su personal trabajo: el enfermo habitual: el que no sabe leer, ni escribir: y el mayor de 70 años. Y por *honestidad* se puede escusar el que movió pleyto al padre del huérfano sobre servidumbre, ó al contrario: el que tiene que demandar á éste sobre su herencia, ó parte de ella: el que tuvo enemistad con su padre, si no se han reconciliado (4): y el marido, pues éste por el motivo que da la ley 3. tit. 17. P. 6. (*a*) no debe ser nombrado guardador de los bienes de su muger menor, ántes sí pedir al Juez la provea de otro que no sea sospechoso, porque el menor no se constituye mayor por el matrimonio, para libertarse de tener curador (5), ni para dexar de gozar del beneficio de restitucion, si es leso; bien que hoy casándose ántes de los 18 años, puede luego que entra en ellos, administrar los bienes de ámbos, sin que para su administracion necesite habilitacion, ó venia de la Cámara (6), lo que no podrá hacer siendo soltero, porque necesita tener 20 el varon y 18 la hembra, y obtener la habilitacion, precediendo los requisitos que expliqué en el re-

(1) Leyes 2. y 3. tit. 17. Part. 6. (2) Ley Amicissimos, §. Lucius, ff. de Excusat. tutor. (3) Ley 1. Cod. Qui onere tutelæ se excusant. Gutier. de Tutel. part. 3. cap. 17. n. 10. (4) Ley 2. tit. 17. Part. 6. (5) Parl. lib. 1. Rer. cap. 12. Sr. Gregor. Lop. en la ley 3. tit. 15. Part. 2. Rodrig. Suar. en la 9. tit. 11. lib. 1. del Fuero. Gutier. de Tutel. part. 1. cap. 20. n. 34.

(6) Ley 7. tit. 2. lib. 10. Nov. Recop.

(*a*) Véase en el cap. 7. §. 7. n. 111. de la primera parte.

ferido cap. 7. n. 94. Debe escusarse de la curaduría el que despues de contraido matrimonio es dado por curador de su nuera, á fin de evitar incurrir en infamia, si administra mal, y es condenado por esto en juicio (1) (*a*).

75 Para que unos, y otros sean relevados, y no compelidos á aceptar el oficio, y cargo de tutores, y curadores, deben ántes de su aceptacion patentizar su escusa al Juez en donde estuviere hecho el nombramiento, y pedirle que dé otro tutor, ó curador al menor; lo qual han de practicar dentro de 50 dias siguientes al en que tuvieren noticia judicial de él, si no distamas de 100 millas del pueblo en que residen, (que cada 3 hacen una legua (2) (*b*), y por consiguiente las 100 componen $33\frac{1}{3}$) y excediendo de ellas la distancia, tienen de término un dia mas por cada 20 millas de exceso, y 30 despues de ellos. El expediente á cerca de la admision de escusa se debe terminar dentro de 4. meses contados desde el dia en que se principió el término, y substanciarse con el Curador que se nombre al menor, para que no alegue indefension. El que se sintiere agraviado de la declaracion del Juez, puede interponer apelacion en la forma ordinaria. No escusándose dentro de dicho término, es visto haber aceptado el cargo (3). Débese por tanto advertir I, que si el tutor, ó curador administra, ó consiente que se le confirme la tutela, ó curaduría, ninguna escusa le sufraga para dexar de exercerla, excepto que se haga contra su voluntad la confirmacion (4). II, que para eximirse del cargo, tampoco el sirve la de no hallar quien le fie, á menos que con ella concurran circunstancias que lo acrediten (5). III, que aunque el recien casado se escuse de su aceptacion pretextando que dentro del año nupcial le liberta de él una ley Moysaica (6), no se le

(1) Ley Licet 17. Cod. de Excus. tutor. Gut. dic. cap. 20. n. 31. part. 1. (2) Ley 25. tit. 26. Part. 2. Sr. Gregor. Lop. en la 4. tit. 17. Part. 6. glos. 1. (3) Ley 4. tit. 17. Part. 6. Gutier. part. 1. de Tutel. cap. 21. n. 33. y 34. (4) Ley Cajus, ff. de Excusat. tutor. Gutier. dicho cap. 21. n. 35. (5) Gutier. cap. 21. cit. n. 36. (6) Deuteronom. cap. 24. (*a*) Como es regular, é indispensable, que para la remocion, y admision de las escusas de los tutores haya conocimiento de causa, se ha de confesar que al Juez incumbe discernir, si el caso propuesto es absolutamente de ley, reflexionando quanto resulte del proceso, de conformidad que su determinacion, confirmada por la superioridad, será firme. (*b*) Véase en el cap. 7. de la 1. Parte el §. 4. n. 85. y al fin del cap. la Real Orden de 20. de Enero de 1801.

debe admitir esta escusa, porque los preceptos judiciales, y ceremoniales de la ley Escrita, que no dirigen su tendencia á las buenas costumbres, están abolidos por la de Gracia, y no tienen actualmente fuerza de leyes; y así esto se observará solamente en donde estuviere recibido por costumbre inconcusa (1). Y IV, que el tutor testamentario que recusa la tutela, pierde el legado, y lo demas que el testador le dexó, quando se conoce que lo hizo porque la admitiese: mas no, si aparece que no fué hecho con este motivo, y que por consiguiente no es conjunto al cargo de tal (2).

76 Ya sean testamentarios, legítimos, ó dativos los tutores, y curadores para la administracion de los bienes, deben antes de apoderarse de la persona y bienes del menor, y de que se les discierna la tutela, y curaduría, jurar en manos del Juez, ó del Escribano á quien éste comisione, y obligarse á que evacuarán fiel, y exâctamente el oficio, ó cargo de tales, cuidando del huérfano, y de sus bienes, como deben, llevando cuenta, y razon individual, clara, y expresiva de todo lo que produzcan éstos, y de los verdaderos, y efectivos gastos que en su conservacion, y reparos, y en la educacion, y alimentos del mismo menor hagan, para darla quando se les mande con apronto del alcance líquido que contra ellos resulte, sin perjudicarle, ni dexarle indefenso, pena de los daños, que por su culpa, omision, ó negligencia se le irroguen, y tomando para el acierto el competente consejo en lo que el suyo no baste, de Letrados, y Peritos que puedan, y sepan dárselo (3). El curador para pleytos ha de jurar el cumplimiento de lo que le toca; cuyo juramento, obligacion y discernimiento de curaduría para administrar los bienes, y para pleytos, estenderé en el c. 10. §. 1. lib. 2. de esta 2. parte.

77 Sin embargo de que son mas recomendables, apreciables, y sin comparacion valen mucho mas la hombría de bien

(1) Cap. fin. Distinct. 6. Parl. differ. 5. n. 1. y 2. y differ. 99. n. ultim.
(2) Gutier. part. 1. de Tut. cap. 22. (3) Ley 9. tit. 16. Part. 6. ley In bonorum, ff. de Bonor. posses. ley Aparitores, Cod. de Exactorib. tributor. ley final, §. Indefensionem, y §. Omnem, & ibi DD. Cod. de Administrat. tutor. ley 1. §. Officio, ff. de Tutel. & rationib. ley Si avia, Cod. de Ingenuis manumis. y Authent. Ut hi qui obligatas, cap. fin. collat. 6. Lara Compend. vitæ homin. cap. 19. n. 54. al 56. y n. 65. Gutier. de Tutel. part. 1. cap. 12. n. 31.

pureza de costumbres y buena conducta, que las riquezas, y dignidades (1): y por esta razon parece que al que se halle adornado de estas nobles, preciosas y embidiables qualidades (que son la real, y verdadera nobleza), se debe discernir la tutela sin fianzas, especialmente siendo módica la herencia del huérfano (2); no obstante, como pocos se hallan con ellas, y muchos tutores y curadores para administrar los bienes son infieles, ó negligentes (3), estableció el derecho para que el huérfano tenga de que reintegrarse, y que no sea defraudado, que no solo juren, sino que afianzen, aunque sean muy ricos, la responsabilidad de la tutela y curaduría, así en quanto al alcance que contra ellos resulte en sus cuentas, como á los daños que por su culpa, omision ó negligencia se le irroguen, obligándose á ello el fiador en subsidio del tutor, hecha prévia excusion en los bienes de éste: y no afianzando con bastante seguridad, no se les ha de discernir la tutela, ó curaduría, es nulo quanto executen, y se les puede privar de la administracion (4). Advierto que en la recepcion de estas fianzas debe vigilar mucho el Juez, porque por defecto de esto se dá á los menores accion subsidiaria contra él (5), porque lo mismo es no recibirlas idóneas, que omitir su recepcion (6); pero si al tiempo de ésta lo fueron, no será responsable, sin embargo de que los fiadores decaigan despues de fortuna, por no estar obligado á los casos fortuitos, ni debérsele imputar éstos, ni tampoco serle gravoso, y nocivo su oficio (7). Los curadores para pleytos tambien suelen dar fianzas; pero aunque no las dén, no será nulo el acto, porque no administran, ni tienen que hacer inventario, ni que dar cuenta como los

(1) Ley Scire 21. §. Eos 5. ff. de Tutor. &. Curator. dat. y ley Nec ei 17. al fin. ff. de Adoption. (2) Ley Legitimos, ff. de Legitim. tutorib. Lara, ibi n. 63. (3) Authent. Ut hi qui obligatas, cap. Quoniam autem. Montan. de Tutel. cap. 32. Reg. 7. n. 3. (4) Ley 94. tit. 18. Part. 3. ley 9. tit. 16. Part. 6. leyes 2. y 3. Cod. de Tutor. Qui satis non dedit. Gutier. cap. 12. cit. n. 10. al 19. Sr. Castill. de Usufruct. lib. 1. cap. 3. n. 213. (5) Ley 1. §. Ultim. y ley Quod ad hæredem, ff. de Magistratib. conveniend. (6) Ley Quoties, ff. Qui satisdare cogant. Lara ibi n. 60. (7) Dicha ley 1. §. Si Magistratus: ley Sed si quis ex Senatoribus 7. ff. de Iis, quibus ut indignis. arg. leg. verum, §. Sciendum, ff. de Minorib. cap. Cum deceat, de election. in 6. et ibi glos. Verb. non deceat.

otros (1), por lo que son ligeras, y aparentes las que dán.

78 La obligacion de dar fianzas seguras, y saneadas los tutores, y curadores para administrar los bienes, que queda referida en el número precedente, se entiende para con los *legítimos*, aunque sean la madre, y abuela: bien que la fianza de éstas basta que sea en quanto puedan, pues por el amor que profesan á sus hijos, y nietos, y porque les han de dexar su hacienda (2), presume el derecho que lejos de disiparles su patrimonio, se lo conservarán, y aumentarán; por cuyos motivos se las ha de tratar con indulgencia, y no pedirles fianzas tan quantiosas como á los demás parientes tutores, sino las que buenamente puedan. Lo mismo procede para con los *dativos* que precedida inquisicion y conocimiento, nombra el Juez inferior por falta de legítimos, porque en él no reside la suprema potestad que en los Tribunales Supremos para eximirlos de su dacion (3). Pero los *testamentarios* ya sean legítimos ó extraños, y confirmados, ó no por el Juez, no están obligados á afianzar, porque nuestro derecho el Comun los exîme, sin embargo de que sean nombrados en testamento inválido; y por el hecho de nombrarlos el testador, aprueba su fé, y diligencia en el cuidado, y administracion de la persona y bienes del huérfano (4); y mucho ménos lo estarán, si los releva de fianzas, cuya relevacion aunque nada necesaria, suele ponerse á mayor abundamiento en las últimas disposiciones, y es conveniente para evitar dudas, y disputas con ignorantes, por lo que el Juez debe executar su voluntad; y lo mismo procede para con el curador dexado en testamento, siendo de probidad, y buena conducta, y no de otra suerte. Se limita esto en dos casos: I, quando el tutor es de mala fama, y no lo conoce el testador, pues á saberlo no es creíble que lo hubiera elegido, y así no está obligado el Juez á

(1) Lara cap. 24. n. 29. al 31. Ric. collect. 1210. (2) Ley Nihil 50. ff. de Bonis libertor. Lara dicho cap. 19. n. 70. Gutier. cap. 12. cit. n. 16. (3) Gutier. dicho cap. 12. n. 25. al 30. (4) Ley de Creationibus 27. Cod. de Episcopali audientia. ley Qui á patre, ff. de Confirm. tutor. ley Testamento datos, ff. de Testamentar. tutel. leyes 1. y 4. Cod. de Tutor. qui satis non ded. Institut. al princip. de Satisdation. tutor. Gom lib. 2. Var. cap. 14. n. 19. al fin. Gutier. part. 1. de Tutel. cap. 5. n. 1. al 3. Surd. decis. 91. n. 2.

seguir su voluntad, para que no sea defraudado el menor, cuya utilidad es la que principalmente debe mirar (1). Y II, quando son nombrados muchos en el testamento, y uno de ellos quiere administrar por sí solo, en cuyo caso está obligado éste á dar fianzas á los contutores de la indemnidad del pupilo, y de ellos; excepto que el testador le hubiese conferido especialmente la facultad para la administracion (2).

79 Los tutores y curadores no solo están obligados á jurar, y dar fianzas, sino tambien á hacer despues de discernida la tutela, y curaduría, y no ántes, inventario solemne, formal y específico ante Escribano público, y testigos de todos los bienes muebles, raices, créditos, derechos y acciones correspondientes al menor, á costa de éste, sin que sea necesaria la presencia del Juez á él, lo qual se entiende sin embargo de que su padre los releve de su confeccion, pues no será obedecido, (no obstante decir algunos lo contrario) porque cede en detrimento de su hijo, y se dá lugar á ocultacion: cuyo inventario tiene tal fuerza, que no se les admite contradiccion aun en el caso de que pongan en él mas que lo que tenia, y quieran probarlo al tiempo de dar la cuenta de su tutela, ó curaduría (3); y no se deben poner los débitos que el menor tiene contra sí, sino los que son á su favor.

80 Para principiarlo y concluirlo, ningun término les prefine el derecho, y solo manda que lo formalicen lo mas breve que puedan, despues que se les discierna la tutela, y que de esta se les pueda remover por sospechosos, si tardan mucho tiempo en hacerlo, sin tener impedimento justo; pero no les impone otras penas (4). La práctica es entregarles los bienes por inventario ántes que empiecen el uso de su oficio, á cuya responsabilidad se obligan en el instrumento que otorgan,

(1) L. 1. Cod. de Confirm. tutor. Gutier. ibi n. 4. Lara dicho cap. 19. n. 7. 8. y 59. (2) Dicha ley Testamento datos, y §. De his, Institut. de Satisdation. tutor. Gutier. dicha part. 1. cap. 5. n. 5. (3) Leyes 99. y 120. tit. 18. Part. 3. y 2. tit. 7. lib. 3. del Fuero Real. Gutier. de Tutel. part. 2. cap. 1. n. 14. 30. y 35. al 41. y n. 81. (4) Ley 15. tit. 16. Part. 6. Ley Tutores, et ibi glos. Cod. de Administrat. tutor. Ayor. de Part. part. 1. cap. 2. n. 17. Valasc. ecd. tit. cap. 8. n. 13. Guerrer. de Inventar. lib. 1. cap. 2. n. 18. Gutier. de Tutel. part. 2. cap. 1 n. 10. y 81. al 84. Morquech. de Divis. bonor. lib. y cap. 1. n. 53. y 54.

y con esta cautela y diligencia se evita todo fraude, y sospecha de ocultacion. Debe advertirse I, que quando el testador nombra tutor testamentario, y por su omision el Juez, ó los mismos menores siendo puberos, curador para administrar los bienes, basta que aquel, ó éste asistan por ellos al inventario, y particion, y á lo demás que ocurra, sin que sea necesario nombrar curador para pleytos, ni gravar á los menores con dietas, ó salarios superfluos de éste, como por abuso, y por no resistirlo los tutores, y menores á causa de ignorarlo, se suele hacer en algunos pueblos; pues discernido el cargo pueden otorgar poder, y substituir por su cuenta y riesgo la tutela, y curaduría á favor de quien quisieren, para lo que sea preciso; lo qual se entiende, excepto que el tutor, ó curador sean partícipes en la herencia, pues entónces es indispensable el curador para pleytos, ó el contutor si lo hay, que los defienda, á fin de que no se les perjudique. Y II, que estando habilitados por la Cámara los menores para administrar sus bienes, no necesitan curador para hacer el inventario, y particion, ya sea entre sí, ó con su madre, ó padrastro, porque la habilitacion los constituye en la clase de mayores para ello, y para otras cosas, excepto para enagenarlos, y gravarlos, sin perjuicio de gozar del beneficio de la restitucion, siendo lesos; y lo mismo procede, quando están casados, si son mayores de 18 años, ó han entrado en ellos, porque los habilita la ley para administrar y percibir sus bienes, y los de sus mugeres, sin que necesiten obtener venia de la Cámara (1).

81 Si por dolo, y no por imposibilidad, ni otra causa justa omiten los tutores y curadores la confeccion del inventario de los bienes de sus menores, deben satisfacer á éstos el daño, ó pérdida que prueben habérseles irrogado (2); por lo que si algunos animales perecieren, ú otros bienes se deterioraren durante su mora, y omision dolosa, estarán obligados á resarcirles su deterioro, y pérdida (3). Milita y procede esto mismo no solo quando no perecerian los bienes a haber he-

(1) Ley 7. tit. 2. lib. 10. Nov. Recop. (2) Ley tutor. qui repertorium, ff. de Administrat. tutor. Ayor. ibi n. 18. (3) Ley In ratione 30. ff. Ad leg. falcid. Valasc. ibi n. 41. Guerreir. ubi proxime, n. 19.

cho el inventario en tiempo debido, sino quando del mismo modo pereciesen, haciéndolo; pues sin embargo de que el deudor de especie cierta se exime, y liberta de su solucion, y tradicion, si perece (1); no obstante, si es moroso, debe satisfacer el precio de ella, aun quando á haberse inventariado en tiempo legítimo, hubiese igualmente perecido (2).

82 Pero aunque en tiempo debido hayan hecho el inventario, si no lo formalizaron con la rectitud, pureza, claridad é individualidad expresadas en el §. 1. n. 16. y siguientes: ó por dolo, y sin causa justa no incluyeron en él todos los bienes, y créditos tocantes á sus menores: ó los pusieron tan obscura y confusamente que no se les puede reconvenir por cosa cierta, serán responsables igualmente al daño, é interés el qual se probará por el juramento judicial, que contra ellos haga la parte interesada capaz de jurar, estando cierta de lo que jura, y pide, y concurriendo en ella los demas requisitos que explicaré en el lib. 3. cap. 1. de esta segunda parte; pues es lo mismo que si no lo hubieran hecho (3). Advirtiendo que ántes de hacer el inventario no pueden administrar, ni practicar cosa alguna el tutor, ni curador, y si la practícan, es nula, incurren por derecho en infamia, y se les puede remover por sospechosos (4); bien que la costumbre es aprobar lo que hicieron antes de la confeccion del inventario, sin atender á otra cosa mas que á si les está discernido el cargo para tenerlos por partes legítimas.

83 Por el dolo del tutor no ha lugar regularmente el juramento contra sus herederos (5); y la razon es, porque no están obligados sino por lata, ó grave culpa cometida en la

(1) Ley Si ex legati causa 23. ley Si homo mortuus: y ley Si impossibilis, ff. de Verbor. obligat. ley Si ipsa, ff. Quod metus causa, y ley Num utique, §. Si eo tempore, ff. de Administrat. rer. (2) Cardos. in Prax. judic. verb. Debitor, n. 19. Menoch. præs. 138. lib. 5. Jul. Capon. discept. 461. n. 1. y 2. conclus. 7. y 8. tom. 5. Ciriac. controv. 126. Vela disert. 33. n. 39. y 42. Guerreir. ibi n. 20. al 22. (3) Ley 1. ff. de His qui in testament. delent. ley 2. ff. de His quæ pro non scripto habent. glos. in leg. Tutor cit. Ayor. ibi n. 19. y 21. Lara cap. 19. cit. n. 57. Gutier. part. 2. y cap. 1. dicho n. 5. al 8. y n. 17. al 19. (4) Ley Tutor qui repertorium, cit. ley fin. §. Illud procul dubio, Cod. de Arbitr. tutel. y ley 15. tit. 16. Part. 6. Gutier. ibi n. 58. y 59. (5) Ley Alio jure, y ley final, Cod. de In litem jurando. Ayor ibi n. 20.

administracion de la tutela (1), no obstante que los tutores lo están por la leve (2); pues las acciones penales no se transmiten, ni transfieren contra ellos por el delito de su causante sino la que se dá para perseguir la cosa (3). Pero esto se limíta, quando el pleyto se contestó con el tutor; en cuyo caso se puede jurar en juicio contra sus herederos (4). En quanto á si el testador puede, ó no relevar al tutor de dar cuenta de su tutela, y si valdrá, ó no la relevacion, y remision, véase á *Gutier. de Tutel. part.* 3. *cap.* 1. *n.* 32. *al* 48. que lo explica bien, y resuelve por la negativa. Lo que queda explicado á cerca del inventario, y administracion de bienes de menores, que deben hacer sus tutores, y curadores, milíta para con los administradores de bienes de hospitales, y otros que tienen que dar cuenta; por lo que omito tratar de ellos, como tambien de los Prelados eclesiásticos (5).

84 Finalmente los tutores, y curadores para administrarlos haciendo verdadero oficio de padres del menor, deben darle educacion instruyéndole en las artes, y ciencias correspondientes á su calidad, talento y haberes, poniéndole con maestros que se las enseñen: alimentarlo de los frutos de su hacienda todo el tiempo que esté á su cuidado, segun lo ordene su padre, ó su abuelo, ó el Juez en su defecto: darle casa ó habitacion, que será la que su padre le haya destinado, y si no se la señaló, se criará en la de su madre: y no teniendo madre, ó casándose ésta, en la que el Juez elija, pues no es preciso que esté en la del tutor; pero de ninguna suerte lo ha de ser en la del pariente que puede heredar sus bienes, por la presuncion de que maquine contra su vida por apoderarse de ellos: imponer el dinero que tenga para que produzca, y no esté ocioso, ya sea á censo, ó comprando fincas para que no se le haga cargo de morosidad, pues serán responsables á los intereses que empleado podia rendir: vender los frutos á tiempos oportunos, llevando cuenta

(1) Ley 1. Cod. de Hæredib. tutor. (2) Ley Quidquid, Cod. de Arbitrar. tutel. (3) Ley Pupillum, §. In hæredem, ff. de Regul. jur. S. Covar. lib. 3. Var. cap. 3 n. 7. (4) Ley 6. tit. 11. Part. 3. Mascard. conclus. 441. n. 13. Gutier. dicho cap. 1. n. 28. Guerreir. de Inventar. lib. 4. cap. 1. n. 72. y 73. (5) Véase á Guerreiro de Inventario.

de los vendidos en cada uno, y á qué precios: cuidar de su hacienda, y administrarla, procurando no solo su conservacion, sino su incremento, como si fuera suya própia, ó mejor: dar estado á la pupila, señalándola dote competente (1); y en los negocios, y contratos que con él celebren con tercero, interponer su autoridad para su mayor validacion: mas no, si contraen por sí con el mismo menor (2); pues el curador para administrar los bienes carece de potestad para celebrar por sí solo contratos con tercero por su menor, y así han de intervenir los dos en él; lo que es al contrario en el tutor que se dá á su persona, la qual no puede obligarse civilmente en la edad pupilar como en la pubertad; á cerca de cuyos contratos, y de las facultades que tienen, ó no los menores para celebrar, véase lo explicado en el cap. 4. n. 92. al 94. de mi primera parte. Advirtiendo que el tutor que administra despues de la pubertad, está obligado por la accion de voluntario Procurador, y no por la tutela (3).

85 No deben vender, trocar, donar, empeñar, ni enagenar los bienes raices del menor, ni aun los muebles preciosos, sino que sea para pagar las deudas de su padre, casar otros hijos de éste, ú otras cosas indispensables, y aun en este caso con otorgamiento del Juez, precedido exámen, y conocimiento de causa, y de si se le sigue utilidad, ó hay necesidad de practicar algo de lo expuesto (4): ni comprar alhaja alguna suya sino con expresa licencia judicial, y consentimiento de los contutores, si los hay, y para utilidad del menor, pues de lo contrario queda á éste el regreso contra ellos dentro de los 4 años siguientes á los 25 de su edad (5): ni tampoco hacer compromiso, transaccion de las causas, y negocios claros sin

(1) Leyes 16. 17. 19. y 20. tit. 16. Part. 6. y si tutor constitutus 15. ff. de Administrat. tutor. Baez. de Decim. tutori. c. 2. Gutier. de Tutel. part. 2. cap. 3. 8. 9. y 11. Lara Compendium vitæ homin. cap. 19. (2) Ley 17. tit. 16. Partid. 6. ley 1. y ley Pupilus, ff. de Authoritat. tutor. y ley 1. §. Fuit quæsitum, et ibi DD. ff. Ad Trebellian. (3) Ley Si tutor post pubertatem 13. ff. de tutel. ley curatorem, Cod. de negot. gest. y ley Quidam. §. Simili modo ff. de Eo qui pro tutor. negot. gessit. (4) Leyes 14. tit. 11. Part. 4: 4. tit. 5. y 8. tit. 13. Part. 5. y 18. tit. 16. Part. 6. Gutier. part. 2. de Tutel. cap. 5. 6. y 21. (5) Ley 4. tit. 5. Part. 5. y ley 10. tit. 12. lib. 10. Nov. Rec. y en ella Matienz glos. 1. y 2.

la referida licencia, pero sí de los dudosos (1). Las obligaciones de los tutores, y curadores, cómo han de dar sus cuentas, qué descargos se deben, ó no admitir á estos, y á otros administradores de bienes agenos, y otras cosas, y especies útiles, se pueden ver en los AA. que cito (2).

86 El oficio de tutor, y curador, parece que debe exercerse gratuitamente como que es piadoso (3); pues nada hay mas contrario á la liberalidad que el salario, porque por él degeneran las donaciones, y se convierten en locaciones (4); por cuyas razones el derecho romano ningun premio, salario, ni remuneracion señalaba á los tutores y curadores de la persona, y bienes del menor por el cuidado, y administracion, á ménos que fuesen pobres ó que por este encargo tuviesen que ir lexos á sus negocios, ó expender de su própio caudal algo por ellos, pues en estos casos, y otros semejantes para compensarles el daño que experimentaban, ya que no percibian lucro, podia el Juez á su prudente arbítrio asignarles el competente, por no hallarse prefinido por derecho, á causa de no ser posible prefinírselo por variedad de negocios que ocurren (5), y diferencia de trabajo en ellos.

87 Segun nuestras leyes los Tutores y Curadores miéntras cumplan como deben (6), pueden percibir y tomar por sí próprios la décima parte de los frutos que produzcan los bienes de sus menores durante el oficio, y recojan ó hayan percibido quando espire, la que les conceden la ley 3. tit. 3. lib. 4. del Fuero Juzgo, cuyas palabras son estas: *E mandamos que tome*

(1) Gutier. dicho cap. 5. n. 28. al 31. Hermosill. en la ley 4. tit. 40. tit. 5. Partid. 5. per omnes glos. (2) Gutier. de Tutel. p. 1. y en todo la 2: y en la part. 3. cap. 1.: en el Sigueza de claus. cap. 62. y en todo el Escobar de Ratiocin (3) Ley Si is qui, ff. de Eo, qui pro tutore, ley In eos, ff. de Tutel. ley A tutoribus, §. Principalibus, y ley Qui negotiationem, ff. de Admistrat. tutor. y ley 1. §. Si pupillis 6. ff. de Tutel. et rationib. distrahend. (4) Ley 1. §. Mandatum 4. ff. Mandati. Garcia de Expens. cap. 20. n. 12 y 13. (5) Leyes A tutoribus, y Qui negotiationem, cit. ley Idemque, §. Item Labeo, ff. Mandati, y ley in eos, ff. de Tutel. Gutier. de Tutel. part. 3. cap. 2. n. 1. al 7. Baez. de Decim. tutori, cap. 1. per tot. Garcia ibi. Parlad. different. 130. §. 11. n. 1. (6) Ley Qui fundum, §. Si tutor, ff. de Usu, cap. Pro empt. Ley Tutor qui ad utilitatem, ff. de Administr. tutor. Gutier. de Tutel. dicha part. 3. cap. 14. a. 18. y sig. Baez. ibi cap. 13. Parlador. ibi n. 8.

la décima parte del frucho en que viva, porque non faga grandes despesas, é no al:: y la 2. tit. 7. lib. 3. del Fuero Real, que está en uso, y al medio dice (1): *Y quien quier que los tenga* (habla de los huérfanos) *mantengalos de los frutos: y tome para sí el diezmo de los frutos por razon de su trabajo*:: y no solo pueden llevarla la madre, hermanos, y demás consanguineos del pupilo, ó púbero, y los extraños, sino tambien su padre, quando es su tutor, y administra bienes de él, de los que no le concede su usufructo el derecho, porque está obligado á recibir su tutela, aunque tenga otras tres, segun dexo expuesto en el n. 74.; á sufrir todas las demás cargas que los otros tutores: y asímismo á hacer inventario, y dar cuenta como éstos; aunque no lo está, quando es su administrador legítimo por derecho, y efecto de la patria potestad, pues en este caso hace suyo el usufructo de sus bienes adventicios, por cuyas razones no debe ser de peor condicion que ellos (2), sin embargo de las que expone *Baeza* (3) para excluirle de su percibo, que solo tendrán lugar quando todos los frutos son necesarios, ó no alcanzan para alimentar á su hijo. Y esta décima se debe á los tutores, y curadores para administrar, desde el dia que saben que están nombrados, siéndolo puramente, y si lo son con condicion, desde el en que ésta se verifica, con tal que administren fielmente, y no de otra suerte (4). Tambien deben llevarla el curador del púbero capaz, porque versa identidad de razon que en el tutor: el del loco, fatuo, ó mentecato, y pródigo declarado: el del pósthumo, cuyos bienes administró ántes, y despues de nacer (5); y el hijo nombrado curador de su padre, ó madre furiosos (6), porque tienen el própio trabajo, y están obligados á dar cuentas, aunque éste último no tan estrechas como los demás.

88 No corresponde décima al tutor, ni curador del Rey, Magnates, y otras personas poderosas que tienen rentas pin-

(1) Baeza de Decima Tutori hispanico jure præstanda, cap 2.
(2) Gutier. de Tutel. part. 3. cap. 4. n. 1. al 8 (3) Baez. de Decim. tutori, cap. 4. n. 10. y sig. (4) Gutier. part. 3. dicha, cap. 42. n. 2. Baez. de Decim. cap. 13. y cap. 33. n. 7. al 13. (5) Escobar de Ratictin. cap. 28. n. 4. al 9. n. 15. al 18. y n. 29. al 36. Gutier. part. y cap. 3. n. 9. y sig. y cap. 17. n. 16. Baez. de Decim. cap. 3. 4. y 5. y cap. 16. n. 27. al 39.
(6) Baez. cap. 4. dicho, n. 31. y sig. Gutier. part. 3. cap. 4. n. 9. al 11.

gües: ni al curador de bienes del ausente, cautivo, ni difunto, porque se equipára al procurador, al qual no se debe; y así á todos éstos se asigna un salario moderado, y proporcionado á su trabajo (1): ni al curador de cierta cosa, porque la ley habla del universal que está obligado á cuidar de la persona, y bienes del menor, á hacer inventario de ellos y practicar otros actos útiles á éste, á los que no lo está aquel, ni al que ignorando la tutela, administra solamente como amigo, pues se le deberán abonar las expensas útiles, y un salario moderado á arbítrio del Juez: ni tampoco al que lo es para pleytos, porque no administra; bien que al de los bienes sitos en algun pueblo, se le deberá de los frutos de ellos, porque en esta parte es contutor (2). En quanto á si se debe, ó no al tutor putativo, al honorario y al que no administra, véanse los AA. que cito (3).

89 Los tutores, y curadores para administrar no solo deben percibir la décima de los frutos de los bienes que su menor posee en estos dominios, en donde les está concedida, sino tambien de los que tiene en otros, en los que segun las leyes es gratuita su administracion, y nada les compete por ésta; y la razon es, porque cuidan, y deben dar cuenta de los unos del mismo modo que de los otros: puede estender sus efectos la costumbre de aquí por razon de la persona del menor á qualquiera parte en que estén sitos: y la ley habla general, é indistintamente, y se dirige á la cosa, ó finca: y quando el estatuto es real, comprehende las mismas sin distincion de situacion (4). Lo qual procede, ya los fundos patrimoniales den fruto una vez solamente al año, ó dos, ó mas, pues de todos pueden exîgir por sí própios la décima, porque la ley no la limíta á un fruto anual, y la misma razon milíta para percibir la del segundo, que para la del primero, y así en to-

(1) Lara Compendium vitæ homin. cap. 16. n. 20. y cap. 19. n. 74. Gutier. part. 3. de Tutel. cap. 11. 17. y 21. Baez. ibi, cap. 10. n. 9. y fin. y cap. 16. n. 1. al 26. Escobar ibi, n. 37. y 38. (2) Gutier. part. 3. dicha, cap. 18. Escobar, cap. 28. cit. n. 14. 24. 25. y 41. Baez. cap. 17. ex n. 5.

(3) Baeza de Decimis, c. 6. n. 12. y 13. Escobar de Rat. c. 28. Gutier. de Tut. p. 3. cap. 6. 8. y 13. (4) Ley Rescripto al fin, ff. de Muneríb. & honorib. ley. An in tot. Cod. de Ædific. privat. Baez. de Decim. cap. 34. n. 7. al 9. Gutier. part. 3. cap. 44. n. 1. al 3. de Tutel.

dos debe obrar su concesion (1); y procede en tanto grado, que ya los nombre, ó no el testador, no puede prohibirles que la perciban, ni gravarles en ella; lo I, porque el hombre no puede quitar el beneficio concedido por la ley, ó costumbre (2); y lo II, porque á nadie se debe privar del derecho que le compete, sin que preste su beneplácito, y consentimiento (3), ni obligar á que trabaje sin premio, ó recompensa siendo digno de él (4). Previniendo que aunque sean muchos los tutores, ó curadores, no deben llevar mas que una décima, la qual se ha de repartir entre todos á proporcion de su trabajo, ó segun se convengan (5).

90 No se limita la décima referida á los naturales producidos, y percibidos por el tutor, y curador, miéntras subsisten la tutela, y curaduría: sino que se amplía á los industriales, y civiles, que son réditos, pensiones é intereses de acciones, giro, comercio y negociacion: á los anexos á jurisdicion, v. gr. multas, y confiscacion pertenecientes por razon de ella al menor, con tal que sean declaradas por sentencia, durante la tutela, ó curaduría, y no de otra suerte, aunque despues que éstas espiren, se confirme aquella: á lo que ganan negociando, ó exerciendo alguna arte con el caudal del menor, aunque no todos convienen en esto (6), sin embargo de que por poner su trabajo es digno de recompensa: á las aves, peces y otros animales: al dinero que por razon de réditos, ó contribuciones le pagan sus colonos, enfiteutas y vasallos, mas no, si es en señal, ó demostracion de alegría, y por obligacion: á los animales que nacen, y se crian en sus gallineros, estanques, palomares, y otros parages destinados para su procreacion: á los frutos producidos por los bienes que el menor adquiere en la guerra, y se emplean para que reditúen, pero no á los mismos bienes: á los réditos anuos que éste goza por su vida, pues lo propio trabajan el tutor, y cu-

(1) Baez. ibi, cap. 30. n. 7. al 14. Gutier. dicha part. 3. cap. 38.
(2) Authent. de Naptiis, cap. Si autem. 33. al fin, collat. 4. (3) L. 13. tit. 34. p. 7. Ley Id quod nostrum, ff. de Regul. jur. Gutier. part. 3. c. 5. n. 50. Baez. ibi, cap. 5. núm. 47. (4) Luc. cap. 10. Deuteronom. cap. 25. Apost. 1. ad Corinth. (5) Gutier. dicha part. 3. cap. 16. n. 4. al 14.
(6) Gutier. part. 3. de Tutel. cap. 30. n. 19.

rador para recogerlos, y custodiarlos, que para los perpetuos: á los de la parte que perciben, por deberse al menor, y á otros copulativamente por el todo: á las alcabalas, portazgos y tributos que cobran: á las obvenciones, emolumentos, y propinas que tenga que percibir por razon de Patronato, mas no al derecho de éste, y de presentar, porque es honor, y no fruto, y aunque se le quiera llamar así, no es del que habla la ley del Fuero, y sirve para alimentar al hombre: á las rentas del mayorazgo, ó bienes prohibidos de enagenar que goza; pues todos los referidos se comprehenden en el nombre genérico de frutos, y con ellos pueden alimentarle el tutor, y curador, que es el fin de concedérseles su décima (1): y á los de los predios que los mismos tutores, y curadores cultivan, porque ninguna ley les obliga á locarlos, ó arrendarlos, si por sí quieren cultivarlos (2). Todo lo qual se entiende, aunque los frutos que produzcan los bienes del menor, apenas sufraguen, ó basten para mantenerle (3). Sobre si el legado que el testador hace al tutor, se compensa, ó no con la décima de frutos que la ley le concede, véase lo que explicaré en el cap. 6. §. 3. lib. 2. de esta segunda parte (4).

91 No debe exîgir décima el tutor de los bienes patrimoniales del menor (que por tales se entienden no solo los raices, semovientes, y muebles, sino los frutos cogidos, y separados del suelo al tiempo del fallecimiento del testador, y las deudas, derechos y acciones que tenga á su favor, todos los quales se deben inventariar en este concepto), porque de ellos no se la concede la ley, sino de los frutos posteriores que cogió, y cobró, pues de los réditos, y pensiones que no cobró, no se le debe, aunque estén vencidas quando espira la tutela, porque en la produccion y cobranza de ellas no puso trabajo: y la consignacion que la ley le hace, es por remuneracion, y con atencion á ésta: ni de

(1) Ley Videamus, ley Prædiorum, y ley Usuras, ff. de Usur. ley Si navis, ff. de Reivindication. Paul. de Castr. consil. 374. lib. 2. Ruez. ibi cap. 21. per tot. cap. 23. y cap. 24. n. 15. hasta el fin, cap. 25 n. 29. cap. 28. n. 17. hasta el fin, y cap. 30. n. 15. al 18. Gutier. de Tutel. part. 8. cap. 23. 24. 27. 28. 29. 30. 33. y 35. (2) Ley 15. tit. 18. Part. 6. Gutier. dicha part. 3. cap. 2. n. 29. Parlad. differ. 130. §. 11. n. 8. (3) Baeza en el lugar cit. y Gutier. defiende lo contrario, que éste, á lo que me adhiero, en el Trat. de Tutel. p. 3. c. 12. (4) Véase á Gutier. p. 3. c. 5.

los partos de las siervas, porque estos no son frutos, sino aumento de su patrimonio, y solo se llaman frutos los que renacen, y son aptos para alimentar al hombre, ya sea por su naturaleza, ó empleándolos en algun uso como el dinero que produce utilidad, traficando con él (1), y además de esto, porque siendo como es el hombre dignísima criatura hecha á imágen, y semejanza del Criador (2), sería oprobio el incluirlo, y contarlo en el número de los brutos (3), ni del aumento que sobreviene á los predios del menor, porque no es fruto, y porque los tutores, y curadores no son mas que unos administradores, y la décima se les debe no como verdaderos usufructuarios, y por título lucrativo, sino como acreedores por el oneroso, que es su trabajo; y así la percibirán solamente de los frutos del aumento. Lo própio milíta con el tesoro que se halla en la casa ó fundo del menor, porque es aumento de su patrimonio, al modo que lo es de la dote, y no fruto dotal el que se halla en la casa ó predio de la muger casada, por lo que no lo hace suyo su marido: con lo que se le dona, porque no es fruto: con lo que gana el menor con su arte, oficio ó industria, que tampoco lo es, sino trabajo personal suyo (4): con los réditos ilícitos (5): y con los frutos del Beneficio, ó Capellanía eclesiástica que goza (6); bien que en quanto á estos que si el padre del menor dexó locado el beneficio, podrá el tutor exigir la décima de los frutos que de él recoja (7). Tampoco llevarán la décima íntegra de los frutos maduros, y pensiones pendientes, y vencidas quando empieza la tutela ó curaduría, porque no son frutos, sino parte integral de las fincas que les producen, pero percibirán á prorrata segun su trabajo; porque aunque se llaman, y parece son parte de ellas, esto se entiende, hablando impróplamente, y así no son parte integral, ó quotitativa absolutamente, sino respectiva con respecto al esta-

(1) Ley In pecudum, y ley Itaque, §. fin. ff. de Usur. ley Ancillarum 27. ff. de Hæreditat. petit. y §. In pecudum, Institut. de Rerum division. Baez. ibi cap. 23. n. 4. 7. y 9. al 25. y cap. 24. n. 9. 10. Gutier. dicho cap. 30. per tot. (2) Ley Justissime, ff. de Ædilit. edict. (3) Ley 23. tit. 31. Part. 3. (4) Baez. de Decim. cap. 24. n. 4. al 11. y n. 18. hasta el fin. Gutier. part. 3. de Tutel. cap. 25. y 30. (5) Gutier. ibi cap. 31. (6) Baez. dicho cap. 24. n. 1. al 3. Gutier. cap. 32. (7) Parlad. diff. 130. §. 11. n. 5. y 6.

do de las fincas en que están. Lo mismo procede con los frutos naturales que estaban pendientes, y mostrados al tiempo que la tutela, ó curaduría (1) espiraron, si aquellos se cogieron despues de acabada, y solo se prorrateará segun su trabajo, deducidas todas las expensas, inclusas las de recoleccion, porque por este algun premio merecen, y es justo dárselo; y el mismo prorrateo se hará quando mueren ántes que cumpla, ó espire el año, por no ser razonable que despues de haber administrado, y sido responsables con sus herederos, y fiadores á las resultas de la tutela, y curaduría, se quede sin remuneracion su trabajo por el mero, y accidental acaso de acabarse la tutela, ó morir ántes de coger dichos frutos; y con las utilidades que produzca la industria, v. g. una Ferrería, pues si el hierro está en perfecta disposicion de venderse quando espira la tutela, ó curaduría, se les deberá la décima íntegra de lo líquido de su valor, baxados previamente los gastos de compra de la vena, carbon, jornales de operarios y demás cosas, sin las que no se puede verificar ser hierro, porque el importe de todas es fondo, ó caudal del menor, del que corresponde; y si no está en perfecta disposicion, se hará un prorrateo prudencial, y equitativo, atendido el trabajo puesto. En quanto á si de las canteras, y minerales de donde se extraen piedras, y metales: de los exemplares que se sacan de los protocolos: de los bosques de donde se cortan árboles (que en latin se llaman *sylva cædua*, porque están destinados á este fin, y de sus raices vuelven á nacer otros árboles (2); pues si de ellas, ó de su tronco no renacen, no se titularán *cædua* con propiedad) y de otras cosas que no renacen por su naturaleza, deberán, ó no, percibir décima los tutores y curadores, véanse los AA. que cito (3).

92 Si estando maduros en el campo, y separados, ó no, del suelo los frutos, espiráre la tutela, pueden el tutor, y curador prohibir al menor, ó al suyo que los lleven, y recojan sin su intervencion (4), pues el que tiene parte en el fruto por

(1) Sr. Covar. lib. 1. Var. cap. 15. n. 1. Escobar, de Ration. cap. 3. n. 22. al 26. Gutier. dicha part. 3. cap. 36. n. 23. y fin. y cap. 41. (2) Ley Sylva Cædua 30. ff. de Verbor. significat. Gutier. dicha part. 3. cap. 27. n. 2. 3. y 5. (3) Gutier. de Tutel. p. 3. c. 25. y 27. Baeza de Decimis, cap. 25.
(4) Ley 2. Cod. Quando, et quibus quarta pars debeat.

razon de décima, parece tenerla en el fundo ó cosa que lo produce, y por el trabajo de haberlos puesto en aquel estado, le toca baxados los gastos de recoleccion con los precedentes. Y si el menor, ya mayor, no quiere darla á su curador, puede éste retener los bienes que tenga de aquel hasta que se la pague (1). Advierto lo I, que si el tutor, y curador son acreedores del menor por alguna cantidad, pueden reintegrarse de ella por sí mismos en dinero, ó en bienes muebles (2); pero si quieren tomar en pago bienes inmuebles, ha de ser observando las solemnidades que en la venta de los de menores se requieren, y de otra suerte no valdrá (3), porque la dacion en pago se estima por venta, y se subroga en su lugar (4). Y lo II, que la décima se ha de pagar en los mismos frutos, pues no basta ofrecer su estimacion, si exîsten (5), y no sacarse precisamente de cada cosa, sino á arbitro de buen varon, atendiendo á su qualidad, y á si admite, ó no division cómoda, de modo que sea de bueno, malo, y mediano: pues quando por disposicion del hombre, ó de la ley se debe alguna quota, ó parte quotativa, se ha de deducir en los términos expresados (6). En quanto á si al executor testamentario se debe, ó no décima, ó salario por su trabajo, discordan los AA. como he explicado en el cap. 1. §. 18. número 257. de mi primera parte adiccionada (7).

93 De la décima expresada no se deben deducir las expensas, ó gastos que el tutor, y curador hagan en la administracion de los bienes de su menor, porque de deducirse, ó compensarse con ella, las pagarían de su própio trabajo, y premio de sus personas, y no la percibirian íntegra; lo que no manda ninguna ley, ántes bien la del Fuero Juzgo citada, prosiguiendo, dice: *E si algunas despensas ficier por los negocios de lo so*

(1) Ley 1. §. Præterea, ff de Contrar. et utili action. tut. Baez. cap. 31. de Decim. Gutier. part. 3. dicha cap. 39. (2) Ley Quoties, §. Sicut, ff. de Administrat. tutor. (3) Ley Magis puto, ff. de Rebus eorum, ley Si prædium. Cod. de Prædiis minor. (4) Ley Si prædium, Cod. de Eviction.

(5) Baez. de Decim. cap. 32. n. 2. al 16 Gutier. part. 3. de Tutel. cap. 40. n. 3. (6) Dicha ley 2. Cod. Quando, et quibus quarta pars. Gutier. cap. 40. cit. n. fin. Baez. dicho cap. 32. n. 7. Escobar, de Ratiocin. cap. 30. n. 1. al 7. (7) Parlador. differ. 130. §. 6. Baeza de Decim. cap. 19. n. 17. Gutierrez de Tutel. part. 3. cap. 45.

por los hermanos, mostrelo ante el Juez, é cobrelo de lo de sos hermanos comonalmente:: Lo qual se entiende, aunque por ser labradores cultiven con sus manos, y por su cuenta las fincas, ó predios tutelares, pues pueden cobrar, y deducir su trabajo por el cultivo, porque una cosa es labrarlas por sí, y otra muy diversa administrarlas: la décima se les concede por su administracion, y no por las labores del cultivo, por el que qualquiera les pagaria las que hiciesen en las suyas (1): y los frutos se entienden de lo que sobra, deducidos previamente los gastos (2). Pero no podrán cobrar, ni deducir las que hicieron en ir á aceptar la tutela fuera de su Pueblo; porque son inherentes, y anexas al mismo oficio, y las hacen por coaccion de la ley: ni de las que satisfacieron al sugeto, ó sugetos de quienes se valieron para la administracion, pues deben pagarles su trabajo de su décima, ó practicarlo por sí; porque de lo contrario sería gravado injustamente con ellas el menor (3): ni tampoco los gastos de caballería, y alimentos de sus personas hechos en ir lexos á cobrar las rentas, ó evacuar otros negocios de su menor, porque tienen salario, por ello, que es la décima; lo qual no sucederá al tutor, curador, ni á otro administrador que no lo tenga señalado, pues estos pueden exîgirlos (4).

94. De las tierras, viñas, olivares, huertas, y demás fincas que se labran, y cultivan de cuenta del menor, y que dan los frutos que se llaman naturales, se deben baxar los gastos del cultivo, como siembra, caba, poda, recoleccion y demas regulares, hechos cada año, segun la costumbre del Pueblo, y tambien el diezmo que se paga á Dios; y de los ganados el costo de criarlos, y mantenerlos, incluso el salario de los pastores; (porque todos estos gastos son capital del menor) y del residuo, que es el fruto, ha de sacar el tutor una décima parte para sí, y las nueve restantes para el menor. En las casas, y otros edificios se han de baxar los reparos menores indispensables para

(1) Baez. dicho cap. 21. n. 15. al 25. y cap. 29. n. 1. al 6. (2) Ley Fructus, ff. Solut. matrim. ley 1. Cod. de Fruct. et litis expens. y ley Quod in fructus 46. ff. de Usur. Gutier. part. 3. dicha, cap. 37. n. 2. al 4. (3) Ley Nesennius, ff. de Negot. gest. Baez. dicho cap. 21. n. 26. y 27. (4) Ley 1. §. Si pupillis, y §. Item sumptus, ff. de Tutel. et rationib. ley Idemque, §. Idem Labeo, ff. Mandati. Parlador. differ. 130. §. 11. n. final, Garcia de Expen. cap. 20. n. 15. Gutier. part. 3. dicha, cap. 2. n. ultimo.

su habitacion, y redencion de alquileres, y rentas, sin cuyos reparos no habría quien las alquilase, ni habitase; pues solo se llama, y es fruto, lucro y utilidad lo que queda quitados los gastos, y de esto es de lo que la ley le concede la décima (1); y á efecto de estimarlo por tal se deben deducir éstas (2); y haciendo de este modo la deduccion, contribuyen ámbos á prorrata como que el uno pone el capital, y el otro su trabajo. Y en los artefactos, é industriales, como la Ferrería que en el núm. 91. puse por exemplo, se han de baxar los gastos de compra de primeras materias, jornales de operarios, conduccion, y demás cosas necesarias, sin las que no puede conseguirse, ni verificarse la que se intenta construir, porque todo esto es caudal del menor, ó de quien por él lo haya suplido, y no fruto ni producto. Si para continuar, sostener ó aumentar el tráfico, comercio ó industria, buscó dinero el tutor, se ha de deducir ante todas cosas como caudal ageno, y tambien los intereses pagados, y que se deban de él segun lo pactado con su dueño; porque este dinero ayudó, y contribuyó para el mayor lucro, y utilidad del tráfico, ó negocio, ó para su conservacion; y de no deducirse ántes, resultaria que el tutor se utilizaba del caudal que no era de su menor, y que éste pagaba no solo la décima, sino los intereses íntegros, en lo que se le irrogaba detrimento; y lo própio milita quando el tutor acredita que lo suplió, y fué necesario, y que no se halla reintegrado, porque ninguna ley le obliga á suplirlo. No se han de baxar los gastos hechos en los reparos mayores de las casas, y demás edificios, (cuya regulacion de si son mayores, ó menores, es arbitraria del Juez (3), atendidos su importe, los fines de su execucion y el estilo, y costumbre del país) porque aunque se deben executar de sus alquileres, y productos, tienen su principal tendencia á la perpetua duracion, y utilidad de los edificios, y de su dueño (4); y de practicarse esta deduc-

(1) Ley 3. à parte, §. penult. ff. do Hereditat. petit. Ley Matias, ff. Pro socio, Ley quantitas patrimonii, ff. ad Leg. falcid. y ley Ubi pure, ff. ad Trebellian. et ibi DD Gutier. dicta part. 3. cap. 37. (2) Ley Fructus pendentes, ff. Solut. matrim. glos. Bart. y Angel en la Ley Fundo, ff. de Rei vindicat. Baez. de decim. cap. 29. n. 3. 4. y 7. Escobar de Ecclesiæ. cap. 30. n. 9. y 10. (3) Garcia de Expens. cap. 11. n. 20. y cap. 10. n. 23. Gutier. dicta part. 3. cap. 1. n. 157. Baez. cap. 21. cit. n. 34. (4) Gutier. dicho cap. 37. n. 6. Meroch. cons. 64. n. 34. lib. 1. Paris, cons. 54. n. 25. lib. 2.

cion, se seguia que el tutor, ó curador contribuían con su trabajo, y pérdida de lo que merecian por él á las mejoras, é incremento de los bienes de su menor, á las que no está obligado, sino solo á su conservacion.

95 Por lo tocante á si se han de baxar tambien, ó no las cargas anuas con que los bienes del menor están gravados discordan los AA. Unos dicen que sí (1) fundándose en que el importe de ellas es cosa agena, y la décima se ha de exigir de lo líquido de los frutos, que pagadas, percibe, y hace suyo el menor para sus alimentos, porque esto es lo que aprovecha de ellos, de los que, y no de lo demás se la concede la ley. Pero sin embargo la opinion contraria es la corriente, y la que he visto practicar siempre: lo I, porque ninguna ley dice que para entenderse frutos, y serlo, se han de deducir las cargas, sino los gastos (2), y la del Fuero concede indistintamente al tutor la décima de los frutos, sin hablar de cargas. Lo II, porque las cargas de las fincas, y los gastos de los frutos se diferencian mucho; y de las cosas distintas y separadas no se debe hacer ilacion, ni vale la conseqüencia (3). Lo III, porque el tutor respecto de la décima se tiene en lugar, y á la similitud del usufructuario, el qual percibe íntegramente los frutos del fundo sin deduccion de cargas, porque no le toca su solucion, sino al dueño (4). Lo IV, porque no solo trabaja para recoger los frutos líquidos que ha de percibir el menor, sino los de que se han de pagar las cargas, y tiene este mayor trabajo, y el de satisfacerlas; y sería inícuo que despues de aumentársele éste, se le minorase el premio; pues las cosas inducidas para el incremento, no deben ser causa del decremento (5). Lo V, porque por su trabajo es, y se estima cõmo acreedor. Es así que quando hay bienes suficientes del deudor para pagar á todos sus acreedores, no se disminuye el rédito del uno por el del otro: luego tampoco debe disminuirse la décima. Y lo VI, porque si el menor fuera mayor, y ad-

(1) Baeza de Decima Tutori cap. 27. n. 9. y sig. y Gutier. de Tutel. part. 3. cap. 34. (2) Ley quod in fructibus, ff. de Usur. (3) Ley fin. ff. de Calumn. y cap. 2. de translat. Prælator. (4) Ley Qui concubinam, §. Qui artes, ff. de Legat. 3. ley Litibus al fin, y ley Hi pœnes, Cod. de Agricol. Escobar dicho cap. 30. n. 11. al 20. (5) Clementin. Exhivi de Paradiso, de verbor. significat. Albert. Brun. de augment. et diminut. concius. 6. n. 1.

ministrára, tendria el trabajo de administrar, y las pagaría, como obligado, por ser inseparables de los mismos bienes mientras no se liberten. Y respecto á que no lo tiene, y que el tutor trabaja por él, y merece compensacion por el suyo, debe satisfacerlas, y á éste su décima, que es lo que por él le señala la ley. Y lo mismo procede con los gastos de pleytos, derechos de cartas de pago, y otros semejantes que son indispensables para la defensa de su hacienda, exâccion y cobranza de sus rentas y productos, como lo he visto declarado en juicio. Lo qual se limíta quando el menor tiene que pagar cada año alguna quota de los mismos frutos (1): pues en este caso se deducirá la quota ántes que la décima del tutor, porque no es del menor. Lo que queda explicado á cerca del premio de los tutores, y curadores, y deduccion de gastos milita para con los administradores, á quienes por no estár asignado salario, se abona la décima de lo que cobran; pues se gobiernan por las mismas reglas, por no haber ley especial que de ellos trate, no obstante no tener mas que el trabajo de administrar, ni por consiguiente igual responsabilidad, y cuidado de persona alguna; excepto que en la asignacion de la décima, ó en el poder se le conceda facultad específica para exîgirla de todo lo que cobren, y produzcan los bienes, pues en este caso nada tendrán que baxar para su deduccion, y todas las expensas mayores, y menores serán de cuenta del dueño, porque así lo quiere (2).

96 Si el Fisco está, ó no obligado á hacer inventario solemne de los bienes que recaen en él, se ha de deducir atendiendo á si le tocan como heredero instituido: como sucesor, por haberse confiscado á algun delinqüente: ó por estar vacantes, á causa de no parecer parientes del difunto, é ignorarse á quién deben pasar. Si le tocan como heredero instituido, debe hacer inventario, y de omitirlo, estará obligado á pagar todas las deudas, y legados, quepan ó no en la herencia al modo que otro qualquiera heredero, porque el derecho no distingue de herederos, excepto que se les restituya; y la razon es, porque en este caso usa el derecho de persona privada, y como

(1) Escobar de Ratiociniis cap. 30. n. 20. (2) Sobre todo lo explicado véase á *Baeza de Decima tutori jure hispanico praestanda*; á *Gutierrez de Tutelis part.* 3.; *y á Escobar de Ratiociniis cap.* 27. *hasta el* 30. *ámbos inclusos.*

tal no goza de privilegio sino en los casos expresos en derecho (1), lo que es comun, aunque algunos dicen lo contrario.

97 Quando el Fisco sucede en los bienes confiscados, ó vacantes, no tiene obligacion de hacer inventario, ni de satisfacer cosa alguna mas que lo que importen, reteniendo la quarta parte de los legados (2); y la razon es, porque los herederos *anomalos* (quales son el Fisco en dicho caso, el Monasterio que sucede al Monge, el padre que ocupa los bienes de su hijo por heredero de peculio, los executores universales, que tienen en lugar del heredero, y otros que suceden no por derecho hereditario, sino de adquisicion, y de accesoria persona) no se conceptúan verdaderos herederos, sino solamente sucesores, y poseedores, y así no están obligados á mas, que á lo que importen los bienes en que suceden (3). En quanto á si sucediendo el Fisco en este concepto, estará, ó no obligado á pagar las deudas, y legados de aquel cuyos fueron los bienes, véanse los AA. que cito (4).

98 El padre que tiene sus hijos en su poder, no está obligado á formalizar inventario solemne de los *bienes adventicios* que les tocan, porque es legitimo administrador, y usufructuario de éstos, y no tiene que dar cuenta, ni caucion de usarlos, y gozarlos á arbitrio de buen varon, y así no tiene obligacion de hacerlo, ni la ley se lo manda; por lo que ya los administre bien, ó mal, es impune su administracion, no siendo dolosa, y culpable, y en ninguna pena incurre, por no estar establecida contra él (5) lo que al contrario si no tiene el usufruc-

(1) Ley 1. et ibi Cin. Cod. de Petition. hæreditat. ley Quod placuit, ff. de Jure fisci, ley Justa, Cod. de Jure fisci. Gracian. cap. 580. n. 20. Peregrin. de Jure fisci, lib. 6. tit. 1. n. 2. Roland. de Inventar. part. 1. vers. Undecimo quæro, n. 6. Valasc. consult. 52. n. 46. y de Privileg. pauper. part. 2. quæst. 58. n. 16. Fachineo Controvers. lib. 6. cap. 21: Authentica de *Hæredibus et falcidia*, collat. 1. (2) Ley 16. tit. 7. Part. 6.

(3) Menchac. de Succession. creat. lib. 2. §. 16. n. 6. Valasc. de Privileg. pauper. dicha quæst. 58. y n. 16. y 36. Conciol. resolut. 2. n. 13. y 14. verb. Fiscus. Jul. Clar. Pract. crim. §. fin. quæst 78. Farinac. de Delict. quæ 35. n. 185. Guerreir. de Inventar. lib. 2. y cap. 11. dichos n. 60. y 61. y lib 4. cap. 9. n. 1. al 11. (4) Señor Greg. Lopez glos. 4. Ley 16. tit. 7. Part. 6. Guerreir. de Inventar. lib. 8. 5. cap. 9. desde el n. 13.

(5) Ley Cum non sciam, §. Sin autem, y ley Cum oportet, §. Non autem hypothecam, y final, Cod. de Bonis quæ liberis, et ibi DD. Gomez en la 48. de Toro, n. 16 Ayor. part. 1. cap. 2. n. 16. Bas. Theat. Jur. part. 1. cap. 15. n. 34. Montalvo en la Ley 5. tit. 4. lib. 3. del Fuero Real.

to por ser *castrenses*, ó *quasi castrenses* los bienes, de los quales no se lo concede el derecho: ó por estar casado, y velado juntamente, ó emancipado el hijo, ó por otro motivo, pues entónces no es legítimo administrador suyo, debe darle cuenta, y por consiguiente inventariarlos. Y en caso de tenerlo, debe hacer descripcion de ellos con la misma claridad, y distincion ante Escribano, y dos testigos á presencia de los mismos hijos, si son capaces, sin necesidad de acudir al Juez, ni de citacion alguna, (que es en lo que se diferencia el inventario solemne de la descripcion) pues esta no es para otra cosa, que para que los hijos sepan qué bienes adventicios son suyos, y no se obscurezcan, ni (si su padre se vuelve á casar) se presuman adquiridos en el segundo matrimonio, y se les perjudique en su importe, ni tampoco se ignore los que debe reservar á los supérstites, si alguno de ellos fallece sin sucesion, ni testamento; para cuya descripcion no hay término prefinido (1); por lo que si quisiere volverse á casar, deberá hacerla ántes de casarse, y de otorgar la dote de su muger, con declaracion, y liquidacion de los que son suyos, y de sus hijos, y *obligarse con su persona, y los suyos presentes, y futuros á restituírselos, ó su importe, y darles cuenta con pago quando salgan de su poder*; y si tiene bienes raíces, podrá hipotecarlos especialmente á la responsabilidad de los maternos de sus hijos, y de esta suerte no los perjudicará, ántes bien, si decae de fortuna durante el matrimonio segundo, no será preferida su muger segunda por su dote á sus hijos por los bienes extradotales que les toque de su madre, como diré en el lib. y cap. 3. n. 100. de esta segunda parte; y el Escribano protocolará la descripcion, y obligacion que á su continuacion haga el padre, como otra qualquiera escritura, ó acto extrajudicial que ante él pase, y de ello dará autorizadas las copias que se le pidan; y si no quisiere que intervenga Escribano, respecto á que es el inventariante, y se ha de estar á su manifestacion, miéntras no se pruebe ocultacion á que no es presumible quiera gravar su conciencia, y defraudar á sus hijos y á que como que el Escriba-

(1) Sr. Molin. de Hispaniar. primogen. lib. 1. cap. 15. n. 34. Minsingen. observat. 95. Baez. de Decima tutori, cap. 4. n. 6. al fin. Benedict. de Petrus. consil. 149. in 6. dubio. Guerreir. de Inventar. lib. 1. cap. 1. n. 18. y 19.

no solo da fé de lo que él dice, y manifiesta, lo mismo es que este lo autorice, que no: bastará que él mismo por sí solo haga la descripcion por una relacion jurada, é individual que firme, por la que se deberá pasar, y con ella se escusa de gastos inútiles; pero esto se entiende sin perjuicio de lo que queda explicado que debe practicar en caso de querer casarse, lo que se tendrá presente; pues el derecho hace gran confianza del padre, y le gradúa de diverso modo que á la madre, y demás consanguíneos. Si los hijos están casados, y velados, y cumplieron los 18 años de edad, pueden partir con su padre los bienes que haya dexado su madre, y darse recíprocamente el respectivo resguardo extrajudicial, sin que intervenga curador para la administracion, porque de esta edad los habilíta la ley para administrar, y percibir sus bienes y los de sus mugeres, sin que para ello necesiten impetrar, ni obtener venia de la Cámara, segun expuse al fin del n. 80. con la diferencia de que siendo todos muebles, basta que la descripcion, particion y resguardo sean simples; pero si algunos, ó todos son raíces, es menester que intervenga Escribano, porque como tienen tracto sucesivo, se requiere escritura pública que acredite á la posteridad su adquisicion, dominio y adjudicacion, y les sirva de título de propiedad, y pertenencia para poder disponer de ellos, lo qual por su defecto será ineficaz, y no podrá practicar el interesado á quien toquen; bien que si son lesos en la particion, ya sea judicial, ó extrajudicial, hecha con asistencia de curador, ó sin él, podrán usar de su derecho dentro de los quatro años siguientes á los 25. de su edad, sin embargo de que quando la hicieron, estuviesen casados, porque el matrimonio no se la suple, ni les dá capacidad, ni por consiguiente les priva del auxîlio legal.

99 Pero si sucede á algun hijo capaz de testar, y que no está en su dominio, como su heredero instituido, debe hacer inventario solemne, y de omitirlo, está obligado á pagar quanto deba el difunto porque se repura como extraño, y ninguna ley le exceptua en este caso (1); cuya obligacion entiendo en quanto á las deudas que el hijo tenga contra sí, mas no por lo respectivo á los legados, los quales si no caben en el tercio de que la ley sex-

(1) Roland. de Confection. inventar. quæst. 29. cerca del fin, y otros que cita.

ta de Toro le permite disponer, se reducirán á él, pues las dos terceras partes son legítima del padre, que no debe ser gravada (1).

100 Si el marido, ó su muger sin hijos, que no fueron instituidos herederos uno del otro, se apoderáre de todos sus bienes, y de los del difunto, deberá por razon de la mútua sociedad celebrada entre ámbos por el matrimonio, hacer descripcion de ellos, porque tiene que dar cuenta á sus herederos de los que dexó; pero por omitir la confeccion del inventario solemne, no incurrirá en las penas impuestas al heredero, y demás, que estando obligados á hacerlo, no lo hacen, porque la ley no se las impone, ni manda que lo haga con toda solemnidad (2).

101 El usufructuario particular, ó universal debe, y puede ser compelido á hacer inventario; y la razon es, porque teniendo obligacion de usarlos, y gozarlos á arbítrio de buen varon, para restituirlos acabado el usufructo, segun diré en el cap. 7. de este libro: no habiéndolos inventariado, no se podrá conocer si los usó, ó no, como estuvo obligado, ni si hace restitucion plena de todos los que entraron en su poder: perecerá facilmente su propiedad, y tampoco se podrá justificar por falta de documento que lo acredite (3); cuyo inventario no es preciso que lo formalice con la solemnidad que el heredero porque no hay ley que se lo mande, y así basta que sea descripcion de todos los bienes muebles, é inmuebles; con intervencion del propietario, á la qual no debe resistirse, y si se resiste, no será oído (4).

102 Lo que acabo de explicar en el n. precedente se entiende aunque el usufructuario pretexte, y alegue que el testador le dispensó, ó remitió el hacer la descripcion; y es la razon, porque no pudiendo, como no puede remitirle la caucion

(1) Arias Pinel en la ley 1. Part. 2. n. 21. Sr. Castillo de Usufruct. cap. 3. Authent. Nisi tricenali. cap. de Bonis. (2) Valasc. de Partition. cap. 8. n. 29. Ayor. part. 1. cap. 2. n. 10. al 14. (3) Ley 1. §. Recte, ff. Usufructuarius quemadmodum caveat, et ibi glos. Señor. Molin. de Primogen. lib. 1. cap. 28. n. 4. Garcia de Expens. cap. 11. n. 4. Gutier. in leg. Nemo potest 55. ff. de Legat. 1. n. 414. Sr. Castill de Usufruct. cap. 14. n. 4. (4) Roland. de Inventar. quæst. 36. Pedroch. consil. 7. n. 67. Sr. Castill. ibi. Guerreir. de Inventar. lib. 4. cap. 2. n. 2.

de usar, y gozar los bienes en la forma expresada (1); se sigue que tampoco puede remitirle la confeccion de su descripcion, porque es antecedente necesario para la misma caucion, por las razones arriba expuestas (2).

103 Lo própio milita, aunque diga que el testador le impuso la pena de privacion del usufructo, ú otra, si hacia la descripcion; pues sin embargo de que se la haya impuesto, está obligado á su confeccion á instancia del propietario, sin miedo de incurrir en ella (3); y así la remision del testador surtirá el efecto de no tener obligacion de hacer inventario con toda la solemnidad legal, y de que baste la descripcion clara, é individual con juramento de no haber ocultacion, y con los demás requisitos expresados en el n. 93 (4): por lo que si no la hiciere, y se entráre, y mezcláre en los bienes, se podrá jurar en el pleyto contra él, no obstante la remision, y prohibicion del testador, ya sea usufructuario particular, ó universal (5): bien que el propietario no está obligado á entregárselos, y puede impedir su tradicion hasta que haga la descripcion.

104 Si el usufructuario posee los bienes, ya sea con licencia del testador, ó del heredero propietario, se deberá decir que existe con mala fé, ni en mora, por no inventariarlos, ni dar la caucion, hasta que acerca de ello sea interpelado judicialmente por el propietario; por lo que hace suyos los frutos aun ántes de la fianza, si la posesion es legítima, y justa; bien que una vez interpelada, si se resistiere, podrá el propietario jurar en el pleyto contra él (6).

(3) Ciriac. controvers. 73. Sr. Castill. y Roland. ibi. Gom. lib. 2. Var. cap. 15. n. 3. y 4. et ibi Ayllon. (2) Sr. Castill. de Usufruct. cap. 15. n. 17. Roland. de Inventar. quæst. ultim. n. 6. Sr. Molin. ibi, n. 13. 15. y 16. Cravet. consil. 187. Gutier. ibi n. 415. y 416. Pinel. in leg. 1. Cod. de Bonis mater. part. 2. n. 75. (3) Prætis consil. 69. n. 7. Pedroch. ibi ex n. 56. á 63. Sr. Cast. dicho c. 15. n. 18. Barbos. in leg. 1. Cod. de Usufruct. n. 3. y 6. (4) Gutier. ibi n. 316. Roland. dicha quæst. ultim. n. 11. y consil. 92. n. 15. 16. y 20. l.b. 1. Sr Cast. dicho c. 15. n. 20. Alex. consil. 58. n. 3. vol. 3. Podroch. ibi n. 38. y 56. Guer. lib. 4. y c. 2. dichos. n. 6. (5) Beroyo consil. 243. n. 5. lib. 1. Cravet. consil 300. Farinac. in Fragment. part. 2. n. 1114. y 1115. DD. in leg. 1. y §. Recte cit. Alex. lib. 3. consil. 58. n. 5. y 9. Guerreir. ibi n. 9. al 11. (6) Surd. de Alim. tit. 7. quæst. 19. n. 18. Gail. observat. 46. n. 4. lib. 2. Sr. Castill. de Usufruct. cap. 16. n. 14. y 23. Thesaur. decis. 80. n. 3. Guerreir. ibi n. 12. Barbos. in leg. 1. cit. n. 13. Pinel, in leg. 2. Cod. de Bonis matern. part. 2. n. 79.

105 El inventario hecho por uno de los herederos aprovecha á los demás que no intervinieron en él (1); sin embargo de que algunos dicen lo contrario, si no hay cesion del inventariante. Y en quanto á si aprovecha, ó no á otros, v. g. " Muerto »el marido, pide su viuda se inventarien los bienes que de»xó. Sucede á veces que inventariados, y tasados legalmente, y »aun divididos, aparecen deudas contra el caudal. Los acreedores »pretenden sus créditos, y los hijos responden que solo están obli»gados á lo que alcanza la herencia porque la aceptaron con be»neficio de inventario: los acreedores replican que no deben go»zar de este beneficio, por no haber hecho otro inventario, que »el que formalizó su madre, y en este caso es varia la opinion »de los AA." Unos dicen (2), que es suficiente el que hizo la madre, y que la responsabilidad de los hijos solo puede extenderse á la cantidad que percibieron: otros dicen (3) lo contrario; pero exâminados los fundamentos de sus respectivas opiniones, me parece mas probable la que se cita de Ayora (*a*).

106 Antes de tratar de si por hacer uno inventario se entiende haber aceptado la herencia, debo sentar 1°, que el heredero puede ser instituido de quatro modos: 1° *puramente*, 2° *con con-*

(1) Guerreir. de Invent. l. 2. cap. fin. trae 12. ampliaciones. (2) Ayor. part. 1. cap. 2. n. 22. Valasc. de Partition. cap. 8. n. 26. (3) Morquech. de Division. bonor. lib. 1. cap. 1. desde el n. 19. al 32.

(*a*) Despues de expresar en su nota á este número el Licenciado Don Josef Marcos Gutierrez los fundamentos, y razones, en que extriba el Ayora para ser de dicha opinion, dice, que puede darse otra razon mas poderosa en favor de su opinion, y hace inútiles las que propone; y dicha razon se funda *en que el inventario hecho por la muger, como que forzosamente ha de hacerse con citacion de los hijos, ó herederos, debe entenderse hecho tambien por estos*; esta razon es bastante convincente para asegurar la opinion: porque, si puede qualquiera hacer por otro lo que por sí mismo, y es como si lo practicase por sí, *Reg.* 68. *y* 72. *en el 6. de las Decretales, y se corrobora por otras dos Reglas de las partidas part. 7.* no hace inútiles las que propone el Ayora, antes bien leido y con cuidado da á entender lo mismo, respecto que expone por primera razon que fué hecho el inventario con consentimiento, y aprobacion de los hijos; ¿y que se dirá si, en virtud de la execucion del inventario, hecho por la muger, se verificó la particion? Por lo que hace á valer dicha opinion, los fundamentos del Ayora son de alguna eficacia, y mas quando manifiesta que á consequencia de dicho inventario se hizo la particion; y aunque no se hubiera citado á los hijos ó herederos, por medio de ésta ratificaron lo hecho por la madre, que tiene la misma fuerza como si hubieran sido llamados segun principio de derecho, Reg. *Ratihabitionem* 10. de las Reg. de derecho *in* 6.

dicion, 3° *á dia cierto*, *y* 4° *baxo de cierto modo. Institucion pura* es aquella por la que al instante que el testador fallece, puede su heredero aceptar la herencia, y entrar en ella (1). *Con condicion*, quando se le impone alguna, para que la cumpla ántes de la aceptacion, ó ingreso en sus bienes, la qual puede ser *posible*, ó *imposible*; si es *imposible* por *naturaleza*, ó por *derecho*, es nula, y se tiene por no escrita (2); si es *posible*, y *potestativa*, vale (3); y lo mismo si es *casual*, y *posible* por derecho (4); pero hasta que se cumpla no ha de aceptar la herencia, ni entrar en ella. A *dia cierto*, quando la adicion de la herencia está suspensa hasta que llega el dia (5). Y baxo *de cierto modo*, quando se hace la institucion, con tal que el heredero en la adicion de la herencia observe tal, y tal modo (6), y entonces dando caucion de cumplirlo, puede regularmente aceptarla, y entrar en ella.

107 II, que las acciones á cerca de la division son tres, mixtas de reales y personales, y todas de buena fé, á saber: *para dividir la herencia*: *para dividir lo que en coman es de muchos y para deslindar las posesiones contiguas*. La primera se dá á los herederos, á efecto de que puedan pretender se divida entre ellos la herencia, ó cosa que les pertenece por título universal. La segunda, á los sócios, ú otras personas, á quienes por el particular legado, donacion &c. corresponde algo en comun, para su division; pues segun derecho (7) ninguno está obligado, ni puede ser compelido á estár en comunicacion, ó compañía con otro. Y la tercera, á los que tienen heredades, ó posesiones rústicas contiguas, para deslindarlas, y poner límites, ó confines que las dividan, distingan y separen y no predios urbanos, á menos que estos estén en lugar de término divisorio, ó mojon, en cuyo caso se hará de ellos el mismo juicio que de los rústicos (8). Y para que la primera (que es de

(1) Ley Is potest, ff. de Adquirend. hæreditat. (2) Ley Filius, ff. de Conditionib. institution. (3) Ley Suus quoque, ff. de Hæredib. instituend. (4) Ley 1. Cod. de Institutionib. et substitutionib. ley In testamento, ff. de Conditionib. et demostrationib. (5) Ley Hæreditas, ex die, ff. de Hæredib. instituend. (6) Antunez Portugal, de donat. reg. lib. 1. prælud. 2. §. 1: cap. 6. §. 2. lib. 2. de este Tratado. Ley 1. Cod. de His quæ sub mod. (7) Ley fin. Cod. Communi dividundo. (8) Ulpiano tit. de adquisitione dominii, §. Quædam, Institut. de Action. Parlad. differ. 112. Paz in Prax. tom. 3. de Action. §§. 6. 7. y 8.

a que trataré) competa á los herederos, se requiere que lo sean por el *testamento*, ó *abintestato* (1), y que aquel á quien se propone, confiese que el proponente es su coheredero, pues si le niega esta qualidad, debe usar ante todas cosas de la accion de *peticion de herencia* (2); excepto que el proponente se halle en la posesion de ésta; en cuyo caso basta la posesion, aunque su adversario le niegue la qualidad referida. Advirtiendo que el proponente ha de pretender tambien la division con frutos, porque vienen en ella, y se deben comunicar á todos los partícipes (3).

103 Lo III, que la herencia no es otra cosa, que sucesion en todo el derecho del difunto (4); y se puede aceptar de tres maneras: 1ª *con el ánimo*, 2ª *con las palabras*, y 3ª *con el hecho*. Con el solo *ánimo*, quando tiene voluntad de aceptarla (5). Con *las palabras*, quando dice expresamente que la quiere. Y con *el hecho*, quando se conduce como heredero, haciendo algun acto, ó gestion, que solo compete al que lo es, y no puede hacer; sin que sea visto haberla aceptado; v. g. entrar en la posesion de los bienes, vender, ó dar órden para la venta de algunos, labrarlos, arrendarlos, disfrutarlos, ó usar de ellos como dueño (6); cumplir la condicion con que fué instituido, disponer de la herencia en su testamento, transigir algunos créditos de ella, comparecer en juicio como tal, y practicar otros actos, que refieren los AA. (7), por los quales se prueba su adicion. Pero es de advertir que si practica algunos actos de estos no con ánimo de aceptarla, sino de evitar el extravío, ó pérdida de algunos bienes de ella, lo debe protestar así delante testigos, ó del Juez, para que no se le irrogue perjuicio (8).

104 Y lo IV, que para que la herencia se pueda aceptar se quieren diez circunstancias: La 1ª que el aceptante sepa que

(1) Ley 2. al princip. ff. Familiæ erciscundæ. (2) Ley 1. ff. Eod. tit. (3) Ley Inter coheredes, §. Fructus, ff. y ley Non est ambiguum 9. Cod. Familiæ erciscundæ. (4) Ley Hæreditas, ff. de Regul jur. y ley Nihil, ff. de Verbor. significat. (5) Ley Si avia, Cod. de Jure deliberand. ley 11. tit. 6. Partid. 6. y §. final Institut. de Hæredum qualitat. (6) Ley 11. tit. 6. Partid. 6. ley Si filius, ff. de Tutel. ley Gerit, y ley Eum, qui bonis, ff. de Adquirend. hereditat. (7) Portugal parte 3. cap. 25; Valeron de Transactionib. tit. 5. quæst. 7. (8) Ley 11. tit. 6. Partid. 6.

es heredero (1). La 2ª que sepa la causa de la adicion, que es, si sucede por el *testamento*, ó *abintestato* (2). La 3ª que sea instituido puramente, pues si lo es con condicion, no puede aceptarla ántes que ésta se cumpla (3). La 4ª que no esté baxo del dominio de otro, porque si lo está, se requiere su consentimiento (4) La 5ª que sea capáz, y tenga uso perfecto de sus potencias (5). La 6ª que sea mayor de 14 años (6). La 7ª que sepa que el testador ha muerto, pues de otro modo no puede aceptarla, ni renunciarla (7). La 8ª que esté cierto de que el testador pudo testar, pues si lo duda, tampoco puede aceptarla (8). La 9ª que si es heredero abintestato, sepa que ningun otro consanguíneo le precede (9). Y la 10ª que para la adicion de la herencia en virtud de testamento esté hábil el heredero extraño en tres tiempos, que son: el en que se formaliza: el de la muerte del testador: y el en que se otorga por heredero; pues los legítimos, ó forzosos basta que no tengan impedimento legal al de su muerte, aunque al de la institucion lo hayan tenido (10), como he sentado en el cap. 1. §. 2. n. 64. de mi primera parte adicionada. Advirtiendo que la posesion de los bienes de la herencia no se transfiere en el heredero, si no la toma (11), para cuya aprehension estando vacantes, no necesita la autoridad judicial (12): y que los legítimos contradictores para impedirle el ingreso en dicha posesion, son el que los poseia al tiempo de la muerte del testador: el que tiene, y manifiesta título, é immision de mas mérito, y vigor: y el que está robustecido con legítima prescripcion (13).

110 Supuesto como legal, é indubitado lo referido, digo: que por la mera confeccion del inventario no se contempla acep-

(1) §. final, Institut. de Hæredum qualitat. (2) Ley Is potest, ff. de Acquirend. Hæreditat. y dicho, §. fin. (3) Ley 14. tit. 6. Part. 6. Ley Is qui hæredes, ff. de Acquirend. hæreditat. (4) Ley 13. tit. 6. Partic. 6. Ley Si quis mihi, §. Jussu, y ley Qui in aliena, ff. de Acquirend. hæreditat. (5) Dicho §. final Institut. (6) Ley Potuit 6. Cod. y ley Si intestati 18. ff. de Jure deliberand. y ley 13 cit. (7) Ley 14. tit. 6. Partid 6. ley Is qui hæres cit. § Si quis dubitet, ley Qui hæreditarem, ley Nominem, y ley Qui supersitis, ff. de Acquirend. hæreditat. (8) Dicha ley 14: ley Hæres, §. fin. y ley sig. ff. eod. tit. (9) Ley cum quidam, §. 1. ff. eod. tit. (10) Ley 22. tit. 3. Part. 6. et ibi glos. 1. y 3 Not. de Testam. lib. 5. tit. 4. (11) Ley Cum hæres, ff. de Acquir. posses. (12) Ley fin. Cod. de Edict. Divi Adriani tolend. Jason. in leg. Non dubium, Cod. de Legib. (13) Parlad. lib. 2. cap. 5. per tot.

tada la herencia (1), porque la aceptacion es hecho, y este no se presume, si no se prueba (2): y así el que afirma que el heredero la aceptó, debe probarlo plena, y concluyentemente (3), pues no bastan presunciones, congeturas, ni pruebas equívocas (4): ni tampoco el que haya sido instituido heredero, ó se le haya dexado la herencia, si no consta de su adicion (5). A mas de que el heredero pudo hacer el inventario con ánimo de cerciorarse del valor de la herencia, para deliberar en su vista si la ha de aceptar, ó repudiar: y así como el que con dos respectos, ó motivos puede exercer algun acto, no se estima haberlo exercido precisamente con el uno, á ménos que lo exprese; del mismo modo el que con dos, ó mas puede hacer el inventario, no se presume haberlo hecho con ánimo de aceptar la herencia, miéntras no lo diga, ó como heredero lo haga (6); bien que basta que en él se titúle así, ó que el Escribano le ponga este título en él, una vez que lo consiente, y firma (7).

111 Lo que se ha dicho milita, y procede sea ó no quantiosa la herencia; pero en caso de serlo bastan pruebas ménos relevantes (8). Y se amplía á los hijos, pues sin embargo de que de derecho parecen, y son herederos de su padre (9); no obstante, por el beneficio que les está concedido de poder repudiarla, ó absrenerse de ella, no se presume serlo; y así para reconvenirlos como tales, es preciso que los acreedores pater-

(1) Mantic. de Conjectur. lib. 2. tit. 9. n. 3. Menoch. lib. 4. præs. 99. n. 2. Ciriac. controvers. 244. num. 21 Morquech de Division. lib. y cap. 1. num. 62. (2) Ley Pro hærede 20. ff. de Adquirend. hæreditat. ley In bello 12. §. Facta, ff. de Captiv. et post lim. ley Asseveratio 10. Cod. de Non numerata pecun. y ley Si emancipati 9. Cod. de Collationib. Mascard. conclus. 732. n. 1. Menoch. præsumpt. 14. n. 1. lib. 6. (3) Ley Necessariis, ff. de Adquirend. hæreditat. Mantic. ibi n. 4. Surd. decis. 154. n. 18. (4) Urceol. in Examine apum, conclus. 41. n. 8. Altograd. consil. 91. n. 44. lib. 1. Ciriac. ubi proxime numer. 27. y controvers. 628. Valeron de Transact. tit. 5. quæst. 7. (5) Cravet. consil. 222. n. 11. Cels. decis. 129. num. 3. Gracian. Discept. cap. 752. n. 22. Conciol. allegat. 3. n. 55. y 56. Ciriac. controvers. 244. cit. (6) Ley Cum solus, y ley Si quis non quasi, ff. de Adquirend. hæredit. Cancer. part. 3. Var. cap. 2. n. 239. Menoch. lib. 4. præsumpt. 101. n. 94. Roland. consil. 73. lib. 2. Morquech. de Divis. lib. y cap. 1. n. 33. y 34. (7) Ley Optimam, Cod. de Contrahend. stipulation. Ruin. cons. 113. n. 7. al fin. Gurreir. de Inventar. lib. 2. cap. 6. n. 50. (8) Menoch. lib. 4. præsumpt. 99. n. 3. Mascard. conclus. 40. n. 9. Mantic. de Conjectur. tit. 51. n. 28. Net. de Testament. lib. 5. tit. 1. al 10. (9) Ley In suis, ff. de Liber. et Posthum. y ley 1. §. Qui sunt in potestate, ff. Si quis omissa causa.

nos prueben que se mezclaron en la herencia, haciendo gestiones de herederos, porque tratan de su daño, y no es suficiente la prueba de que son hijos, sino de que juntamente son sus herederos (1). Lo qual no sucede quando los hijos tratan de su utilidad, ó comodidad, porque entonces se presumen herederos, excepto que se justifique lo contrario (2).

112 Si el descendiente, que exîste en poder de su padre, quando fallece, no quiere aceptar la herencia, por entender está muy gravada, y maliciosamente compra en cabeza de otro los bienes de ella, ó hurta, ó substrae algunos, es visto por qualquiera de estos hechos haberla aceptado, y quedado obligado, de modo que despues ya no puede repudiarla. No es así con los herederos extraños, pues éstos no están obligados á su adicion, y solo podrán ser demandados por los acreedores del difunto para que restituyan lo substraido (3).

§. III.

Si se deben tasar, ó no los bienes inventariados, cómo, y por qué personas; y en caso que éstas discorden, ó hagan agravio en su valuacion, de qué remedios pueden usar los herederos.

113 Aunque algunos AA. pretenden equivocadamente que para que el inventario se diga rectamente formalizado, no es necesario que los bienes inventariados se estimen, numéren, pesen, midan, ni describan con todas sus circunstancias, con tal que no consten en él: no obstante, es nulo quando no se expresa en él con claridad y precision el peso, medida, número, y aprecio (4); y así no solo se han de inventariar en los términos expuestos, sino tambien apreciar, sin embargo de

(1) Ley Necessariis, ff. de Adquirend. hæredit. Roland. consil. 20. n. 17. lib. 1. Mantic. ubi proxime n. 20. Menoch. ibi n. 4. Surd. decis. 154. n. 17. Valeron de Transactionib. dicho titul. 5. quæst. 7. Gom. lib. 1. Var. cap. 9. n. 25, et ibi Aillon. (2) Rolando dicho consil. 20. n. 17. y 18. Ciriac. cont. 18. n. 12. Guerreir. lib. 2. y cap. 6. dichos n. 43. y 44. (3) Ley 12. tit. 6. Part. 6. y en ella el Señor Gregor. Lop. glos. 12. y Ley Si quis extraneus 21. y ley Si is, qui bonis 91. ff. de Adquirend. hereditat. Véase á Pharecio Rolando: y el cap. I. § X. n. 186. de la Primera parte de esta obra (4) Ley Si quis intra, Cod. de Bonor. posses. Roland. consil. 73. n. 79. lib. 2. y de Inventar. part. 3. vers. Item quæritur. Nata consil. 574. y 78. lib. 3. Ciriac. controvers. 294. Guzm. verit. 26. n. 16. y 22.

qualquiera corruptela (llamada impróplamente costumbre) que haya; y la razon es, porque de lo contrario se daria lugar á que el heredero ó inventariante, poniendo en confuso los bienes, defraudase á los coherederos, y á los menores, ausentes, acreedores y legatarios, suplantando otros de inferior valor, lo qual no se debe permitir. Y así como la ley por medio del inventario hecho con rectitud, proveyó á los herederos del beneficio de que no estuviesen obligados á los acreedores de su instituyente á mas de lo que alcanza la herencia, del mismo modo quiso proveer á estos contra ellos, para que en perjuicio suyo no pudiesen deteriorar, substraer, ni ocultar los bienes de la herencia, mandando que el inventario se formalice clara, distinta, y no obscura, ni confusamente, ni de suerte que puedan cometer fraude; y lo próplo milita en la descripcion (1). A mas de que sin la valuacion no se puede proceder á la particion, porque ni los fundos, y edificios son iguales, ni los muebles y semovientes de un mismo valor, especie y qualidad, para que indistintamente se pueda aplicar uno á cada partícipe; por lo que se ha de hacer prévia estimacion, y aprecio de los inventariados (2).

114 Lo expuesto en el número precedente se practica quando el difunto ántes de fallecer no valuó los bienes que tenia, pues si lo hizo, no se debe reiterar la tasacion, porque se presume haberla hecho con justificacion; excepto que se pruebe que padeció error, ó que por alguna causa no se conduxo en ella con la rectitud que debia (3).

115 El aprecio de los bienes inventariados se debe hacer por uno ó muchos peritos de los diputados públicamente á este fin; y no habiéndolos, por las personas que elijan las partes y no el Juez (4). Si el perito en que se convienen las partes es inteligente en todos los ramos que pertenecen los bienes que

(1) Nata consil. 575. n. 19. dicho lib. 3. Abb. consil. 253. n. 7. Andreol. controvers. 142. n. 4. Phanuc. de Inventar. part. 3. n. 30. Cancer. part. 3. Var. cap. 2. n. 37. Guerreir. de Inventar. lib. 1. cap. 11. n. 1. al 5.

(2) Ley Hac edicti, §. 3. Cod. de Secund. nupt. ley Mœvius, §. Cum familiæ 3. ff. Familiæ erciscund. y ley Ad officium, Cod. Communi dividend. y §. Quod si commode, Institut. de Offic. judic. Guerreir. ibi Morquech. lib. 2. cap. 4. n. 1. (3) Paul. de Cast. cons. 364. Mascard. conclus. 660. n. 2. Morquech. ibi n. 24. y 25. Alex. in leg. Si fidejussor, §. Meminisse, ff. de Legat. 1. Guerreir. dicho cap. 11. n. 76. Ayor. part. 1. cap. 3. n. 38.

(4) Dicha ley Ad offic. Cod. Commun. divid.

hay que tasar, basta con él solo, si no se ha de nombrar para cada clase el suyo, que lo sea, v. gr. para las heredades Agrimensores, para los edificios Maestros de obras ó Arquitectos, &c. (1) y pueden nombrarlos las partes por pedimento ante el Juez, ó solamente ante el Escribano que entiende en el inventario.

116 Estos peritos han de ser de buena vida y fama, y mayores de toda excepcion (2): y jurar que haran bien y fielmente la tasacion segun su inteligencia, sin causar agravio á las partes (3). Lo qual se entiende, excepto que sean tasadores públicos electos por el Rey, ó por el Ayuntamiento del pueblo, pues siéndolo, si juraron al ingreso en su oficio, como se acostumbra, no tienen necesidad, ni obligacion de volver á jurar en cada tasacion que hagan: ni tampoco quando las partes los eligen de conformidad, y relevan del juramento, ó para negocio extrajudicial, como amigos (4); cuyos peritos hacen veces de testigos y de Jueces: de testigos porque deponen como éstos; y de Jueces en quanto juzgan, y son creados, y autorizados por el Juez para dar su dictámen fundado (5).

117 El juramento de estos peritos es propiamente de *credulidad*, porque recae sobre su inteligencia y concepto, que segun las reglas de su arte ú oficio, constitucion del tiempo, y su práctica y experiencia forman del valor de lo que tasan (y no de *decir verdad*, como el de los testigos, que deponen de vista ú oidas lo que percibieron por los sentidos); porque de cierto no pueden saberlo, á causa de depender de la comun estimacion de los hombres, y no tener valor intrínseco puesto por la ley, como la moneda (6). Y sobre quáles se llaman juramentos de *credulidad*, y de *decir verdad*, y en qué se dife-

(1) Avetin. consil. 84. n. 3. Curt. Junior. 161. n. 20. Morquech lib. 1. c. 4. dichos n. 4. (2) Curt. in Addition. ad Alex. in leg. Prætia rerum vers. Peritorum n. 6 ff. ad leg. Falcid. Morquech. ibi. (3) Ley Hac edictali, §. His illud, Cod. de Secund. nupt. Alexand. in l. Prætia rerum, n. 6 vers. Præbenda, ff. ad leg. Falcid. Angel. in §. Si quis agens, n. 1. Institut. de Actionib. Morquech. ibi n. 6. Guerreir. de Inventar. lib. 1. cap. 8. n. 18. al 20.

(4) Valasc. de Partition. cap. 9. n. 1. Garcia de Expensis, cap. 24. n. 18. Guerreir. dicho cap. n. 22. ad 24. Lucas de Penna in leg. 1. Cod. de Naviculariis. (5) Mathæu de Regimin. Regn. Valent. cap. 8. §. 5. n. 21. y 22.

(6) Felin. in cap. Proposuisti de Probation. Jason. in leg. A[illegible], n. 199. ff. de Jure jurand. Guerreir. ibi n. 24. y 25.

rencian, véase lo que explicaré en el capítulo del juicio ordinario, §. 2.

118 Siendo nombrados públicamente, pueden ser compelidos á admitir su encargo, y hacer la valuacion; y la razon es, porque su oficio es público, y no nacieron para sí solos, sino para utilidad y comodidad de la República (1). Lo qual se entiende, excepto que para su admision tengan impedimento ó escusa legítima (2). Y si los eligen las partes, aunque regularmente no pueden ser obligados á aceptarlo contra su voluntad, porque es oficio voluntario (3); no obstante, aun en este caso, se les podrá compeler, si no hay otros igualmente idóneos y reeros, porque de lo contrario sería ridícula é ilusoria la eleccion, y se daria ocasion á diferir la particion por falta de aprecio de bienes, ó á que la tasacion fuese injusta por la impericia de otros, lo qual cedia en notable detrimento de los interesados; pues (como queda expuesto) no hemos nacido para nosotros solos, sino para ser útiles á la patria, y á sus individuos (4). Pero una vez que lo acepten, se les puede apremiar á perfeccionarlo, porque por su aceptacion se obligaron á ello (5).

119 Los peritos nombrados por el Juez ordinario pueden ser recusados con solo el juramento de tenerlos por sospechosos, y de no proceder de malicia, ni con ánimo de injuriarlos: pues al modo que lo puede ser el Juez, como expondré en el capítulo del juicio ordinario, §. 12, con superior razon los que elija (6). Pero si los nombra por contumacia de las partes, es menester que haya causa para recusarlos, y que se proponga y pruebe por el recusante, porque el Juez es visto haber hecho en nombre de éstas el nombramiento que se estima en éste executado por ellas mismas (7). De las causas de la recusacion trataré en dicho §. 12.

120 Si las mismas partes eligen los peritos, no los pueden

(1) Ley 1. §. Personalia, ff. de Munerib. & honorib. Valasc. dicho c. 9. n. 4. Guerreir. de Invent. lib. 1. c. 11. n. 6. y 7. (2) Los tit. ff. de Vacat. & excusation. muner. y Cod. de Excusation. muner. (3) Abb. in cap. Cum dilectus de Purgat. Valasc. ibi al fin. (4) Post. inspect. 47. n. 44. Guerreir. dicho cap. 11. n. 13. (5) Arg. leg. Item si unus, ff. de Arbit. Garcia de Expens. cap. 24. n. 26. (6) Ley Apertissimi 16. Cod. de Judic. Pacian. de Probation. lib. 2. cap. 45. Guerreir. dicho cap. 11. n. 14. (7) Valasc. dicho c. 9. n. 22. y 23.

recusar, porque por el hecho de elegirlos, y producirlos en juicio, es visto aprobar sus personas, al modo que los testigos; lo qual se entiende, excepto que sea por nueva causa nacida ó sabida despues del nombramiento, y probada, pues de lo contrario no se les admitirá con solo el juramento expresado. Y lo mismo procede quando cada una nombra el suyo, pues no puede recusarlo la otra, porque se guarda igualdad entre ámbas, y como cada perito defiende contra el otro el derecho de quien le nombró, queda subsanado el defecto que se le podia objetar, y el recurso al tercero en discordia; excepto que el tal nombrado, si fuese producido como testigo, pudiese ser repelido de testificar, en cuyo caso lo podrá ser, y se deberá nombrar otro (1). Y siendo diputados, y electos públicamente, es preciso que se expresen y prueben las causas por el recusante ántes de empezar á exercer su encargo, ó luego que lleguen á su noticia, pues no basta el juramento de tenerlos por sospechosos (2), porque como personas que se conceptúan de pureza, integridad y habilidad conocida, y en quienes el Público depositó la fé y confianza, no se presume sean corrompidas, sin que se acredite en forma: y esta presuncion á su favor constituye á los recusantes en la precision de probar la causa ó causas de su recusacion (3).

121 Para hacer la tasacion han de ser citadas las partes, al modo que para el inventario, por si quieren asistir al juramento que hagan, pues no se les puede impedir; y no presenciándolo, ó no citándolas, es nula (4). Lo qual se entiende, excepto que den comision á los peritos para hacerla sin su presencia, ni citacion (5); ó que los hayan elegido de unánime conformidad, pues entónces como que se contempla haberlos instruido del negocio, no es necesaria su citacion, ni presencia (6). Bien que si la tasacion se hace al mismo tiempo que

(1) Guerreir. dicho cap. 11. n. 9. 10. y 15. Valasc. ibi n. 25. Hermosill. en la ley 56. tit. 5. Partida 5. glos. 6. n. 46. al 54. y otros que cita. Sanchez de Matrim. lib. 7. disp. 113. n. 9. (2) Pacian. ibi. Valasc. ibi n. 17. al 21. Guerreir. ibi n. 15. (3) Hermosill. en la ley 56. tit. 5. Part. 5. glos. 6.

(4) Surd. decis. 452. n. 34. y 35. Ciriac. controvers. 261. n. 16. Valasc. de Partition. cap. 10. n. 12. y 13. Guerreir. de Inventar. lib. 1. cap. 6. n. 21.

(5) Ley Diem proferre, §. Si quis litigatorum, ff. de Recept. qui arbit. Menoch. de Arbit. lib. 1. q. 117. n. 13. Boec. decis. 282. n. 34. (6) Lex Si quis arbitrato 4. ff. de Verbor. obligation. n. 7. Ciriac. controvers. 261. cit. n. 20.

el inventario, basta una citacion, porque es visto ser citadas para asistir á todo. Previniendo que en la citacion se ha de poner fecha, y señalar á las partes el dia y hora en que se ha de hacer la valuacion; y es lo que se practica.

122 Los peritos deben ver y registrar todas y cada una de las cosas que valúan, pues de lo contrario es nula la tasacion: y tasarlas con separacion, y no muchas por un precio (1): y asímismo hacer la respectiva valuacion de todas por lo que justamente valen, de suerte que en venta se pueda sacar por ellas el precio que se les dé (y no como quando se han de subhastar, pues por la baxa que se suele hacer, se tasan en mas, para que con ella queden vendidas en lo líquido, justo y efectivo que merecen) y proceder en su valacion con gran circunspeccion, arreglo y moderacion, para que ningun interesado en la testamentaría experimente perjuicio, y no por informes de otros; cuyo justo precio se ha de regular no por la singular, ó particular aficion á lo que tasan, sino por la general y comun estimacion de los hombres, atendidos el tiempo en que hacen la tasacion, la costumbre del pueblo, el sitio y produccion annual, la qualidad, cargas y condicion de las mismas cosas, y su fecundidad ó esterilidad; ni tampoco con nimio rigor, y mucho ménos en el juicio divisorio, porque como la envidia reyna y predomina principalmente entre los hermanos, conviene que se haga con equidad y fraternal caridad (2): pues aunque se diga que tanto vale la alhaja, quanto se puede vender, esto se entiende cesante todo fraude (3).

123 No se deben valuar tampoco precisamente por el precio en que se compraron, porque el justo no se constituye por la compra pasada, sino por la estimacion presente (4). Esto procede, aunque fuesen comprados en pública subhasta, porque

Guerreir. ubi proxime num. 23. y 24. Morquech. lib. 1. cap. 4 num. 10.

(1) Valas. de Partition. cap. 10. n. 5. Guerreir. dicho cap. 11. num. 24. al 26. Concil. alleg. 63. n. 23. Ciriac. controvers. 65. n. 4. (2) Ley Prætia rerum. ff ad leg. Falcid. ley Quisquis, Cod. de Rescindend. vendition. glos. et DD. in leg. 2. Cod. de Rescindend. vendition. et ibi Pinel. part. 3. cap. ultim. Guerreir. dicho cap. 11. n. 26. 27. 42. 50. y 51. Ciriac. controvers. 656. n. 20. Valasc. dicho can. 10. n. 2. y 4. y cap. 11. num. 14.

(3) Ley 2. ff. de Condition. furtiv. Soto de Justit. et jur. lib. 3. quæst. 3. art. ult. col. fin. Valasc. dicho can. 10. num. 3. (4) Ley Non intelligitur, §. Divi fratres, ff. de Jure fisci. Mascard. conclus. 1396. n. 3.

para la justicia del precio justo no se ha de atender á la razon del que en la subhasta se dió por la alhaja, no obstante que haya habido muchos postores á ella, sino á su qualidad y circunstancias; pues sin embargo de los muchos postores, y de ser pública la venta, no se prueba legítimamente ser el justo y verdadero, y solo se presume; y la razon es: I, porque así en la venta pública como en la privada puede engañar, ó ser engañado el comprador (1). II, porque el precio de las cosas varía cada dia segun los tiempos, circunstancias, calidad, fecundidad ó esterilidad, y mucho mas el de las que se deterioran, ó consumen con el tiempo (2). Y III, porque muchos postores se acaloran en las posturas, ó por aficion á la cosa, ó por peculiar utilidad que se le sigue de su compra, que á ninguno otro se seguirá, v. g. quando tienen otra contígua á ella para unirlas, y hacer de ámbas una posesion ventajosa; ó tambien porque otro no la lleve, como la experiencia nos lo enseña; de todo lo qual nada se prueba acerca de ser legítimo y justo el precio que dan por ella. Tampoco se ha de graduar de justo en las raíces el que resulte de los instrumentos ó escrituras de venta, aunque muchas ventas se hayan hecho por uno mismo, especialmente si desde que se celebraron, transcurrieron diez años, porque despues de tanto tiempo se congetura alterado y mudado su valor, por lo que nada prueban en quanto á él; y lo própio milita en las muebles que se deterioran con el uso, pasados tres años (3).

124 Para excluir la querella de inoficioso testamento, se debe atender al valor que los bienes tenian al tiempo que murió el testador (4); y esta querella no estando preparada, no se transmite al heredero; pero si lo está por la litis contestacion, ó de otra suerte, se le puede transmitir (5). Para ver si

(1) Post. de Subhast. inspect. 43. 47. y 49. Valasc. consult. 43. num. 6. Conciol. alleg. 64. y 65. Mascard. conclus. 655. n. 3. Surd. consil. 256. n. 4. Fontanel. decis. 65. n. 4. Menoc. consil. 163. n. 15. (2) Ley Ideo 3. ff de Eo quod certo loco, y dicha ley Prætia rerum, §. Nonnullam. Ciriac. controvers. 261. n. 13. y controvers. 453. n. 61. 65. y 66. Ric. part. 3 collect. 3147. Guerreir. de Inventar. lib. 1. cap. 11. dichos ex num. 28. al 36.

(3) Valasc. consult. 43. cit. n. 28. Mascard. conclus. 657. Guerreir. ibi ex num. 37. al 41. (4) Ley Cum quæritur, Cod. de Inofficios. testam. y ley In quantitate. ff. ad leg. Falcid. y ibi DD. (5) Ley Posthumus, §. fin. y ley sig. ff. de Inofficios. testam. y ley unic. Cod. Ex delictis defunctor. Gom. en la ley 70. de Toro, n. 8.

queda á los hijos su legítima, ó á los herederos extraños la *quarta falcidia* que de derecho les concede, quando el testador hizo tantas mandas que nada les queda que heredar, se ha de observar lo própio, porque aunque despues tengan incremento ó decremento los bienes que dexó, no crecen, ni decrecen la legítima, ni quarta (1).

125 Mas para el solo efecto de partir los bienes entre los herederos, se ha de atender siempre al valor justo, intrínseco y efectivo que tienen quando se hace la division, y en éste se deben valuar en toda testamentaría, á diferencia de lo que se practica en las subhastas y almonedas, como se ha dicho en el num. 76. (2); y la razon es, porque como desde la muerte hasta la particion pueden aumentarse ó disminuirse, debe pertenecer proporcionalmente á los herederos el incremento y decremento de ellos, y el daño ó utilidad de qualquiera cosa sigue á su dueño (3); y como si intermediaron muchos años, y se adjudican por el precio dado al tiempo de la muerte, pueden ser perjudicados algunos herederos, y beneficiados otros, pues unos bienes se habrán mejorado, y otros empeorado: por eso se debe atender al de la division, y por consiguiente volverlos á tasar por lo justo, como si se fuera á desembolsar por ellos el dinero; lo qual no sucede en los dos casos primeros, porque se deducen del monton ó cúmulo de bienes la legítima, y falcidia, por lo que no hay la referida contingencia. A mas de que en la particion se celebra entre los herederos cierta especie de venta, ó tácita permuta de la porcion que se les aplica: y como todos tienen derecho á todos los bienes *proindiviso*, y quedan respectivamente obligados á eviccion, segun diré en el capítulo último del libro segundo de este tratado, se debe tener consideracion por lo mismo al valor justo y efectivo que tienen, y se les dé quando se venden ó permutan, y no al que tuvieron ántes (4), para evitar todo perjuicio.

(1) Leyes 1. y 3. tit. 11. Part. 6. Guerreir. dicho cap. 11. n. 58.

(2) Ley Prætia rerum cit. y ley Servos 34. ibi: *Tempore divisionis estimatos*, ff. Familiæ erciscundæ. (3) Ley Quæ fortuitis, Cod. de Pignorat. action. ley Si id, quod donatum 28. ff. de Donation. inter vir. et uxor.

(4) Ley Si familiæ 14. Cod. Familiæ erciscundæ, ley 2. Cod. de Rescindend. vendition. ley In lege Falcidia, ff. ad leg. Falcid. y dicha ley Prætia rerum, Guerreir. ibi n. 59. y 60. Valasc. dicho cap. 10. n. 8. Ayor. part. 1. cap. 3. n. 7. al 9.

126 Como el modo de pensar de los hombres (1) es tan vario, como su aspecto (2); si la ley no prefixára fin á los negocios, los hombres no los terminarian (3). Por esto en caso que los tasadores, ó peritos discorden en las tasas que hiciesen, proveyó de remedio el derecho, y es, que los interesados elijan tercero: y no conformándose en el que ha de ser, que lo nombre el Juez por su contumacia, y que valga lo que execute la mayor parte de los efectos (4). Previniendo lo I, que el tercero electo por las partes de conformidad, ó por el Juez por su discordia, ó contumacia, no debe ser recusado, ni admitida su recusacion sin expresion y justificacion de causa superveniente al nombramiento, ó si era anterior, ignorada por el recusante, por ser maliciosa, y como tal repelible; y lo mismo procede si las partes de conformidad nombran á los peritos; y con el que respectivamente nombra cada uno, lo que es al contrario con el que eligió el Juez por contumacia de alguna. Lo II, que despues de la segunda declaracion uniforme de los peritos, no se debe admitir eleccion ulterior de otros, porque sería proceder á infinito. Y lo III, que las partes pueden asistir al juramento, y reconocimiento que hagan los peritos, para lo que se les debe citar y señalar dia y hora, pero no á verlos declarar (5).

127 Si todos los nombrados, y el tercero están discordes, puede el Juez interponer su voto y arbitrio, y seguir el de aquel, que mas arreglado y verosímil le parezca: ó elegir un medio proporcional juntando las sumas de los tres, y deduciendo de su total el tercio, el qual será el precio de la cosa que mas se arrimará á lo justo, que es la opinion mas equitativa de las siete que hay acerca de lo que estando discordes los peritos, se debe practicar (6). Si uno tasa en cinco, otro en diez, y otro en quin-

(1) Cap. Sane in Sacramentis 151. distinct. 4. §. Si possint, de Consecration. (2) Ley Item si unus 17. §. Principaliter 6. ff. de Recept. qui arbit. y ley Cui potest 4. ff. ad Trebellian. cap. Quia diversitatem, de Prabend.

(3) Gibs. in dict. leg. Item si unus. Suar. consil. 5. n. 9. Guerreir. de Investar. lib. 1. cap. fin. n. 3. Senec. Epist. 88. *Omnia dubio et disputationi subjecta esse.* (4) Dicha ley Item si unus, y §. Principaliter, Guerreir lib. 1. y cap. fin. dichos n. 13. Marquech. lib. 1. cap. 4. n. 10. (5) Cap. Cum in nostris 11. de Rescript. in 6. y ley Boræ, §. ultim. ff. de Damno infect. Herm. Gil. en la ley 50. tit. 5. Part. 5. glos. 6. n. 60. Faria ad Covar. lib. 1. Var. cap. 13. n. 31. al 37. Escobar de Ratiocin. cap. 8. n. 13. al 20. y c. 32. num. 21. (6) Hermosilla en la ley 50. tit. 5. Part. 5. glos. 6. n. 158. al 166.

ce, cuyas tres partidas componen treinta, se saca de estas el tercio, que son diez, y todas son el justo valor. Y si los interesados creyendo que es corta ó excesiva la tasacion, resisten tomar la cosa por ella, pueden echar suertes para su aplicacion, y se adjudicará al que toque; ó venderia, y repartir su precio, que es lo mas seguro, con lo qual se evitan pleytos y discordias. (1).

128 El tercero nombrado en caso de discordia ¿deberá conformarse con uno de los dos peritos, ó podrá apartarse de ámbos dando su dictámen separado? No está obligado contra su própio juicio á seguir el de los otros, porque sean mas en número (2), asistiéndole razon contraria convincente (3), ni tampoco porque sean de alta dignidad, y él de inferior, pues no están vinculados á la dignidad, ni grandeza el saber (4), como la experiencia no los enseña. Al modo que el tercero nombrado por discordia de los árbitros tampoco está obligado á seguir el parecer de ellos, y será válido el suyo, si es mas arreglado (5).

129 Si las partes unánimes nombraren á los peritos, y al tercero, deberá conformarse éste con el parecer de uno de los dos que estime mas arreglado, y no hacer valuacion por sí, dando precio, ó valor distinto á las cosas en que discordaren: y la razon es, porque una vez que las partes nombraron á todos desde el principio, y no concordaron en uno solo, es visto haber querido que éste no hiciese oficio de tasador, sino que expresase quál de los pareceres de los otros era mas conforme á razon, y se conviniese con él, para que hubiese dos concordes en una suma, y juicio, como desde el principio fué su intencion por el hecho de elegir dos, y no uno solo; por lo que no deberá hacer oficio de tasador verdadero, sino propiamente de tercero arbitrador, y componedor; pero si fue electo por el Juez, podrá disentir de ámbos, y dar su voto separado (6); y para quitar toda duda, se hará en él el

(1) Valasc. de Partit. cap. 9. n. 14. al 16. Ayor. part. 1. cap. 4. n. 7. y 8. Mosquach. ubi sup. n. 21. al 23. Guerreir. ubi proximè, n. 33. al 35. (2) L. Dicu proferre, §. Si plures 3. ff. de Recept. qui arbit. Pinel. ibi allí relatí à Pagas ad Ordin. lib. 1. tit. 1. §§. 5. y 7. numer. 113. y 115. Guerreir. dicho libr. 1. y cap. fin. n. 16. al 18. (3) L. 1. Cod. de Veteri jure enucleando, §. 6. (4) Ecclesiast. cap. 10. (5) Parlad. differ. 43. n. 1. (6) Valasc. de Partit. c. 9. n. 16. Guerreir. dicho cap. fin. n. 36 Pacian. de Probation. lib. 1. cap. 47. n. 108. Ciriac. controvers. 159. n. 5. Escobar ibi. n. 23.

nombramiento con la expresion de que sea para el efecto referido, y no otro. Advirtiendo que aunque las partes prometan, y juren pasar por el voto, y parecer de cierto sugeto, no están obligados á conformarse con él, si es injusto, ántes bien se ha de arreglar, y reducir á lo justo: y lo mismo sucede con la promesa de obedecer el precepto de alguno (1).

130 Si hay muchos peritos, y todos discordan entre sí: para saber á quiénes se debe dar crédito, se distinguen siete casos. El I, quando son desiguales en número; en cuyo caso se ha de creer el mayor número. El II, quando los peritos, é imperitos discordan, pues se debe seguir el parecer de los perítos, aunque sea mayor el número de los imperitos (a). El III, quando algunos peritos discordan en el mismo número de otros igualmente peritos; pues se debe estar á los que deponen lo mas verosimil. El IV, quando entre los peritos es omnímoda la igualdad así respecto del número de los discrepantes, como de la pericia, y verosimilitud; pues se debe creer á los que deponen á favor del reo. El V, quando muchos peritos contradicen al mas perito; en cuyo caso se ha de dar crédito á aquellos, y no á éste. El VI, quando los peritos discordan en igual número de los mas peritos, pues se ha de creer á éstos, y no á aquellos; y la mayor pericia se prueba, v. g. por estár uno doctorado, y otro no: ó por hallarse mas versado en el exercicio, de que se controvierte. Y el VII, quando el uno es anciano, y el otro jóven, pues mas peritos se presumen los antiguos en el arte, que los modernos (2).

131 Se deduce de lo dicho que el dictámen de los peritos ancianos en igual número debe ser preferido al de los jóvenes tambien peritos (3), y el de los prácticos al de los teóricos:

(1) Leyes 24. tit. 4. y 27. tit. 11. Part. 7. ley Si libertus fin. 30. ff. de Oper. libertor. y cap. Quinta valvis, de jurejurand. Escobar dicho cap. 32. n. 26. y 27. (2) Flavio Pacian. de Probation. lib. 1. cap. 47. desde el número 159. al 73. Acciar. y Arezino en la ley 1. §. fin. ff. de Verbor. oblig. Masc. concl. 1034. Herm. en la ley 56. tit. 5. Part. 5. gl. 6. n. 24. al 38. y 44. y 45. Escobar de Rationibus, cap. 32. (3) Præposit. in cap. Litteras, de Frigid. & maleficiat. Guerrer. ibi. num. 56. y 57.

(a) Este segundo caso no es de la question que supone que solo hay peritos, y el tercero en decir que se ha de seguir á los que deponen lo mas verosimil, no se enseña nada; ¿por que quien ha de determinar lo mas verosimil sino otro perito Este los cas ode poner un tercero o de decidir la question á favor del reo como dice el quarto caso.

y así siempre se debe tener presente la práctica, y no apartarse de ella, porque es la maestra de las ciencias, y la mejor intérprete de la ley (1).

132 Los peritos, y el tercero ya sean electos por las partes, ó por el Juez, no pueden delegar su oficio en otro. Lo I, porque ninguna ley les concede esta potestad. Lo II, porque deben jurar que harán la tasacion segun justicia y su legal saber y entender, por lo que por sí, y no por otro han de cumplir lo que juran. Y lo III, porque su oficio es personalísimo, y para exercerlo fueron electas su habilidad, conciencia, y bondad por la confianza que de ellos tenian los interesados (2).

133 Si los peritos proceden con injusticia en la tasacion valuando en poco lo que vale mucho, ó al contrario, por impericia, malicia ó soborno de alguno de los interesados, competen al agraviado tres remedios para ser desagraviado. El I, pedir por via de quexa reduccion á arbitrio de buen varon contra la tasacion ante el Juez ordinario que conoce del negocio, implorando su noble oficio en caso que no la haya aprobado, ó confirmado. El II, si la aprobó, apelar de su providencia dentro de los cinco dias de la ley para ante el competente superior. Y el III, pujar los bienes, ofreciendo por ellos aumento de precio (3).

134 Para que el Juez defiera á la reduccion á alvedrío de buen varon, no basta que un solo heredero afirme que la ta-

(1) Ley Minime 23. ff. de Legib. cap. Quam sit, de Election. y cap. Statutum de Rescript. in 6. Roland. consil. 2. n. 8. vol 2. y consil. 4. numero 22. vol. 3. Cravet. consil. 91. n. 7. Angel. in leg. 1. §. Hæc stipulatio, ff. Si cui plusquam per leg. Falcid. Guerreir. dicho lib. 1. y cap. fin. n. 58. hasta el fin. Cic. lib. 1. de Offic. cap. 22. *Neque Medici, neque Imperatores, neque Oratores, neque cujuscumque artis præcepta præceperint quidquam magna laude dignum sine usu et exercitatione consequi possunt:* Plutarco: *Bellandi peritiam docet, qui sæpe militat:* Quintil: *Plus usus sine doctrina, quam doctrina sine usu valet.* (2) Ley Inter artifices 31. ff. de Solutionil. Alberic. in leg. Item si usus 17. §. Item si plures 2. n. 9. vers. Item quæro, ff. de Recept. arbit. Guerreir. de Inventar. lib. 1. y c. 11. dichos n. 77. Morquech. dicho cap. 4. n. fin. Ayor. parte 1. cap. 3. n. 6.

(3) Ley Unde si Neruæ 79 ff. Pro socio, ley Cum hi quibus 8. §. Transactiones, ff. de transact. ley ultim. Cod. de Usur. pupillarib. DD. in leg. Societatem 76. ff. Pro socio. Guerreir. de Inventar. lib. 2. cap. 1. 2. y 3. num. 1. Valasc. de Partit. cap. 9. n. 37. Morquech. dicho c. 4. n. 16. Ayor. dicho c. 3. n. 15. Capic. dec. 36.

sacion es injusta, si otro lo contradice; pues siendo igual el número de los que la defienden al de los que la impugnan, se ha de estár por el que la defiende, y regularmente se cree á los tasadores, porque como peritos, é imparciales tienen á su favor la presuncion de haber evacuado fielmente su oficio, mientras no se acredite plena, y claramente lo contrario, y mas habiendo precedido (como debe preceder) su juramento de practicarlo así: cuya presuncion transfiere contra el reclamante la obligacion de probarlo; por lo que si el que impugna la tasacion, consiente que se le apliquen los bienes por el mayor precio que dice tienen, debe ser oido, y en otros términos no, por presumirse maliciosa su asercion (1).

135 Siendo pobre el heredero que impugna la tasacion, si ninguno de los coherederos quiere pujar los bienes, ni se convienen en que se apliquen por el precio de la tasa, tiene accion á valerse de un tercero extraño que lo dé al instante: lo qual no pueden contradecir los coherederos, porque es beneficio comun de todos. Pero si uno de ellos los quiere por el tanto, es preferido como partícipe, y comunero al extraño (2). Advirtiendo que éste no será admitido, aunque ofrezca mas precio por los bienes de la herencia, excepto que la consientan todos los partícipes, ó á lo menos uno, el qual basta para compeler á los demás á que los pujen, ó lo admitan (3).

136 Si algunos bienes de los inventariados se venden por algun motivo cierto, luego que se tasan, y da por ellos al contado uno de los herederos menor precio que el de su tasa, ó quiere tomarlos por él en cuenta de su haber, debe ser preferido al que ofrece mas al fiado á plazo cierto (4). Lo qual se entiende, excepto que todos los demás interesados quieran darlos al fiado por su cuenta y riesgo al coheredero, en los términos que propone, ó que afiance á su satisfaccion, pues entónces esto se observará (5).

(1) Viv. decis. 271. Pacian. consil. 162. n. 225. y 237. Morquech. dicho cap. 4. n. 11. al 15. Gutier. dicho lib. 2. cap. 2. n. 21. al 26.

(2) Ley Ad officium, Cod. Comm. dividund. & ibi DD. Ayor dicho numero 26. Valasc. de Partit. cap. 22. num. 9. y 10. Guerreir. dicho libro 2. cap. 3. num. 9 y 12. (3) Valasc. de Partit. cap. 11. n 7. Guerreir. dicho cap. 3. n iin. (4) Ley In lege Falcidia hoc observandum, & ibi DD. ff. ad leg. Falcid. ley A Divo Pio, § Sed si emptor 7. ff de Re judicat. (5) Arg. Tent. & quæ notant Doctor. in cap. Quia propter, §. Vel saltem, & ibi

137 Quando una heredad, que tiene muchas fanegas de sembradura, y unas de mejor calidad que otras, se tasó no por tanto, sino á tanto cada fanega una con otra, y uno de los herederos puja algunas, señalando el parage de su situacion, no se debe admitir esta puja ó mejora, pues debe pujarlas todas ó ninguna, porque en las cosas conexâs é inseparables ninguno puede aprobar una parte, y reprobar otra, sino que debe aprobarlas, ó reprobarlas en el todo (1).

138 Milita y procede lo expuesto en el número precedente, quando la heredad no tiene cómoda division, ó por dividirla se corrompe el patrimonio ó herencia, ó hay causa justa para no dividirla (2): pues cesando estos motivos, pueden los herederos, y qualquiera de ellos reclamar la tasacion, y pretender que se aprecien nuevamente con separacion las fanegas de tierra, segun su calidad y bondad. Lo I, porque no se puede hacer igual la division á causa de ignorarse á quál de ellos se adjudicará, y si le cabe ó no, toda la heredad, ó á todos tendrá ó no cuenta el llevarla íntegra, ó solamente su parte en ella. Lo II, porque de lo contrario, aunque la valuacion sea cierta en el total de la heredad, es incierta, obscura y confusa respecto de cada una de las fanegas que comprehende. Y lo III, porque los tasadores deben hacerla clara y distintamente en el todo y parte de lo que valúan, y mucho mas, quando es cómodamente divisible (3).

139 La puja ó mejora en algunos bienes de la herencia se ha de hacer luego que están tasados, y ántes que se proceda á su division, porque entónces á ninguno se irroga detrimento, ántes sí utilidad á todos en que crezca su valor; pero despues de hechas las adjudicaciones no se debe admitir, porque se perjudica al coheredero á quien se aplicaron, y es visto que el licitante ó pujante lo hace por emulacion: lo que no haria, á ha-

glos. verb. Vice omnium de Elect. et in cap. In causis eod. tit. et in cap. Cum omnes, de Constitution. et in regul. Quod omnes tangit, de Regul. jur. in 6. Fost. inspect. 35. n. 245. y 246. Valasc. dicho n. 7. y cap. 11. Guerreir. dicho cap. 3. n. 16. al 18. lib. 2. (1) Arg. ley Cum ejusdem, ff de Ædilitio edict. y ley Mævius, §. fin. ff. Familiæ erciscund. Ayor. dicho cap. 3. n. 24. Morquech. dicho cap. 4. n. 17. Guerreir. dicho cap. 3. n. 21. al 23. (2) Glos. in leg. 2 Cod. Quando, et quibus. Sr. Gregor. Lop. en la ley fin. tit. 15. Part. 6. glos. 1. Guerreir. ibi n. 26. Morquech. ibi num. 18.

(3) Guerreir. ibi n. 14. y 25. Morquech. ibi n. 18. al 20.

berle tocado. Y lo mismo procede, quando ántes de la division se comunicó á todos la tasacion, y nada dixeron contra ella, ni hicieron mejora en bienes algunos, en cuyo caso tampoco se debe adherir por la própia razon, y por haber espirado el tiempo en que debieron impugnarla, pues por su silencio es visto haberla consentido y aprobado (1).

140 Cerciorados los herederos del aprecio de bienes de la herencia, y hecha á cada uno su respectiva aplicacion, ninguno, aunque sea menor, puede reclamar la tasacion con pretexto de haber sido leso en alguna alhaja ó finca, cuyo valor está subido: y así no obstante el privilegio de menor edad, no será restituido. Lo I, porque hizo lo que el mas diligente é instruido haria, que fué, consentir el aprecio, como lo consintieron los coherederos. Lo II, por la incertidumbre, pues se ignoraba á quién tocaria la alhaja: por cuya incertidumbre y casualidad se admiten y permiten muchas cosas, que á no intervenir, no se admitirian (2). Y lo III, porque el que por el pacto puede conseguir daño ó utilidad, no se debe titular leso, pues el daño que padece, es eventual, y así se compensa con la utilidad que podia experimentar (3). Por cuyas razones, quando de algun negocio puede resultar ganancia ó pérdida, no se debe pedir, ni aunque se pida, admitir utilidad, restitucion, rescision, ni otro remedio por la lesion que haya habido (4). Lo qual se entiende, aunque por suerte le haya tocado la alhaja, porque en la suerte á nadie se grava (5), si se hace sin fraude.

141 Si una alhaja estuviere evidentemente apreciada en mucho mas de lo que justamente vale, no hubiere otras tan subidas, y los contadores la adjudicaren íntegra á uno de los he-

(1) Leg. Si eo tempore, Cod. de Remis. pignor. et ibi DD. et in regul. Qui tacet, de Regul. jur. lib. 6. Valasc. de Partit. cap. 11. n. 8. y 9. Guerreir. dicho cap. 3. n. 30. y 42. al 44. Ayor. ibi n. 30. y 31. (2) Ley 1. Cod de Pact. ley de Fideicommisso 11. Cod. de Transaction. ley Si ea lege, Cod. de Usur. y ley Si pater, Cod. de Inofficios. testam. Guerreir. ubi proxime. Ayor. dicho n. 31. Gom. lib. 2. Var. cap. 14. n. 4. Morquech. lib. 1. cap. 11. n. 37. (3) Salicet. in lege 1. Cod. de Pact. Tiraquel. in leg. Si usquam, Cod. de Revocand. donation. verb. Donatione largitas, Hermosill. en la ley 56. tit. 5. Partid. 5 (4) Ley Si jactum retis 12. ff. de Action. empti, ley Nec emptio, ff. de Contrahend. emption. y dicha ley de Fideicommisso. Sr. Olea, de Ces. jur. tit. 6. quæst. 10. Ciriac. controvers. 1. (5) Ley fin. Cod. Communia de Legit. ley 2. Cod. Quando et quibus quarta pars. Morq. lib. 1. y cap. 11. dichos n. 37. cit.

rederos sin sortearla, puede aquel á quien se aplicó, ya sea mayor, ó menor de edad, reclamar por via de querella la adjudicacion, y pedir reduccion á alvedrío de buen varon ante el Juez ordinario, á fin de que le desagravie, repartiendo el importe del exceso entre los coherederos, ó haciendo que cada uno de estos le supla la parte que le toca (1); pues quando los Arbitros dañan gravemente en su sentencia, se conceptua proceden con dolo, y los que los eligieron, no están obligados á pasar por ella por esta presuncion (2); y mucho ménos no siendo Arbitros con jurisdiccion estos apreciadores, sino unos meros peritos.

142 Aunque los aprecios de los tasadores electos por los herederos, no perjudican regularmente á los acreedores, ni legatarios del difunto (3), no es tan corriente esto que no padezca alguna excepcion y limitacion: y así digo: si los herederos hicieron voluntariamente entre sí con la viuda de su instituyente la particion sin autoridad judicial, es indubitable que no perjudican á los acreedores, ni á otro tercero, que contra sus bienes tengan accion real ó personal (4), la particion, ni valuaciones.

143 Si interviene autoridad judicial á pedimento de alguno de los partícipes en la herencia, de modo que la particion no es voluntaria, sino necesaria, y los acreedores son reales, ó hipotecarios en los bienes que la componen, tampoco les perjudican los aprecios, ni division; ántes bien á su instancia se pueden volver á tasar judicialmente, y el aprecio y particion que éstos hicieren con la referida solemnidad, perjudicará á los herederos (5). Pero si los acreedores no tienen accion real contra la herencia, sino mere personal, les perjudica lo practicado por los herederos, no habiendo intervenido colusion por defraudarlos (6).

144 Así como la tasacion hecha por los peritos que nom-

(1) Ley Societatem 76., ff. Pro socio. (2) Ley Arbitrorum 3. Cod. de Recept. arbit. et ibi DD. (3) Ley Is qui fundum, ff. de Usufruct. legat. ley 1. al princip. vers. Cum dicitur, ff. Si cui plus quam per leg. Falcid. ley Julianus, §. Idem Celsus, ff. de Action. empt. y ley Communi dividund. 7. §. Si debitor. ff. Communi dividund. (4) Dicha ley Julianus, y ley Sicuti, Cod. de Non numerat pecun. la ley Is qui fundum cit. (5) Ley Communi dividundo, y §. Si debitor cit. (6) Dichas leyes Julianus, y Sicuti, Ayor. dicho cap. 3. n. 35. Guerreir. lib. 1. cap. 11. dichos n. 80. al 82.

braron los herederos, en duda de si es ó no justa, no perjudica á los acreedores, tampoco daña á los terceros poseedores; pero sí, acreditándose serlo, v. g. en este caso: "muerto el tes- "tador, se aprecian sus bienes á instancia de sus herederos por "peritos que con la viuda eligen, y todos no alcanzan para sa- "tisfacerla enteramente su dote. La viuda acreditándolo en for- "ma, repite contra el tercero poseedor de algunos que su ma- "rido le enagenó, solicitando se los entregue, ó la complete lo "que la falta de su dote. El tercero alega que los que dexó su "marido, valen mas que los que por ellos valuaron los peritos, "y que la tasacion perjudica únicamente á quien los eligió;" en cuyo caso, ó se prueba, ó no es justa la tasacion, ó hay duda; si se acredita serlo, perjudicará al tercero, y tendrá que devolver los bienes que compre; si no lo es, se volverán á tasar, y cubriendo la dote, nada tendrá que reintegrar, pero si hasta en lo que falte, en caso que no la cubran. Y si hay duda, no le perjudicará, ni á otro acreedor, por lo que se volverá á hacer, y oirá sobre ello á las partes en via ordinaria (1).

145 Se ha de inventariar y apreciar por lo que justamente vale, la alhaja que el testador legó á alguno, ya sea hijo suyo, ó extraño, aunque dixese que valia ménos, y hubiese mandado que por este inferior precio se le diese: porque su voluntad no fué legarle todo lo que valia, sino el precio en que la graduó, consignado en ella. Y así sin embargo de que tiene derecho á que se le entregue como legado específico, y la llevará dando el exceso, el qual se agregará al caudal comun, y partirá entre los herederos; no obstante, no queriendo entregarlo, cumplirán éstos con darle el valor en que el testador la estimó (2). En quanto á si los bienes que los descendientes traen á colacion, y por razon se han de inventariar y tasar, ó no, y por qué precio se han de colacionar, ya hayan sido, ó no apreciados quando se los dieron, véase el capitulo 3. §. 3. del libro 2. de este tratado, desde el num. 121. al 125. en donde lo explico con distincion y claridad. Y por lo tocante á los juros, respecto á que teniendo cabimiento, se hacen diferentes deduccio-

(1) Dicha ley Is qui fundum: ley 1. y vers Cum dicitur, cit. y ley Servos, ff. Familiæ erciscund. Ayor. dicho cap. 3. n. 39. (2) Ley Si digitum 19. et ibi DD. y ley In ratione legis Falcidiæ 30. §. Vendere 1. ff. al leg. Falcid. Ayor. dicho cap. 3. n. 38.

nes de los intereses primordiales de su constitucion, á cuyo respecto baxan tambien sus capitales: que para estas deducciones hay reglas fixas dadas por S. M., ya estén sobre Cientos, ó sean de renta antigua ó moderna, y ya sea para redimir, ó para inventariar y adjudicar: y que el contador no debe alterar el inventario, por carecer de potestad para ello, conviene que para no causar perjuicios á los partícipes en la herencia, se saque certificacion de lo líquido de sus capitales y réditos, y con arreglo á ella se inventarien y dividan, pues de su omision puede haber agravios, y no se podrán cobrar los réditos.

§. IV.

En qué pena incurre el heredero que oculta bienes de la herencia: y cómo se ha de proceder en el juicio de ocultacion.

146 Aunque hecho inventario en los términos explicados en el num. 16. y siguientes de este capítulo, se presume que no hay mas bienes que los inventariados, se admite prueba contra esta presuncion (1), se duda si por omitir con malicia el heredero el poner algunos en él, perderá el beneficio que la ley le concede, y estará obligado á satisfacer á los acreedores sus créditos, y á los legatarios sus legados; y si el inventario se viciará, ó no. Dos opiniones hay diametralmente opuestas entre los AA. que tratan esta qüestion: la una es afirmativa, y se funda lo I, en que son iguales el no hacer, y el hacer dolosamente, y con ocultacion, ó ménos legítimamente (2). Y lo II, porque no siendo el inventario mas que una descripcion de todas las cosas que se hallan en la herencia, habiendo dexado de incluir en él algunas de las que halló, no se puede decir que lo hizo, porque segun los Lógicos, á quien la difinicion no compete, tampoco el difinido (3).

(1) Menoch. presumpt. 26. lib. 6. Sr. Salg. part. 2. Laber. cap. 7. n. 14. Ciriac. controvers. 5. y 321. n. 6 (2) Ley Quoties, et ibi Jason, ff. Qui satisdare cogunt. ley Si autem nullum, Cod. de Legitim. hæredib. cap. Inter corporalia de Translation. cap. Episcopis, y cap. Veniens, de Presbyter. non baptizat. y cap. fin. de Restitut. spoliator. (3) Fachineo, lib. 3. Controvers. cap. 37. Cabull. in Pract. quæst. 131. n. 3. Cancer. lib. 1. Var. c. 11.

147 La otra mas comun es negativa, y los que la siguen, defienden que á nada de lo dicho está obligado el heredero, por no haber ley que á ello le condene ni obligue: que segun derecho pierde solamente la quarta falcidia, y por su dolo incurre en la pena del duplo de lo ocultado (1): que el inventario tampoco se vicia ni anula, porque quando la ley no procede anulando, sino castigando ó imponiendo pena, vale el acto (2): y que el heredero no incurre en la pena de derecho, pues se requiere sentencia, por la qual se declare incurso (3).

148 Supuesta como legal la opinion negativa, digo: que para que el heredero extraño que omitió maliciosamente inventariar algunos bienes, incurra en la pena del duplo de lo omitido, ú ocultado, y pierda la quarta falcidia que el derecho le concede, deben concurrir precisa, y copulativamente tres cosas: I, que el que alega la ocultacion especifique con individualidad los ocultados, y no inventariados. II, que pruebe haberlos ocultado el inventariante con cierta ciencia, dolo y malicia, pues el que alega el dolo y culpa debe probarlos (4); y lo mismo debe practicar el que funda su intencion en alguna qualidad (5). Y la III, que pruebe igualmente que exîstian en poder del difunto al tiempo de su muerte, pues no basta que lo estuviesen poco ántes, porque por el que hace el inventario, está la presuncion de que no exîstian mas entónces, lo qual transfiere en el contrario el gravamen de justificar su exîstencia al mismo tiempo (6), y concurriendo es-

n. 9. y lib. 3. cap. 2. n. 51. Thesaur. lib. 1. quæst. 10. n. 16. y 18. Barbos. in Authent. Sicut alienatio. Cod. de Sacrosanct. Eccles. n. 4. (1) Ley 9. tit. 6. Part. 6. et ibi glos. 1. vers. Adde etiam, ley final. Cod. de Jure deliberand. §. Licentia danda, y Authent. de Hæredibus, et falcidia, cap. 2. vers. Sancimus igitur, et ibi glos. (2) Paul. de Castr. in dict. leg. fin. Decio, consil. 633. n. 1. Ayor. part. 1. cap. 2. n. 21. Surd. decis. 222. n. 10. y 13. Menoch. consil. 471. y 721. Guerreir. de Inventar. lib. 1. cap. 9. n. 3. 4. 5. 10. y 128. al 130. Ciriac. controvers. 326. n. 4. Cardos. in Prax. verb. Lex n. 17. (3) Pereir. decis. 55. n. 1. Reynos. observat. 40. Guerreir. dicho cap. 9. n. 141. y 142. (4) Ley Quotiens, §. Qui dolo, ff. de Probation. y ley Dolum, Cod. de Dolo malo. (5) Ley Hoc jure utimur, ff. de Verbor. obligat. (6) Valasc. de Partit. cap. 8. n. 45. al 47. Pegas ad Ordin. lib. 1. tit. 87. §§. 4. 6. 7. y 9. Guerreir. cap. 9. cit. n. 21. al 23. n. 44. al 49. y n. 163. Ganum. decis. 148.

tos tres requisitos, y no de otra suerte, incurrirá en la pena (1).

149 La prueba de ocultacion no solo se puede hacer por testigos de vista sino por presunciones y congeturas, y por testigos de oidas á otros, si en ellos y en sus dichos concurren las circunstancias que en semejantes casos se requieren, porque la ocultacion se hace con gran cautela, secreto y seguridad: y como el dolo está escondido en el ánimo, es muy dificil probarlo directa y paladinamente (2): al modo que la ciencia verdadera se prueba tambien por presunciones y congeturas (3).

150 El que alega la ocultacion ha de probar el *dolo verdadero*, pues no basta el *presunto*, y no probándolo, se presume error (4). Se llama *dolo verdadero* el que resulta, y se prueba de evidentes y manifiestos indicios y presunciones, v. g. en los delitos de hurto, adulterio, homicidio, y otros actos en los que es preciso concluir que el que los hizo ó cometió fué porque así lo quiso con toda premeditacion y deliberacion, y que no puede ser de otra suerte, porque hubo de su parte culpa lata, y toda malicia (5).

151 *Dolo presunto* es aquel en que interviene culpa lata ó negligencia supina, y se prueba de indicios probables, y no manifiestos, v. g. si el que tiene en su poder alguna alhaja depositada la dexa de noche en el camino, ó de dia, pero en lugar por donde transitan muchos, ó si no paga pudiendo, ó no restituye lo que sabe está debiendo, ó no es suyo; en estos casos, y otros semejantes, aunque se puede y debe creer que el delinqüente lo hizo con ánimo determinado; no obstante, como cabe, y no repugna, que hubiese intervenido

(1) Cap. Afferte de Præsumption. Gracian. Discept. forens. cap. 998. n. 12. Durand. decis. 387. n. 23. (2) Dicha ley Dolum, ley Si procuratorem, §. Dolo, ff. Mandati, ley Quia autem, §. Non simpliciter, ff. Si quis omissa causa, cap. 2. de Renuntiation. in 6. Tiber. Decian. in Tract. criminal. lib. 1. cap. 4. n. 14. Guerreir. dicho cap. 9. ex n. 108. al 124. Menoch. lib. 5. præsumpt. 3. n. 5. (3) Ley Octavius, ff. Unde cognati, ley de Tutela, Cod. de Restitut. in integr. Cravet. consil. 93. n. 19. y consil. 179. n. 1. Seraphin. decis. 1459. Noguerol, allegat. 11. n. 132. Concioi. allegat. 3. n. 28. Ciriac. controvers. 519. (4) Ley Dolum, Cod. de Dolo. Regnudel. Biblioth. pal. Dolus. n. 6. (5) Leg. 1. §. Nuntiatio, n. 204. ff. Novi operis nuntiation. Alex. consil. 103. n. 13. Roman, consil. 4406. n. 12. Cravet. consil. 35. n. 12.

olvido, ignorancia ú otro motivo, ni se deduce necesariamente que tuvo voluntad deliberada, y malicia de practicarlo así, se llama *dolo presunto*, porque los indicios y presunciones no son manifiestos, sin embargo de que no aparece motivo justo (1); y así lo excluye qualquiera causa y credulidad, aunque sea leve (2).

152 El heredero se eximirá de la pena de ocultacion si se reservó y protestó aumentar al inventario todos los bienes que llegase á su noticia ser pertenecientes al difunto: porque esta reserva y protesta excluyen el dolo y malicia que de su no inclusion se podia arguir contra él (3), por ser próprio de su virtud conservar el derecho del que la hace (4): por lo que estando hecha, si el que omitió poner algo en él lo añade luego que lo sabe, queda relevado de la pena (5), y mucho mas interviniendo tambien juramento de no tener noticia de otros bienes, créditos ni efectos.

153 Lo expuesto en el núm. precedente se entiende siendo en la realidad así, y teniendo ignorancia; pero si cesáre ésta, y por presunciones, ó congeturas vehementes, y mas urgentes se probare que la omision fué maliciosa y dolosa, no le sufragará la protesta para eximirse de la pena, respecto convencérsele de su dolo (6); y mucho ménos si habiéndosele notificado que aumente y ponga en el inventario tales bienes determinados que se le señalen, no quiere, y despues se averigua que al tiempo de la muerte del testador existian en su herencia; pues aunque sea menor, una vez que se le interpeló, y no obedeció, incurrió en la pena, y se constituyó en

(1) Nata, consil. 12. lib. 1. n. 2. Plot. de In litem jurand. §. 58. n. 30. Phanuch. part. 2. memb. 2. n. 58. y 76. Guerreir. de Inventar. lib. 1. y cap. 9. dichos ex n. 14. al 20. Aflict. decis. 360. n. 8. (2) Ley 12. §. Et generaliter, ff. de Liberal. caus. ley 1. al fin. ff. de Abigeis. Begnudel, Biblioth. en la pal. *Dolus*, n. 7. habla de las congeturas que excluyen el Dolo.

(3) Valasc. dicho cap. 8. n. 48. y consult. 52. n. 17. Sard. decis. 222. Hondend. ad Sard. decis. 120. Gamm. decis. 148. (4) Silv. Maldonad. Respons. jur. respons. 2. Iranz. de Protestat. Pegas ad Ordin. in leg. 1. tit. 87. §. 9. n. 6 y 61. (5) Ley fin. §. Cum igitur, et in Authent. Sed cum testator, Cod. ad leg. Falcid. Sard. dicha decis. 222. n. 22. y decis. 261. n. 45. Guerreir. dicho cap. 9. n. 63. al 65. (6) Gamm. dicha decis. 128. n. 3. et ibi Flores. Valasc. consult. y n. cit. Pegas ibi n. 31. Conciol. de Herede solvente debita defuncti, artic. 1. n. 397. Iranz. ibi cap. 72. Guerreir. n. 69. y 70.

el verdadero y rigoroso dolo: y con el que de éste es convicto, no se debe usar de indulgencia (1).

154 En el juicio de ocultacion se ha de proceder ordinariamente, bien que por procederse de otro modo no se anula el proceso; pero por él no se debe suspender la particion de los bienes inventariados (2). Y si el interesado que sabe la ocultacion no quiere por evitar el escándalo, ó por otros motivos, deducirla en juicio, puede implorar el oficio del Juez, y pedir que tales bienes (señalándolos) que no se inventariaron, se inventarien y dividan, y el Juez debe compeler á ello al que los ocultó (3), aunque lo mas seguro es, que pida se aumenten al inventario por haberse ocultado, pues entónces en qualquiera tiempo será oido, no obstante toda prescripcion, por la mala fe del ocultante (4).

155 ¿Ante que Juez se ha de intentar el juicio de ocultacion? Antes de hacerse la particion debe promoverse ante el que conoce y entiende en el de testamentaría, que como principal atrae á sí á todos los incidentes conexôs y correspondientes á su perfecta evacuacion, de tal suerte que si ante otro se promueve, le debe remitir éste los autos como accesorios del principal negocio: pero hecha y aprobada la particion, se puede intentar ante él, ó ante otro del fuero del ocultante, porque ya el de la testamentaría concluyó su oficio por haberse finalizado ésta, y no haber quedado cosa pendiente (5).

156 La accion de ocultacion en quanto á incidir en la pena, no se transfiere á los herederos del ocultante, porque es penal, y no cometieron el delito (6); y sí únicamente en lo concerniente á perseguir lo ocultado para reivindicarlo, porque la accion persecutoria pasa contra ellos (7). Lo qual se limita y entiende, excepto que con el ocultador se haya

(1) Vela, disert. 26. n. 79. Menoch. de Arbitr. lib. 2. cas. 120. y 461. Pegas dicho §. 9. n. 23. 31. y 36. Cravet. consil. 193. n. 2. Guerreir. ibi n. 87. al 89. (2) Valasc. de Partit. dicho cap. 8. n. 45. (3) Guerreir. ibi n. 167. Valasc. ibi n. 48. (4) Valasc. ibi n. 50. Guerreir. ibi n. 143. al 146. (5) Arouc. allegat. 95. Guerreir ibi n. 168. (6) §. 1 Institut. de Perpetuis, et temporalib. action. ley 1. ff. de Privat. delict. ley Licet 58. y ley Pupillum 111. ff. de Regul. jur. (7) Ley 7 §. fin. ff Depositi, ley 13. y ley Ex contractibus 49 ff. de Obligation. et action. y ley Ad ea 157. §. ultim. ff. de Regul. jur. Pegas dicho §. 9. n. 75.

contestado el pleyto, pues en este caso pasa á ellos tambien en quanto á la pena (1): y la razon es, porque en juicio se contrae á veces nueva obligacion por lo juzgado (2).

157 El heredero del difunto no incurre en la pena de ocultador quando el inventario se hizo por algun criado suyo, y sin su ciencia ni consentimiento omitió incluir en él algunos bienes: pues por no haber cometido delito en la omision, no se le debe castigar, aunque estuviese en la misma casa. Ni tampoco quando el inventario no se hace por el mismo heredero, sino por Procurador ó Ministro suyo, como regularmente acontece á los Próceres ó Magnates, cuyos criados mayores ó Apoderados lo formalizan sin su intervencion: pues en estos casos no se presume haber cometido dolo en la omision de lo no inventariado (3).

158 La pena de ocultador en que incurre el heredero no se extiende al poseedor, que como tal, y no como heredero, formaliza el inventario: Lo I, porque la ley (4) que la impone solo habla de aquel, y no de éste. Y lo II, porque siendo como es penal, no se debe ampliar á los poseedores, ni á otros que no menciona ni comprehende (5).

159 Si uno de los herederos despues de aceptada la herencia substrae ó quita algunas cosas de ella, no es visto haberlas substraido con ánimo de hurtarlas, y defraudar á los coherederos, sino en cuenta de su parte, porque tiene derecho á ellas por indiviso, y se contempla quasi dueño, por lo que contra él no se concede á los coherederos la accion llamada en latin *expilatæ hæreditatis* (que es especie de crimen de hurto), ni la de ocultacion que á los acreedores compete en los casos referidos, sino la de que se divida la herencia,

(1) L. 2. tit. 14. Part. 7. Dicho §. 1. Institut. de Perpetuis, ley Omnes 26. ley Quidam 58. ff. de Obligation. et action. ley Pœnalia 164. ff. de Regul. jur. ley Unica, Cod. ex Delict. defunctor. (2) Ley 3. §. Idem scribit, ff. de Peculio. Pegas dicho §. 9. n. 107. Mendez de Castr. in Prax. part. 2. cap. 3. n. 6. Reynos. dicha observat. 40. Guerreir. dicho cap. 9. ex n. 132. al 135. (3) Card. de Luc. Theat. verit. tom. 9. tit. de Hærede, et hæreditate, discurs. 20. n. 12. y discurs. 22. n. 17. Guerreir. cap. cit. n. 136. y 137. Pegas dicho §. 9. n. 26. (4) L. 9. tit. 6. Part. 6. Ley fin Cod. de jure deliberandi, §. 10. (5) Ley Factum cuique, §. In pœnalibus, ff. de Regul. jur. Guerreir. loc. n. 130. Pegas Ordin. lib. 1. tit. 50. glos. 2. desde el n. 3. al 18. donde enseña el modo de proceder contra los ocultantes.

por la qual pueden indemnizarse, y recuperar las cosas substraidas, ó su importe, pretendiendo las devuelva al cuerpo de la herencia para su repartimiento, ó que se le imputen en su haber; y no cabiéndole, que restituya el exceso. Y lo propio milita por las mismas razones para con la muger y consocio, pues tampoco pueden ser reconvenidos por dicha accion (1), porque son dueños del todo en igual forma.

160 Estando yacente ó sin aceptar la herencia á causa de hallarse ausentes los herederos, ó ignorar que lo son, ó por otro motivo, si algun otro substraxere, ú ocultare bienes de ella, aunque no se le podrá reconvenir por dicha accion, pero sí condenarle el Juez á que restituya lo que tomó con los frutos percibidos, é imponerle la pena de destierro, si es noble, y no siéndolo, la de trabajar en las labores del Rey, como lo dispone la ley 21. tit. 14. Part. 7. Por lo tocante al modo de formalizar el inventario, y extender sus diligencias, véase el cap. 10. que es el último del lib. 2. de este tratado (2).

(1) L. 3. Cod. Familiæ erciscundæ. (2) Ley c. 6. y 17. t. 10. Part. 5. y ley 4. tit. 14. Part. 7. Uxor, ff. y ley Adversus uxorem, Cod. de Crimine expilatæ hæreditat. ley Quamvis, Cod. de Furt. ley Merito 51. ff. Pro socio, glos in leg. 3. verb. Ordinarii, ff. de Crimin. expilat. hæreditat. Guerreir. de Division. cap. 16. per tot. lib. 8.

CAPÍTULO II.

DE LA DIVISION, Y FORMA DE PROCEDER EN ella: de los Contadores, su oficio, facultades y reglas que deben observar: y cómo han de dividir las cosas individuas, el censo vitalicio personal, y la finca enfitéutica.

§. I.

Qué cosa es la division de herencia, quién puede pretenderla, y ante quién: por quanto tiempo prescribe la accion de pedirla: cómo se ha de hacer entre herederos presentes, y ausentes: y en qué forma debe proceder el Juez en ella.

1 Conclusos legítimamente el inventario, y tasacion de todos los bienes, caudal y efectos del que murió con testamento, ó abintestato, si su viuda, ó alguno de sus herederos no lo reclaman por ocultacion de algunos, lesion en su valuacion ú otro motivo, en uso del traslado que de él se les debe dar, si no lo presenciaron, (pues habiendo estado presentes, es ocioso comunicárselo, respecto á que pueden pedirlo, y de no hacerlo es visto que lo prueban) se sigue *particion*, la qual se introduxo, á fin de que sabiendo cada uno quáles son suyos, los custodie con mas diligencia, se apodere y disponga de ellos á su arbítrio como dueño propietario, y se eviten las discordias que de la falta de proindivision se originan (1); pues ninguno puede ser compelido á tener contra su voluntad comunion de bienes con otro (2): ni vale el pacto de subsistir siempre en ella (3): ni tampoco debe ser obedecido en esta parte el precepto del testador, porque la perpetua está prohibida por de-

(1) Cap. Ex tenore de Sentent. excommunication. ley In re communi. ff. de servitut. urban. prædior. ley Cum pater, §. Dulcissimis, ff. de Legat. 2. y ley Si non sortem, §. Si centum, ff. de Condition. indebit. Salicet. in leg. fin. Cod. Communi dividund. & in leg. 1. §. Ad hæc, Cod. de Annal. exception. col. 1. Socin. Junior. in leg. Stipulationes, n. 179. ff. de Verbor. obligation. (2) L. 1. tit. 10. P. 5. Ley fin. Cod. Communi dividund. (3) Barbos. in leg. In communione, Cod. Communi dividund. Menoch. consil. 87. n. 77. Cardos. in Prax. verb. Divisis, n. 11. Gutier. de Juram. confirm. part. 1.

recho (1): y nadie puede hacer que las leyes no tengan lugar contra su testamento (2).

2 Para que el contador principiante se instruya á fondo de materia tan basta, escabrosa y delicada, y no se siga perjuicios á los partícipes en la herencia (suponiendo que el testador dexó bienes no solo para pagar sus deudas, sinó para sus herederos, y legatarios, pues quando la herencia está insolvente, no valen legados, porque se deben deducir primero las deudas, ni el heredero detraerá la quarta falcidia (3), por ser primero pagar que heredar,) digo: lo I, que la division, ó particion genéricamente entendida, *es repartimiento que los hombres hacen entre sí de las cosas que les corresponden en comun por herencia de algun difunto, ó por otra razon* (4). Y lo II, que además de las tres acciones que acerca de ella quedan referidas en el cap. 1. n. 107. hay otra que se llama *peticion de herencia*, la qual es universal, mixta de real, y personal, y de buena fé, como la de la division de la herencia, y compete al heredero que la aceptó, y no entró en su goce, y posesion, contra el que la obtiene como heredero, ó solamente como poseedor, á fin de conseguir de éste su total, ó la parte que de ella le corresponde, con sus accesiones, ó frutos (5). Y para proponerla, y deducirla como se debe, se requieren tres circunstancias: 1.ª que el que la intente, sea heredero por el testamento, ó *abintestato* inmediato, (ó mediato, v. g. el heredero del primer heredero) y universal, ó en alguna parte, ó quota de la herencia, y no legatario (6). La 2.ª que la dirija contra el que la posee íntegra, ó particularmente con título de heredero, ó de poseedor (7),

cap. 58. Guerreir. de Divis. lib. 1. cap. 1. n. 21. (1) Ley Hoc judicium, §. Si conveniar, ff. Communi dividund. y ley Nulla 70. ff. Pro socio. Guerreir. ibi n. 22. (2) Ley nemo potest 55. ff. de Legat. 1. Valasc. de Partition. cap. 38. num. 5 Morquech. de Divis. bonor. lib. 1. cap. 2. n. 19. 20. y 21. (3) Ley Creditoribus, ff. de Separat. bono. ley Si universæ, Cod. de Legat. y ley 1. §. penult. ff. Ad Trebel. glos. in leg. fin. §. Et si præfactam, Cod. de Jure deliberand. super parte falcid. (4) Ley 1. tit. 15. Part. 6. (5) Jason n. 186. y Misinger. n. 104. in §. Actionum, Instit. de action. ley 1. ff. de Reivindication, ley Item videndum 18. §. ultim. y ley Et non tantum 10. ff. de Hereditat. petition. (6) Leyes 1. 2. y 3. ff. de Hæreditat. petition. ley fin. Cod. Eod. tit. ley Si quis servum, §. fin. y ley sig. ff. de Legat. 2. Jason en dicho §. Actionum, n. 193. (7) Ley Si hæreditatem, ff. de Petit. heredit. Gom. en la ley 45. de Toro num. 166. Paz tom. 3. §. 11. num. 8. y 9.

pues contra el poseedor con título singular no le compete esta accion (1). Y la 3.ª que en su libelo concluya con la pretension de que el Juez declare ante todas cosas *que es heredero, ó coheredero del difunto, y le pertenece la herencia de éste: y que en su consequencia mande al coheredero, ó poseedor se la entregue con todo lo que la corresponde sin reservacion de cosa alguna, condenándole y en caso necesario apremiándole á ello por todo rigor legal*; pues la accion de peticion de herencia se diferencia de la division de la herencia en que ésta se dá al que posee el todo, ó parte de ella, ó al que no le niega su adversario ser coheredero, y así ha de pedir en derechura su division; pero aquella se concede al que está desnudo de estos requisitos, y la aceptó, por lo que éste debe introducir la solicitud de que se le declare préviamente por heredero, ó coheredero, y que le pertenece como tal la herencia, (pues sin que preceda esta declaracion, no se le estimará parte para pretenderla, respecto negársele la qualidad de tal), y en virtud, y á consequencia de dicha declaracion que se condene á su poseedor á que se la restituya íntegramente con todas sus acciones, ó la parte que le toca, á cuyo fin se divida por contadores; y no necesita individualizar las cosas de que se compone (2).

4 Se ha de pedir la division de la herencia ante el Juez de los herederos, ó ante aquel en cuyo territorio están sitos los bienes de ésta, al modo que los legatarios sus mandas (3); por lo que existiendo de diversos territorios, se ha de solicitar ante el Juez de él, en que esté la mayor parte, y pedirle término para aconsejarse (4). Si fueren herederos de lego los Clérigos, ó los Religiosos que pueden poseer bienes en comun se ha de pedir ante el Eclesiástico, y si fueren Clérigo, y lego juntamente, se ha de distinguir, provocando al juicio divisorio, ú pidiendo la particion el Clerigo, debe acudir al Juez

(1) Ley Hæreditatis petitionem, & ibi DD. Cod. de Petition. hæreditat. Sr. Covar. Pract. cap. 12. n. 2. y 6. (2) Ley 26. tit. 2. Partid. 3. glos. in leg. 1. ff. de Edendo. Sr. Covar. ibi num. 1. Paz. In praxi, tom. 3. de Action. §. 11. Parlador. differ. 112. Gomez en la ley 45. de Toro num. 153 y 154. (3) L. 32. tit. 4. P. 3. L ult. tit. 9 P. 6. Ley unica, Cod. ubi de Hæreditate agi opportet, ley Juris ordinem, Cod. de Jurisdiction. omnium judic. Cum generale, de Foro competent. (4) Ley 1. al medio tit. 6. Part. 6.

lego por la regla de que el actor debe seguir el fuero del reo (1). Y pidiéndola el lego, ha de ser por la misma regla ante el Juez Eclesiástico: y la razon, por que el Clérigo heredero del lego debe ser convenido ante el Eclesiástico por la accion mixta de real, y personal, quando con su causante difunto no se principió el pleyto (2). Bien que el Juez del inventario deberá conocer en todos casos de la particion, como subsidiaria, y connexâ con él, y es lo que se practica.

4 Si el lego fuere heredero de Clérigo, se hacen del heredero los bienes por la aceptacion de la herencia, y así ya no es herencia (3), porque una vez aceptada, pierde el primer nombre, y toma el del aceptante (4); por lo que se ha de juzgar de ella como bienes de lego, y pedir su division ante el Juez secular, pues los bienes toman la qualiddad de su dueño (5). De lo qual se deduce, que si el Clérigo testador rogare al fiduciario que restituya su herencia al incapáz por derecho de obtenerla como indigno, y el fiduciario fuere lego, se ha de aplicar al Fisco, y si fuere Présbitero, á la Iglesia (6).

5 Pueden pedirla todos, y cada uno de los herederos, ó partícipes en la herencia del difunto, ó bienes de la sociedad (7). Lo qual se entiende, siendo mayores de veinte y cinco años, y capaces: pues por los menores, locos, fatuos, pródigos declarados por tales, y demás á quienes está prohibida la administracion de sus bienes, la han de pedir sus curadores, ó defensores, de los que se les debe proveer si no los tienen, con los quales si la pide otro coheredero mayor, se puede hacer, aunque ellos no la pretendan (8).

(1) Leyes citad. y ley Actor, Cod. ubî in rem actio. (2) Sr. Covar. Pract. cap. 8. n. 4. vers. Quarta conclusio. Acev. en la ley 15. tit. 4. lib. 4. Rec. n. 6. Morquech. de Divis. lib. 1. cap 3. n. 5. al 7. (3) Ley Hæreditas, ff. de Regul. jur. y ley Cum hæredes, ff. de Acquirend. posses. (4) Ley 1. §. Veteris, ff. de Acquirend. posses. Menoch. consil. 115. num. 49. (5) Ley Paulus. al fin. ff. de Acquirend. hæredit. Calcan. consil. 45. n. 4. Menoch. consil. 80. n. 30. Morquech. ibi n. 8. (6) Ley Si quis Presbyter, Cod. de Episcop. & Cleric. Paul. de Castr. y Juan de Pratea en las leyes 1. y 2. Cod. de Bonis vacant. Sr. Greg. Lop. en la ley 13. tit. 7. Part. 6. glos. penul. vers. Quod autem. Morquech. ibi n. fin. (7) Ley 2. tit. 15. Part. 6. y los tit. ff. Communi dividund. y Familiæ erciscundæ, y Cod. Communia utriusque judic. y familiæ erciscundæ. (8) Ley Inter omnes, Cod. de Prædiis minor. ley Inter pupillos, ff. de Auctoritat. Tutor. ley Ex castrensi, ff. de Castrens. pecul. y ley Lucius, ff. Familiæ erciscund.

6 Tambien puede pedirla el que pretende ser heredero, ó tener parte en la herencia, ó cosa comun, aunque nada de ella le toque, si la posee, y se hará sin perjuicio de su propiedad. Pero no poseyéndola, si se le niega la qualidad de partícipe, ó coheredero, no se hará con él la division, no obstante que la solicite, y tenga parte en la herencia, porque el juicio divisorio tiene lugar solamente entre los que califican ser herederos, ó partícipes en los bienes que se han de dividir, y no de otro modo; y así ante todas cosas debe pretender en via ordinaria se le declare heredero, y conseguida la declaracion en contradictorio juicio con los demás, será admitido en el divisorio por uno de los partícipes en la herencia, ó cosa que se intenta dividir (1).

7 La particion se puede pedir y hacer á instancia de los herederos presentes, aunque alguno ú algunos estén ausentes; pero el Juez debe comunicarle traslado de la pretension de éstos con término competente, para que acerca de ella exponga lo que le convenga, porque se trata de su interés y perjuicio (2); ó mandar á todos que nombren contadores; y pareciendo no estar notificado el ausente, no ha de proceder en la causa hasta que se le cite, porque toca á su oficio sustanciar el proceso en forma legal (3), y así le ha de proveer de defensor, con el qual se sustanciarán la particion, y sus incidentes; pero ha de constar por prévia informacion no solo su ausencia, sino que no se espera su pronto regreso, ni es fácil que venga, ni envie poder á quien haga sus veces por la distancia (4), pues sabiéndose su fixo paradero, y pudiendo citarle por requisitoria, se debe expedir á este efecto.

8 Si los herederos presentes no hacen mencion del ausente, porque le contemplan muerto, ó por otra causa, ó habiendo muerto intestado el dueño de los bienes divisibles, é ignorándose por este motivo que haya mas coherederos, si la particion se hace sin el ausente, ni defensor en su nombre, no vale en quanto á él, ni por consiguiente le perjudica (5); pero val-

(1) Ley 1. ley Hæres, §. Quantum, ley Si quid contendis 45. ley Fundas, qui dotis 51. ff. Familiæ erciscund. y ley Si quis putans, ff. Communi dividund. (2) Ley De uno quoque negotio, ff de Re judicat. y ley Nam ita, ff. de Adoptionib. (3) Authent. Offeratur, Cod. de Litis contestat. & ibi DD. & in §. 1. Institut. de Offic. judic. (4) Ley 12. tit. 2. Partid. 3.
(5) Ley Cohæredibus, Cod. y ley 2. ff. Familiæ erciscundæ.

drá por lo respectivo á los presentes que la consintieron, los quales cumplirán con dar al ausente quando parezca la parte que le corresponde, y todos tienen pro indiviso (1).

9 Si uno de los herederos presentes no posee al tiempo que el ausente viene, la parte que le cupo, por haberla vendido, ó sido trigo, ú otras especies semejantes que no se pueden conservar mas que tres años, ó ganados que se murieron, ú otros bienes muebles que vendió en baxos precios, y quando el ausente ocurre, valen mucho mas que lo que dieron por ellos, ó que lo que valian al tiempo de la particion, se pregunta, ¿si estará obligado á satisfacer al ausente la estimacion de lo que le toca, ó si no poseyéndola, ó habiéndose muerto, ó consumido, se libertará de su solucion? ¿Si habiéndola vendido en baxo precio, cumplirá con pagar á prorrata de lo que percibió, ó lo que mas vale? Y en caso de exîstir, y tenerla un tercero poseedor, ¿si podrá pedirla á éste, valiendo mucho mas? Y siendo poseedores de buena, ó mala fé los coherederos, ¿si deberán restituir al ausente los frutos respectivos á su parte, ó su estimacion?

10 Y se responde: que si el ausente quiere recibir el precio en que su parte se vendió, puede pedirlo, y exîgirlo del coheredero, porque en este juicio como universal para los interesados, sucede el precio en lugar de la alhaja (2). Pero si resiste su percibo, porque fué poco, ó porque la cosa vendida era raiz, y quiere su parte con frutos, se ha de distinguir: si tuvo buena fé, porque al tiempo de la particion corria la fama de haberse muerto, no estará obligado á satisfacerle mas que el precio que recibió, ya sea el justo, ó menor que lo que vália; y si éste se perdió, ó lo empleó en otra cosa, la qual pereció sin culpa suya, tampoco estará obligado á restituirle mas que el que embolsó, y si nada se utilizó, nada deberá restituirle (3), ni tampoco podrá exîgirla, ni sus frutos del comprador, ni de su heredero, si el vendedor se obligó á eviccion; pero no habiéndose obligado, se la podrá sacar (4). Todo lo qual es contra la regla del derecho, que dice: *la que muestra,*

(1) Dicha ley Coherédibus, vers. Juri absentis, y vers. Ac pro indiviso, y glos. en dicha ley 2. verb. Partiones. (2) Ley Item veniunt 20. y ley Si & rem, & pretium, ff. de Petition. hæreditat. (3) Ley Utrum autem 23. y ley Sed & si 25. §. 17. ff. eod. tit. (4) Dicha ley Sed & si 25.

que cosa que es nuestra, no puede pasar á otro sin nuestra palabra, é sin nuestro fecho. Y parece violento, y repugnante, mayormente no habiendo intervenido culpa, ni hecho del verdadero heredero que viene á recuperarla quando llega á su noticia; pero la ley así lo dispone, fundada en que el poseedor con buena fe de cosa agena se concepúa dueño y señor, con tal que por ella no se haga mas opulento (1).

11 Si tuvieron mala fé los herederos presentes, porque sabiendo que el ausente estaba vivo, y en parage de donde avisándole, podia venir, ó enviar poder, no le avisaron, ántes bien procedieron á hacer sin él la particion, deben restituirle su parte con frutos, entregando éstos, si existen (2); y si no existen, pero podian existir, habiéndolos conservado, volviéndolos en la propia especie, pues no debieron haberlos consumido, ni vendido, por no ser suyos, y en haberlo hecho cometieron hurto (3); lo qual se entiende, excepto que hubiesen tenido causa justa para venderlos, v. gr. pagar deudas de la herencia, ó porque se perdian; pues en este caso estarán obligados únicamente á restituir el precio justo, que al tiempo de la venta tenian. Y si el heredero ausente estimare mas útil recibir el precio, estará en su eleccion pedir una, ú otro (4).

13 Quando los frutos se consumieron, ó vendieron mucho ántes que el ausente solicitase su parte, porque no se podian conservar hasta entónces, y por lo mismo no solo fué útil, sino necesaria su venta, solo estará obligado á la paga del precio, que acredite haber percibido por ellos, no obstante que si se hubieran podido conservar, y conservado, valiesen mas (5). Todo lo qual se debe observar respectivamente no solo en los casos expresados, sino quando hay poseedor de cosa agena con buena, ó mala fé, ya sea reconvenido por accion universal de peticion de herencia, ó por la particular de reivindicacion (6).

13 La accion de division de herencia, ó *familiæ erciscundæ* es mixta de real, y personal (7). Se llama *real* en quanto tiene

(1) Ayor. de Part. part. 1. cap. 5. ex n. 19. al 24. (2) Dicha ley Cohæredibus, Cod. Familiæ erciscundæ. (3) Ley Illud 40 y ley Si possessor 52. ff. de Petit. hereditat. y ley Mala fide, Cod. de Condition. ex lege.

(4) Ayor. cap. cit. n. 25. (5) Leyes Bien veritum, Si possessor, y Illud cit. (6) Bart. in leg. Ex diverso, §. fin. & in leg. Qui restituere, ff de Reivindication. (7) Merq. de Division. Lib. 1. cap. 3. n. 2. Vease de Part. c. 2. n. 3. y §. Quædam, Institut. de Action. & lo Jason glos. 2. n. 14. y sig.

su tendencia á la misma division de las cosas hereditarias; y *personal* en quanto mira á las prestaciones, ó contribuciones personales, que se exîgen con nombre de *lucro*, *daño ó expensas*. De *lucro*, v. gr. si uno de los herederos percibe alguna cosa de la masa comun, pues debe participarla á los demîs (1). De *daño*, v. gr. si por culpa, ó negligencia de un coheredero se irroga, ó sobreviene alguno á las cosas hereditarias, pues debe resarcirlo á los demas proporcionalmente (2). Y de *expensas*, v. gr. si uno de los herederos hace algunas en los bienes de la herencia, las quales por su parte debia hacer, pues se las deben reintegrar los otros á prorrata (3). No solo se llama *mixta* por lo expuesto, sino porque en la cosa comun qualquiera de los partícipes tiene dominio hasta en la mas mínima parte (4); y porque el Juez la puede adjudicar á uno toda (5).

14 La accion de pedir la particion contra el coheredero que posee la herencia no prescribe hasta los 30 años, por ser mixta de real, y personal (6): al contrario, quando los socios, ó herederos exîsten por mas de los 30 ó 40 años en la posesion de las cosas hereditarias, ó comunes, pues entonces ni por este tiempo, ni por otro mucho mayor se prescriben las acciones de division de herencia; ni de las cosas comunes, para que uno de los partícipes esté impedido de provocar á los demás á la division, y así puede pedirla (7); y la razon es: I, porque la prescripcion no se puede inducir de un acto voluntario, qual es el haber permanecido voluntariamente todos, y cada uno en la comunion, y en tener las cosas sin particion (8).

(1) Ley Inter 44. §§. 2. y 3. ff. Familiæ erciscundæ, ley Cod. eod. tit. y §. 4. Institut. de Offic. Judic. (2) Ley Et puto 16. § penult. ley Hæredes 25. §. Non tantum 16. y §. Item culpæ 18. ff. Familiæ erciscundæ, y ley Inter cit. (3) Ley His consequenter 18. §. Sumptum, y ley Hæredes cit. §. Idem juris 13. ff. eod. tit. Guerrer. de Divis. lib. 1. cap. 1. n. 14. al 16.

(4) Ley Si ut certo, §. Si duobus, ff. Commodati, y §. Sic itaque discretis, Institut. de Action. (5) §. Si familiæ, Institut. de Offic. Judic. y dicho §. Quædam ai fin. Institut. de Action. Guerrer. ibi n. 17. Valasc. dicho c. 2. n. 5.

(6) Ley Hereditatem 3. Cod. In quibus causis cessat longi tempor. præscriptio, ley Hæreditatis, et ibi glos. et DD. Cod. de Petition. hæreditat. ley Servum, Cod. Familiæ erciscund. y ley 1. §. 1. vers. Nemo itaque, Cod. de Annal. exception. Ayor. part. 2. quæst. 29. n. penult. y ultim. Valasc. de Part. cap 38. n. 2. y 3. (7) Glos. et DD. in dict. leg. Hæreditatem, et in leg. Servum. la ley Si major, Cod. Communi dividund. Valasc. cap. 38. y n. 3. dichos. (8) Glos. fin. in leg. Solet. ff. de Offic. Proconsul.

Y II, porque por el hecho de poseer en comun, parece que cada uno defiende su derecho, y no se le puede imputar á negligencia, que es una de las causas inductivas de la prescripcion (1).

15 Para que la particion se entienda hecha entre mayores, no se requiere el transcurso de 30 años, basta el de 10 (2); por lo que si los hermanos despues de la muerte de su padre habitan separados por 10 años entre presentes, y 20 entre ausentes, se presume hecha la division de la herencia paterna (3). Lo propio milita quando los coherederos, ó sócios callan por el referido respectivo tiempo: y principalmente, si poseyeron las cosas de la herencia, ó sociedad, pues la posesion, y su taciturnidad inducen la referida presuncion, la qual transfiere en el que pide la division, la obligacion y gravámen de probar que no se hizo, sin embargo de que por ser cosa de hecho, no se presume, y debe probarla quien alega estar hecha (4).

16 Si alguno de los herederos ántes de hacerse la particion vendiere á extraño la parte que le puede caber en la herencia, se ha de adjudicar al comprador, el qual será incluido en el juicio divisorio, como si fuera uno de los instituidos, porque por la venta se transfieren en él activa y pasivamente todas las acciones útiles que competian al coheredero vendedor (5).

17 Lo própio milita, quando por el delito que cometió alguno de los herederos, recae la herencia en el fisco; pues éste se reputa como heredero, y le competen las referidas acciones; y así puede decir de nulidad del testamento; pedir suplemento de legítima, y restitucion por entero; y practicar todo quanto se permite al heredero, porque el que tiene accion

(1) Ley 1. ff. de Usucapion. Valasc. ibi n. 4. y 5. Sr. Olea de Ces. jur. tit. 3. quæst. 6. ex n. 28. Ayllon. ad Gom. lib. 1. Var. cap. 9. n. 17. Guer. de Divis. lib. 1. cap. 1. n. 42. al 46. (2) Glos. en la ley Si mayor. 4. Cod. Communi dividund. et ibi DD. (3) Gom. lib. 2. Var. cap. 11. n. 17. al fin. Mascard. de Probat. conclus. 327. n. 2. Menoch. lib. 3. præsumpt. 60. n. 3. y præsumpt. 131. n. 93. Morquech. de Divis. lib. 1. cap. fin. Valasc. dicho cap. 38. n. 6. Guerreir. ibi n. 48. (4) Morquech. dicho cap. fin. Mascard. conclus. 527. Barbos. in leg. Si mayor. 4 Cod. Communi dividund Guerreir. dichos lib. y cap. 1. n. 49. y 50. (5) Ley 1. tit. Cod. y ff. de Hæredit. vel action. vendit.

para recuperar la cosa, parece que tiene la misma cosa, segun dice el derecho (1).

18 Pero los coherederos pueden retraer (2) por el tanto dentro del término legal toda la parte vendida, si en la herencia hay bienes raices, porque son partícipes y comuneros por tenerlos proindivisos, y lo mas digno atrae á sí lo menos digno (3). Lo mismo procede aunque todos los bienes de la herencia sean muebles (4): y en los derechos y acciones vendidos con las cosas muebles, y semovientes, no existiendo en ella otros bienes; en la comodidad del usufructo por razon de la comunion (5): y tambien en el derecho del censo perpetuo, porque se reputa inmueble (6).

19 De todas las cosas propias del difunto, en que tengan parte sus herederos, y de que está permitido celebrar contratos, se puede hacer regularmente la division; pero si entre ellas hubiere escritos, ó libros reprobados, yerbas, ú otros simples ponzoñosos, se deben quemar, y no partir; y si tiene algunas que robó, ó mal ganó, tampoco se han de dividir, sino restituirlas los herederos á sus dueños (7). Y lo próprio milita si alguno de los herederos dice que son suyas ciertas cosas que señala, pues no se deben incluir en el juicio divisorio (8).

20 Los papeles de la herencia, ya sean honoríficos, ó títulos de sus fincas, ú otros, si los herederos son muchos, deben existir en el que mayor parte tuviere en ella, y dar traslado de ellos á los demás siempre que lo pidan. Si fueren iguales en el haber, han de estar en poder del mas honrado, mas anciano, y de mejor fama, excepto que sea muger, pues aunque esté adornada de estas calidades, no debe tenerlos sino alguno de los varones. Y si fueren iguales en partes, honra, y

(1) Ley Is qui actionem, ff. de Regul. jur. Marquech. de Divis. lib. 1. cap. 10. ex n. 9 hasta el fin. (2) Véase el cap. 10. §. 5. de la 1. Part.

(3) Leyes 6. y 8. tit. 13. lib. 10. Novis. Recop., y ley 7. tit. 5. lib. 9. Nov. Recop. Matienz. en la 7. dicho tit. 5. y lib. glos. 1. n. 48. Tiraquel. de Retract. lib. 1. §. 1. glos. 1. n. 52. Marquech. dicho cap. 10. n. 2. (4) Ley 55. tit. 5. Partid. 5. et ibi glos. 1. y 2. Marquech. ibi n. 3. (5) Sr. Greg. Lop. en dicha ley 55. glos. 2. al fin. Matienz. en las 13. y 14. cit. glos. 3. n. 3. Marquech. ibi n. 4. al 6. (6) Tiraquel. ibi §. 11. glos. unic. n. 3. y 4. Palac. Rub. en la ley 70. de Toro n. 22. Castill. en la 74. verb. Parte en cita: Matienz. en la 7. cit. gl. 1. n. 4. y sig. y en la 13. n. 2. (7) Ley 2. tit. 15. Part. 6. Ley Cetera, §. Si autem, ff. Familiæ erciscund. ley Qui sæpe, §. Veneni, ff. De contrahend. emptione. (8) Ley Si quid contendis, ff. Familiæ erciscund.

en lo demás, han de echar suertes, y quedar en poder de aquel á quien toque, y no queriendo echarlas, se han de depositar en lugar seguro (1). Pero si el testador manda que uno de los herederos á quienes nombra, los tenga, debe tenerlos, ya sea el mayor, ó el menor, dando traslado de ellos ante todas cosas á los coherederos á costa de la herencia, y obligándose á manifestárselos siempre que los necesiten, y lo pidan, porque tocan á todos (2). Se entiende esto quando una finca de la herencia se divide entre todos, ó algunos de los herederos, ó quando en un instrumento, v. gr. de compra, están inclusas muchas, pues en estos casos se observa su precepto, poniendo así en el original como en los traslados las competentes notas; mas no quando de cada finca hay títulos separados, pues entónces se entregan al heredero á quien se aplica, y es lo que se debe practicar.

21 En todos los juicios debe oir el Juez á las partes en via ordinaria, excepto en los casos de alimentos y otros (3), y no estando comprehendido en ellos el de division, ni siendo de poco momento, ni de los que no admiten mora, por irrogarse de ella perjuicio, parece que debe proceder ordinariamente, admitiendo todas las excepciones que los interesados opongan.

22 Se debe con todo distinguir si el sugeto á quien se le pide que haga particion de la herencia, ó cosa comun, niega al que lo pretende la qualidad de heredero, y por consiguiente que tenga derecho á la herencia, se ha de proceder ordinariamente; bien que no se tratará del juicio divisorio hasta que se le declare heredero, sino del de peticion de herencia: y concluido éste, se incohará, ó no aquel, segun sea la declaracion (4).

23 Pero si el demandado confiesa al demandante la referida qualidad, debe proceder sumariamente el Juez, mandando á todos los partícipes que nombren contadores que evacuen la particion, y señalándoles para ello tiempo y lugar; y no compareciendo alguno de los nombrados, que la hagan los que asistan, apercibiendo á las partes por quienes fueron electos, que

(1) Ley 7. tit. 15. Partid. 6 ley *Si quæ sunt cautiones*, ff Familiæ erciscund. y ley fin. ff. de fide instrument. Sr. Greg. Lop. en dicha ley 7. per tot. (2) Ley 8. dicho tit. y Part., y ley Pomponius, ff. Familiæ erciscund.

(3) Ley 3. §. *Secundum*, ff. ad Exhibendum, Ley *Judicis*, 9. ff. de Judiciis, y la Clem. *Dispendiosam* de Judiciis. (4) Ley 1. ff. Familiæ erciscund et ibi DD.

valdrá lo que practiquen los concurrentes, y las parará el mismo perjuicio que si los suyos la presenciáran (1); cuyo estilo se observa en muchos pueblos, bien que la práctica de esta Corte es *hacer saber el nombramiento á los peritos, los quales aceptan el encargo, obligándose baxo de juramento á evacuarlo bien y fielmente segun su inteligencia, sin causar agravio á los interesados*, como lo manda la ley (2): y luego se les pasan los autos de inventario, y demás papeles concernientes, se juntan en casa del mas antiguo, conferencian, acuerdan y resuelven cómo se ha de hacer: la evacua el moderno: y hecha en borrador, la pasa al otro, y no estando conforme, se arregla: y puesta en limpio, se presenta al Juez, el qual comunica traslado de ella á los interesados: (á no ser que la hayan presentado ellos mismos pidiendo su aprobacion), y consintiéndola éstos, se aprueba, y dá á cada uno el testimonio de su adjudicacion, y haber, con insercion de los presupuestos, declaraciones, bienes que se le aplicaron, y sentencia de aprobacion; y si dicen de agravios, los oye en via ordinaria ó sumaria, segun sean.

24 Debe proceder sumariamente el Juez, quando alguna de las partes temiendo se la aplique la cosa que está tasada en mucho mas que lo que vale, ó sabiendo que se valuó en mucho ménos, por aplicarla al coheredero, le pide deshaga el agravio, reduciéndola por sí á lo justo, ó mandando se vuelva á tasar por nuevos peritos que elijan (pues no debe admitir excepciones dilatorias y maliciosas, sino atendida la verdad, deferir á lo solicitado); porque este incidente no perjudica al negocio principal. Y este es el modo de que con mas equidad y prontitud se expida el artículo de tasacion, como dice el derecho (3).

25 Lo mismo procede en otros incidentes semejantes, v. g. en la recusacion de los contadores despues que principiaron á entender en el negocio: ó quando algun interesado alega que ciertos bienes son suyos, y pide el Juez mande no se incluyan en el inventario, pues acreditándolo sumariamente, debe deferir á la pretension. Pero si hubiese duda, ó se requiriese mas escrupuloso exámen, é indagacion, se reservará, para oir á las partes en via ordinaria (4). En cuyos artículos, ó incidentes co-

(1) Ayor. de Partition. part. 1. cap. 5. n. 5. (2) Ley 2. tit. 21. lib. 10. Nov. Recop. (3) Ley 10. tit. 15. Part. 6. Ley ad Officium, Cod. Communi dividund. Ayor. dicho cap. 5. n. 6. (4) Ley 3. ff. Ad exhibendum, y ley

mo que no causan perjuicio irreparable, no debe admitir apelacion de lo que profiera, por ser frívola y dilatoria (1), para evitar de su admision se eternice el juicio divisorio (*a*).

§. II.

De los Contadores, su oficio, facultades y reglas que deben observar para hacer con justificacion la particion y adjudicaciones.

26 Ventilados y definidos los referidos incidentes, si los hubiere, deben las partes elegir Contadores-partidores, que entre ellas dividan la herencia. Estos deben ser diversos de los tasadores, ó apreciadores de bienes, y perfectamente inteligentes, no solo en cuentas, porque el error material de cálculo se puede facilmente enmendar, y salvar por medio de una declaracion ó prevencion, sino tambien en los puntos de derecho, de los que, como que es lo mas dificil, procuraré dar idea con la claridad que pueda; pues de no concurrir simultanea y copulativamente en ellos ámbas circunstancias, se exponen á que por su impericia se fomenten costosos pleytos, y se iroguen imponderables perjuicios á los interesados; por lo que en esta Corte solo los Abogados pueden hacer particiones judiciales, segun el auto del Consejo de 11 de Abril de 1768. Y asimismo deben jurar en los términos expuestos en el n. 23. al modo que los Jueces árbitros, y tasadores, ante el Escribano originario, ó de diligencias de la testamentaría, y así se practica.

27 Las personas á quienes por derecho se permite comparecer en juicio, tratar y contratar, todas pueden ser electas para hacer particiones, porque es acto extrajudicial (2); bien que su parecer se ha de presentar al Juez, para que lo apruebe, y mande cumplir, siendo arreglado. De lo qual se prueba que el

Ille, à quo, §. Si de Testamento, ff. ad Trebellian. (1) L. 13. tit. 23. P. 3. L. 9. tit. 12. lib. 5. leyes 22. y 23. tit. 20. lib. 11. Novis. Recop. Cap. Non solum, y c. Cum appellationibus frivolis de appellation. in 6 Clementin. Sæpe de Verbor. signification. Ayor. dicho cap. 5. n. 8. y 9. (2) Ley Instar. 2. Cod. de Jure fisc. Ayor. part. 1. cap. 4. num. 2.

(*a*) Se persuade que aunque no deba admitirse la apelacion, ha de entenderse en el efecto devolutivo, pero no en el suspensivo, pues se permite y puede seguir la causa ante el Superior.

menor de 25 años, si tiene 18 podrá ser Contador, respecto á que no teniendo curador, puede contar por sí, y ser procurador para negocios extrajudiciales (1): y asimismo exercer jurisdiccion delegada (2). Y lo própio digo del infame por derecho (3), en quanto á ser Contador.

28 Los que se nombran para Contadores no pueden ser compelidos á aceptar el encargo de tales, si no quieren; pero una vez aceptado, los puede apremiar el Juez á que lo evacuen, porque lo que al principio es voluntario para su admision, se constituye coactivo y obligatorio segun derecho para su evacuacion, despues de admitido (4) (*a*).

29 Tampoco pueden recusarlos las partes que los eligieron, sino por causa justa superveniente probada ante Juez ordinario, ó superior del recusado: pues no basta el juramento solo de tenerlos por sospechosos (5). Pero siendo nombrados por el Juez de su motu própio, se les puede recusar como á éste con el juramento referido, sin necesidad de expresar, ni justificar causa; y admitida en ámbos casos la recusacion, se les removerá en el todo del conocimiento del negocio, y no continuarán en él, ni se les dará acompañado, ántes bien se nombrará otro en su lugar (6), como se practica. Y siendo diputados públicamente para este ministerio, se debe observar en su recusacion lo que acerca de los tasadores públicos expliqué en el cap. 1. de este lib. n. 120., porque milita la misma razon, y así debe obrar la própia disposicion legal.

30 Las causas porque pueden ser conceptuados por sospechosos, y por consiguiente recusados; son: grande enemistad, ó motivo de tenerla, nacida despues del nombramiento entre el nominado y el nominador: el haber contraido afinidad con la parte contraria, ó sucedido en su herencia, ó sido ordenado *in*

(1) Ley Si curatorem habens, Cod. de In integrum restitution. et ibi DD: ley Exigendi, Cod. de Procurator. y cap. Qui generaliter, §. fin. de Procurator. in 6 (2) Ley 3. tit. cit. nov. Recop. (3) Ley Pædius, ff. Recept. qui arbitr. et ibi DD. Ayor. dicho cap. 4. num. 3. (4) Ley Labeo ait 3. §. fin. ff. de Recept. qui arbitr. et ibi glos. Ayor. ibi n. 4. Reg. 21. y 23 in sexto de las Decretales. (5) Glos. et DD. in leg. Apertissimi, Cod. de Judic. Guerreir. de Recusation. lib. 2. cap. 10. num. 24. Cevtad. decis. 18. n. 6. y 23. Ayor. ibi n. 14. (6) Ley Apertissimi, et ibi DD cit. Ayor. ibi num. 15.

(*a*) No obstante que se mande y sean apremiados a evacuar el encargo, no se les puede privar de audiencia, alegando justa causa.

sacris, ó desterrado, ó preso por delito, ó enfermado, ó ausentádose por largo tiempo, y otras á arbitrio del Juez docto y prudente (1).

31 Si el hermano, primo ó cuñado de la parte que le nombra, podrá ser recusado por la contraria, lo disputa Ayora (2), y concluye con que el Contador nombrado puede serlo por las causas expresas en derecho, porque tiene jurisdiccion para pronunciar, y adjudicar los bienes hereditarios, y en esto puede agraviar; pero que los nombrados para formar cuentas de tutores, administradores, compañías y otras personas semejantes, no pueden serlo, porque carecen de jurisdiccion, y solo tienen facultad de dar sus pareceres, y remitirlos al Juez, á fin de que sentencie y determine.

42 Sin embargo, como ninguna ley hace mencion de estos contadores de particiones, por lo que se debe recurrir á las que tratan de los árbitros en qualquier duda que ocurra sobre ellos; distinguiendo si los contadores fueron electos como Jueces árbitros, y arbitradores, ó amigables componedores, y para ello precedió compromiso de las partes con las facultades de que diesen á la una, y quitasen á la otra á su arbítrio, y con pena convencional; porque entónces podrán ser recusados por las causas, por que pueden serlo los árbitros en los casos, y con arreglo á derecho, porque tienen jurisdiccion, y pueden agraviar: y para ser oida la parte que se dice agraviada, sobre el agravio, es preciso que deposite la pena, y apele ó pida reduccion dentro de los 10 dias legales. Pero faltando el expresado requisito, no: porque por mas autoridad que se les atribuya, y quiera conceder, no se extiende á mas que á un parecer ó dictamen, que con nombre de peritos dan segun su inteligencia, el qual como no es exêquible, miéntras el Juez no lo apruebe, y el agraviado en caso de apelar, no constituye la fianza prevenida por nuestro derecho (3), no tiene vigor de sentencia; pues no siendo Letrados estos peritos, no pueden ser nombrados para artículo que consista en derecho, ni para otra cosa que puedan deter-

(1) Ley Filiosfamilias, §. fin. y leyes sig. ff. de Procurator. ley Non distinguemus, y ley Sanct. ff. de Recept. arbitr. Jason in leg. Apertissimi cit. Ayor. dicho cap. 1. n. 15. Guerrer. de Recusat. lib. 4.: Vease el lib. 3. §. 12. del juicio ordin. (2) De Parcit. part. 1. cap. 4. n. 19. en las palabras *Restat nunc videre.* (3) Ley 5. y nota 1. tit. 17. lib. 11. nov. Recop.

minar por el proceso, sino para lo que consiste en cuenta, tasacion ó pericia en arte ú oficio, como lo manda la ley (1); y si hay algun punto obscuro ó duda de derecho, lo deben consultar y proponer al Juez para que lo resuelva con audiencia de los interesados ántes de proceder á formar la particion; y así pueden éstos agraviarse del dictámen de aquellos, en uso del traslado que de la particion se les debe comunicar, con tal que no la consientan ántes; pues el traslado es para que en su vista se conformen con ella, ó expongan ante el Juez ordinario los agravios que contenga, y pidan se deshagan, y no para otro efecto: sobre lo qual si el agravio consiste en hecho, se les debe oir en via ordinaria, como se practica. De las causas por qué se pueden impugnar las particiones, trataré en el capítulo 9. del lib. 2. §. 1.

33 Como del justo y arreglado arbítrio del Juez depende el juicio de la division, segun lo dice la ley 10. tit. 15. Part 6. *Poderío ha el Juez ante quien pidieren la particion los herederos de la mandar facer en la manera que él entendiere que será mas guisada, é mas á pro dellos*, y se prueba de otros textos (2): parece que si los contadores nombrados por las partes discordan podrá segun derecho (3) apremiarlos á que elijan tercero en discordia.

34 Aunque en esto no cabe duda, se ha estimado útil, y se practica en esta Corte, que el Juez lo nombre de oficio, para evitar las contiendas y discordias que acerca de la eleccion se podrian suscitar entre ellos; y aunque de los tres se conformen los dos, no se dexa de comunicar traslado á las partes para que consientan la particion, ó digan de agravios, del mismo modo que si el tercero no hubiera sido electo, y se les oye en via ordinaria; porque el Juez no puede proceder sumariamente sino en los casos expresos en derecho, y el tercero no sale de la esfera de un perito como los demas. Y una vez propuestos los agravios, no debe aprobarla, ya se conformen dos de los tres, ó todos discorden, formando cada uno su particion, porque no la hay hasta oir plenamente las par-

(1) L. 1. tit. 21. lib. 10. Nov. Recop. (2) Ley Ad officium, Cod. Communi dividund. y ley antepenult. ff. Familiæ erciscundæ. (3) Ley 29. tit 4. Part. 3. ley Item si unus 17. §§. 6. y 7. ff. de Recept. qui arbitr.

tes; y así cesa quanto Ayora (1) y otros se fatigaron en exponer acerca de esto, pues con vista de las probanzas que hagan, si los agravios consisten en hecho, y de los fundamentos que aleguen, proferirá su sentencia, de la qual podrán apelar en el término de los cinco dias legales, ó consentirla.

35 Quedando viuda la muger sin hijos, é instituyendo su marido por herederos, v. g. á dos ó mas hermanos suyos, ó á dos hermanos, y dos sobrinos hijos de otro hermano, se han de nombrar dos contadores solos, uno por los hermanos y sobrinos del difunto, y otro por la viuda; porque todos los herederos representan á su instituyente, y pretenden una misma cosa, que es la herencia, que éste á vivir, pretenderia, si su muger fuera la difunta, y ésta otro tanto como todos juntos de lo ganado miéntras dure el matrimonio.

36 Pagada la muger, si la parte de los herederos quedase sin distribuir, y quisieren repartirla entre sí, nombrará cada hermano su contador, y los sobrinos otro solo, porque éstos no representan mas que una persona, que es la de su padre, y como que han de heredar *in stirpem*, (esto es por representacion) y no llevar todos mas que cada uno de sus tios, que sucede *in capita*, porque lo mismo llevaria su padre, si viviera, se estiman por un heredero: (bien que sobre este modo de heredar en virtud de testamento hay su limitacion, como expondré (2): y lo própio milita en la sucesion abintestato (3). Y si en uno y otro caso quisieren conformarse en un solo contador, por evitar discordias y gastos, como en esta Corte se practica, y lo tiene mandado el Consejo, pueden hacerlo, porque ninguna ley se lo prohibe.

37 Una cosa es liquidar el caudal partible, y dar dictámen acerca de la quota, ó suma que á cada uno toca por sus derechos, lo qual se llama con propiedad *liquidacion*: y otra hacer pago de esta quota con los bienes de la herencia, que esto es, y se llama *distribucion* y *aplicacion*, ó *adjudicacion*; y por lo tanto se duda si estos contadores ó el Juez pueden ó no adjudicar á los herederos los bienes que les parezca. Y en caso que para ello estén autorizados, y tengan facultad, ¿si podrán ser impelidos á hacer las adjudicaciones? Y disolviendo estas

(1) Cap. 4. part. 1. n. 5. al 8. (2) Lib. 2. cap. 7. num. 65. (3) Ayor. part. 1. dicho cap. 5. n. fin.

dos dudas, digo que el Juez á su arbitrio puede hacer las adjudicaciones á uno entera ó particularmente, y condenarle á que entregue en dinero al coheredero su parte, si la cosa no tiene cómoda division, y aplicar tambien los demás bienes segun su valuacion, ya estén bien, ó mal tasados (1). Y la razon de lo primero es, porque el derecho le autoriza para ello, por evitar disturbios entre los interesados, y que con ellos consuman la herencia; y de lo segundo, porque el juicio divisorio no es para conocer de la justicia ó injusticia de la tasacion, ni el Juez es perito en este arte, sino para liquidar el caudal partible, y aplicar los bienes de la herencia por los precios en que estén valuados, lo qual es muy diverso; pues para aquello es el juicio de inventario, en el qual ántes de llegar á la division se han de proponer y deshacer los agravios que haya en las tasaciones; á cuyo fin se comunicarán los autos á los interesados, si quieren tomarlos, ya las hayan presenciado, ó no.

38 Los contadores parece no podrán hacer las adjudicaciones por defecto de jurisdiccion para pronunciar, y que solamente tienen facultad para dar su dictámen, y exponerlo al Juez, á fin de que pronuncie. No obstante, digo que pueden hacer la adjudicacion de los bienes que no admiten cómoda division, segun expresamente lo dice una ley y otros textos (2), y tambien la de los demás bienes por sus precios; porque por el hecho de nombrarlos las partes, es visto darles comision para todo; y lo mismo el Juez que se conforma con su nombramiento; por cuya conformacion les subroga su facultad en quanto á la práctica de la liquidacion y aplicacion, y así valdrán las adjudicaciones.

39 Y como porque parece propension natural y característica de todos los herederos, regularmente el que lo quieren cada una uno todo para sí, ó lo mas florido, y todo les parece poco, ó lo peor, para que el contador partidor proceda con justificacion en las adjudicaciones y en la particion, y por su impericia no se concilie el ódio de los herederos ó socios, ni sea

(3) Ley Ad officium 3. Cod. Communi dividund. ley Si familiæ 55. ff. Familiæ erciscund. ley fin. tit. 15. Partid. 6. y §. Si familiæ erciscund. Instit. de Offic. Judic. Ayor. de Partition. part. 3. quæst 5. (2) *L. In judicio familiæ erciscundæ* 47. *ff. Familiæ erciscundæ.* Ley Si qua 7. Cod. Familiæ erciscund. Ley Mœvius 52. §. 2. ff. eod. tit. y ley penult. ff. de Confes. Ayor. dicha q. 5.

causa de discordias y pleytos entre ellos, debe no perder de vista, ni echar al olvido las catorce reglas ó advertencias siguientes. La I, que observe igualdad y proporcion no solo en quanto al número, quota ó cantidad que á cada interesado corresponda, sino al valor y estimacion, qualidad y bondad de las cosas que le aplique: de modo, que no adjudique á uno lo florido, y á otro lo malo á uno lo redituable y fructífero, y á otro lo infructífero, sino á todos proporcionalmente, (pudiendo ser) segun su respectivo haber de todas clases, y en cada una de bueno, mediano, ínfimo, fructífero, infructífero, exêquible, dudoso, incobrable, mueble, raíz, semoviente, &c. (1) y si hay cosas ó géneros venales, guarde con ellos la misma proporcion, atendiendo á su buena, mediana ó poca salida, y no precisamente á su valor, á cuyo fin se informará de prácticos en su comercio, y los dividirá en tres clases, pues con los de mayor consumo se hace mejor negocio, porque se compra y vende mas veces, y quantas mas se emplea el dinero, mas lucro se adquiere; por lo que todos deben participar proporcionalmente de todo. Advirtiendo que si los agravia, y en contradictorio juicio no son oidos los agraviados, se debe deshacer el agravio, y el Juez reducirlo á alvedrío de buen varon con su audiencia, ántes que apruebe la particion (2). Pero si fueron oidos y condenados, y se confirmó la sentencia condenatoria, ó no apelaron de ella, y se pasó en cosa juzgada, deben observar en todo la particion, ya sea hecha extrajudicialmente por los interesados, y presentada al Juez para su aprobacion, ó judicialmente (3).

40 La II regla es, que si en alguna de las fincas divisibles tiene parte uno de los interesados ó herederos, ya sea por haberla comprado ántes, ó por habérsele legado, donado ó adquirídola por otro título, le prefiera en la adjudicacion de su total, pues debe I la prelacion á los coherederos por la mayor porcion que en ella le toca, y cumple con consentir que á éstos se reintegre en otras equivalentes, ó en dinero de las suyas: y si algunos tienen comunion en ella, debe ser preferido el que mas parte tenga, al que no tiene tanta (4).

(1) Ley Si probatum. Cod. Communi dividund. Barbos. in leg. Ad officium, Cod. eod. tit. n. 5. Boet. decis. 46. n. 7. Guerreir. de Divis. lib. 2. cap. 14. n. 23. 24. y 41. al 46. (2) L. 3. Cod. Communia utriusque judicii. (3) Ayor. de Partition. part. 3. quæst. 6. y 7. (4) Ley Sancimus, §. Ne autem, Cod. de Donation. ley 2. Cod. Quando, et à quibus, ley 2. Cod. de

41 La III es, que si los sócios, ó herederos hicieron algunos pactos permitidos acerca de la division de la herencia, ó bienes de la sociedad que contraxeron, los observe exâctamente, sin tergiversarlos, ni alterarlos total, ni parcialmente, mirando siempre á la utilidad comun de todos, y no á la del uno solamente, pues aquella es preferida á ésta; por lo que á este fin los igualará con dinero, si de otra suerte le es impracticable (1). Lo mismo practicará quando los cónyuges los hubieren hecho en los contratos nupciales, pues siendo justos, se deben cumplir; y en quanto á la adjudicacion de bienes á la muger, ó á sus herederos para el reintegro de su dote, tendrá presente el instrumento dotal, y lo que explicaré (2).

42 La IV, que si alguna cosa inmueble, ó raiz de la herencia, ó sociedad que tiene cómoda division, se reparte entre todos los interesados, ó entre algunos, no sea saltuariamente: quiero decir, que no les consigne sus porciones separadas, v. gr. una al principio, otra al medio, y otra al fin, sino unidas, y continuadas en quanto sea posible (3).

43 La V, que si alguno de los partícipes posee un fundo junto á otro de la herencia, ó parte de él, le aplique el de ésta, pues debe ser preferido á los demás, porque así lo exîgen la razon, equidad, y buena fe, y lo dicta el prudente arbitrio de buen varon, y en las divisiones se debe atender á la contiguidad, ó inmediacion. Y lo própio milita quando el difunto dexó muchos fundos juntos; pues no se debe proceder saltuariamente en su division, sino aplicar unidos á cada uno los que le quepan (4) (*a*).

de Metall. Valasc. consult. 53. y de Partition. cap. 22. n. 3. Wald. de Fratrib. part. 11. n. 19. Fontanel. de Pact. part. 2. claus. 3. glos. 9. n. 82. Michalor de Fratrib. part. 3. cap. 38. n. 24. Morquech. de Divis. bonor. lib. 2. cap. 10. n. 7. Guerreir. de Divis. dicho lib. 2. y cap. 14. n. 21. y lib. 6. cap. fin. n. 31. (1) Ley Judicem 21. ff. Communi dividund. ley Actionis, §. Labeo, y ley Item quamvis, §. fin. pro socio. Michalor, dicho cap. 38. n. 27. Felician. de Societat. cap. 39. n. 92. Mendez de Castr. in Prax. lib. 3. part. 1. cap. 3. n. 2. Guerreir. dicho cap. fin. n. 33. y 44. lib. 6. de Divis. (2) Lib. 1. cap. 3. n. 6. y sig. (3) Ley Venditor 36. y ley penult. § fin. ff. de Action. empt. Felician. ibi n. 93. y 94. Michalor ibi n. 26. y 30. Guerreir. dicho cap. fin. n. 26. y 29. lib. 6. (4) Dichas leyes Venditor, y penult. y ley 2. Cod. de Metall. Michalor ibi n. 25. Fontanel. de Pact. part. 2. claus. 4. glos. 9. n. 40. Guerreir. dicho cap. fin. n. 27. y 28. y lib. 2. cap. 14. n. 21. y 22. Valasc. de Partition. dicho cap. 22. n. 19. Morquech. lib. 2. y cap. 10. dichos n. 8. Capic. decis. 42. y 420.

(*a*) Quando se venden las cosas de patrimonio ó abolengo, y el pariente

44 La VI, que si fuere indispensable dividir entre mucho la cosa ó fundo comun, en que todos hayan de tener servidumbre, no se adjudique á unos las de sus partes por las de los otros (1); pues ninguno de ellos está obligado á dar paso al otro para el suyo, aunque no tenga entrada por otra parte, excepto que así lo pacten expresamente (2). Y lo própio milíta para con el vendedor respecto del comprador; ya sea rústico, ó urbano el predio (3). Pero si de otra suerte no pudiere hacerse la adjudicacion; (v. gr. tres hermanos, que poseen una casa compuesta de tres solares, y á cada uno se aplica su solar, porque así lo quieren, y para usar del suyo el del superior, como quando los poseía todos el padre comun, es preciso pasar por el del interior) y en este caso debe dexar reservada expresadamente en las de todos la servidumbre para estos, de suerte que ninguno pueda impedir al otro el tránsito, ántes bien lo tenga franco, y expedito, como si fuera único dueño, y poseedor de todos tres (4).

45 La VII, que aplique á cada interesado las alhajas, ó fundos íntegros, y separados para evitar su discordia de la proindivision: bien que á veces se ha de permitir á todos el comun uso de alguna, si por algun motivo no se puede dividir, ni estimar, ó apreciar de otro modo, ni los interesados quieren que se venda, v. gr. si dos de estos tienen dos casas contiguas, y para entrar en ellas un portal del uso de ambas; pues no admitiendo division cómoda éste, no habrá lugar á su estimacion, porque uno de los dos, vendido el portal al otro, si le falta la entrada por él á la suya, se verá en la precision de venderla en baxo precio, en lo que será gravemente leso: por lo que debe quedar indiviso el portal, y no corromperse con título alguno la substancia de la cosa (5).

mas cercano del vendedor concurre á retraerlas, *segun la ley 24. de Toro*, son preferidos el Señor de directo dominio, el superficiario, ó el que tiene parte en ella, por ser comun, al pariente, y esto por igual razon afianza quanto queda manifestado sobre la prelacion.

(1) Ley Via constitui 23. §. Quæcumque 3. ff. de Servitutib. prædior. rusticor. (2) Ley Item Labeo 22. ff. Familiæ erciscund. Bart. in leg. Via constitui, §. fin. ff. de Servitut. rusticor. prædior. Boer. decis. 322. Parlador. differ. 81. n. 6. (3) Ley In vendendo 66. ff. de Contrahend. emption. Cœpol. de Servitut. rusticor. prædior. cap. 38. n. 2. Parlador. ibi n. 7. (4) Wad. dicho n. 9. Felician. de Societat. dicho cap. 39. n. 103. Socin. lib. 1. consil. 139. Guerreir. dicho cap. fin. n. 22. al 25. lib. 6. (5) Ley Arbor 19. §. de Vesti-

46 La VIII, que en la division se atienda á lo mas cómodo y útil (1); quiero decir, que si la cosa no la admite cómoda, se aprecie, y cabiendo á uno de los partícipes, se le aplique íntegra, y si no le cabe, que entregue en dinero el exceso (2): y no entregándolo, siendo raiz la finca, que se quede á censo reservativo con hipoteca especial sobre ella, obligándose á pagar al consocio, ó coheredero los correspondientes réditos, hasta que lo liberte, y redima; lo qual se practíca así, para observar igualdad, y compensar al coheredero el daño que le irroga la mora de aquel á quien se aplica la finca productiva, por no ser justo que el uno se esté utilizando de los frutos, ó producto de la parte del otro, y éste carezca de ellos, y de la finca que los produce (3). Y se dice no permitir cómoda division, quando por dividirse vale mucho ménos, y pierde la estimacion que unida tiene (4): ó se hace la division por injuria de otro, y en otros casos semejantes, en los quales si todos quieren dar por ella su valor, debe ser preferido el que tenga mayor parte, y si ninguna tiene, el que posea otra contigua, segun queda expuesto (5). Y en quanto á si el heredero á quien se adjudicó su parte en dinero, deberá usuras el coheredero que la retiene, hasta que se la entregue, véase á Guerreiro (6).

47 La IX, que la estimacion, ó aprecio que se haga de la cosa que no admite division cómoda, sea de toda ella, y no de la parte que á cada partícipe se asigne separadamente, porque llegado el caso, y precision de venderse, mejor se vende á uno, ó á muchos el todo, que pedazo á pedazo (7); á mas de que unas partes ya por su calidad, ya por otro motivo suelen ser mas útiles que otras. Si la cosa se tasó íntegra, como el

bulo, ff. Communi dividundo. Fontanel ibi n. 72. Felician. ibi n. 95. Guerreir. dicho cap. fin. n. 32. y 50. lib. 6. (1) Ley Non amplius, §. Cum bonorum, ff. de Legat. 1. & ibi glos. (2) Dicho §. Cum bonorum, ley Stichum, ff. de Solutionib. y ley 2. Cod. Quando, & à quibus. Wald. ubi supr. n. 19. y 22. Michalor ibi n. 22. Fontanel. ibi n. 95. Capic. decis. 36. Guerreir. ibi n. 34. al 36. (3) Alex. consil. 69. Lap. in leg. Curabit, Cod. de Action. empti. Guerreir. de Divis. lib. 8. cap. 21. per tot. (4) Fontanel. glos. 9. claus. 4. part. 2. n. 76. Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 56. n. 6.

(5) Fontanel. ibi n. 78. y ex n. 80. al 125. Michalor. de Fratrib. dicha part. 3. y cap. 38. n. 23. Angul. de Meliorat. in leg. 4. glos. 8. n. 1. Guerreir. dicho cap. 13. ó final, n. 34. al 39. lib. 6. (6) De Divis. lib. 8. c. 21.

(7) Ley 1. Cod. Communi dividund. Guerreir. dicho cap. fin. n. 42.

precio de ella fué con atencion á lo bueno, mediano é ínfimo, se causa perjuicio, pues no habrá quien tome lo ínfimo, y mediano, y no faltará comprador para el todo uno con otro: y si no se hubiere valuado así, una el contador todas las porciones, y apliquelas á uno, de suerte, que en él quede íntegra la alhaja por el total de su valor, y no cabiéndole, observe lo explicado en la regla VIII.

48 La X, que no se use de la venta, ó almoneda de la alhaja excepto que no pueda evitarse (1); pues así como quando no permite cómoda division, se puede usar de ella, segun diré en el §. siguiente: por el contrario, permitiéndola, se ha de asignar en ella á cada partícipe su porcion, respecto no puede ser compelido en este caso á recibir contra su voluntad el importe de su valor, ó estimacion (2); porque lo que se divide, es la alhaja como de la herencia, y no el dinero que no dexó el difunto; y así solo en el caso de no haber otro arbitrio, se ha de usar de la venta para igualarse con él.

49 La XI, que en la division entre el supérstite, y herederos del difunto haga separacion de los bienes que conste llevaron á su matrimonio, ó durante éste heredaron, ó retrageron por derecho de sangre: ó trocaron por otros: ó compraron con su mismo dinero, ó con lo que produxeron los própios que para comprarlos vendieron, y si exîsten, se los aplique, y no al cónyuge, ó consocio, ni á sus herederos, dándoles otros en su lugar; porque aunque durante la sociedad son comunes, y en todos, y cada cosa tienen todos el dominio proindiviso para usufructuarlos; respecto deberse hacer la particion con equidad y buena fe (3) (*a*), exîgen éstas que cada uno goce, y

(1) Fontanel ibi n. 38. Valasc. consult. 114. n. 8. Guerreir. de Inventar. lib. 2. cap. 3. per tot. (2) Ley 1. Cod. Communi dividund. Michalor. ibi n. 32. Felician. ibi. n. 87. Guerreir. dicho cap. fin. n. 41. al 43. lib. 6. (3) §. Quædam, Institut. de Action. Michalor, dicho cap. 38. n. 18. y 19.

(*a*) Dícese por el Licenciado Don José Marcos Gutierrez, que es falso este aserto, de que *en todos, y en cada cosa tienen los Cónyuges el dominio proindiviso para usufructuarlo*; si afirma que mas abaxo se confiesa que cada consorte conserva el Señorio de sus própios bienes, no puede notarse de falso, porque la expresion de que *es para usufructuarlos*, demuestra que si es para este fin solo, no cabe la própia significacion de la palabra *dominio*, pues se compone mal el ser Señor, y usufructuario, é implica semejante asercion, á vista de que el usufructo es servidumbre, y en cosa agena, y no puede exîstir en lo que es mio própio, y lo que la cosa produce,

posea los que adquirieron sus causantes, ó se subrogaron en su lugar, mediante conservar su dominio especial, y no se contriste de ver que los lleva, y disfruta un extraño, pues no se comunican como los gananciales al otro cónyuge (1); y lo mismo debe practicar con los muebles del uso privativo del supérstite, y herederos por la própia razon. Y si las cosas mismas que uno de los cónyuges llevó al matrimonio, no exîsten, y hay otras de igual especie, bondad y calidad, se las aplicará, ó á sus herederos, pues habiéndolas, tiene derecho á recuperar en ellas el fondo que puso, como subrogadas en su lugar; ninguno compete al consocio porque no se le comunica su dominio; y es justo que se practique así para que no se le deteriore su condicion, por beneficiar á su socio. Bien que así como tiene derecho á que se le entreguen las exîstentes, no debe resistirse á tomarlas, si se le aplican, aunque no le acomoden, por el precio que entonces se les dé. Lo própio milita quando el marido con el dinero dotal, y con voluntad de su muger compró alguna finca (2), é igualmente entre hijos de dos, ó mas matrimonios, quando su padre, ó madre premuertos dexaron algunos bienes conocidos adquiridos constante el suyo, que exîsten proindiviso; pues la parte que tocaba al premuerto, y llevaria si viviera, se les debe aplicar con su aumento intrínseco (como que le representan, y ocupan su lugar), y no á sus medios hermanos, padrastro, ni madrastra, en la particion que se haga por muerte del supérstite. Todo lo qual se entiende, excepto que intervenga convencion contraria de los interesados mayores de 25 años, ó motivo grave obstativo de practicarlo así.

50 La XII, que si en la herencia hubiere derechos incorporeos, v. gr. censos, juros, efectos, jurisdicion, servidumbres, &c. divida sus capitales, y pensiones con la misma equidad, y proporcion que queda expuesta; y si los derechos no

es del mismo á quien pertenece en posesion y propriedad, de lo qual no puede dudarse segun notorios principios de derecho, tiene el consorcio entre marido y muger tal prerrogativa por deberse estimar por una la voluntad de los dos, que no es opuesto decirse es de ámbos lo que es própio de cada uno, y mas atendiendo el objeto ó fin que se propone.

(1) Cap. 4. n. 7. de esta II. Part.: Mendez de Castro, in Prax. Part. 1. lib. 4. cap. 3. n. 3. Guerreir. dicho cap. fin. n. 52. al 54. (2) Cap. 3. n. 26. al 28. de este lib. y cap. 4. n. 13. al 15.

se pudieren dividir, se dividirán sus frutos, y pensiones, ó réditos (1). Advirtiendo que el uso, ó comodidad de la jurisdiccion se ha de dividir á prorrata, del haber de cada uno (2), y el de la servidumbre por tiempos (3). Pero el señorío, y jurisdiccion como cosa honorífica, y que por lo mismo, y ser la muger el fin de la familia, es justo continúe en el varon, se aplicará á éste, y se dará otra cosa equivalente á la muger, excepto que el testador mande lo contrario, ó los partícipes se convengan de otra suerte. Y lo mismo se practicará con el Patronato, ú otro derecho, ó regalía de honor.

51 Por lo tocante á las deudas á favor del caudal ha de hacer su aplicacion, y distribucion, de modo que á ningun partícipe en la herencia, ó sociedad perjudique, por gratificar, ó beneficiar al otro, pues aunque por derecho están divididas entre ellos (4), y sin dividirlas se dividen, por lo que se dice que no vienen al juicio divisorio (5): no obstante, debe adjudicar á cada uno el débito íntegro (6), para que el deudor no se vea oprimido, ni experimente vexaciones con muchos juicios, siendo uno solo el débito. Lo qual se limita, y entiende, excepto que unas deudas sean de difícil exáccion, y otras fallidas, pues de estas dos clases á todos debe aplicar su respectiva porcion en cada una, para que á prorrata sufran la pérdida, y gastos de cobranza; bien que lo mas útil á todos, y seguro es, que uno se encargue de su cobranza, ó que elijan un cobrador, y segun se cobren las repartan, con lo qual sufren todos el perjuicio, y reciben proporcionalmente la utilidad. Y en caso que á uno solo las adjudique queda reservado su derecho, para que lo repita de los demas, y estos obligados á la eviccion, á fin de que le satisfagan las partes que les correspondan así en lo fallido, como en los gastos de cobranza,

(1) Sr. Covar. Pract. cap. fin. Cravet. lib. 2. consil. 318. y lib. 5. consil. 895. Roland. consil. 81. lib. 1. Felician. de Societ. cap. 39. n. 18. Guerreir. de Divis. lib. 3. cap. 7. y lib. 6. cap. fin. n. 21. (2) Boer. decis. 5. n. 2. Alex. consil. 25. n. 4. 5. y 6. (3) Ley Via iter, §. Usus 1. ff. de Servitut. Socin. Junior. in leg. Stipulationes 72. n. 56. ff. de Verbor. obligation. DD. in leg. Eadem 4. §. Cato, ff. eod. tit. Morquech. de Divis. lib. 1. cap. 5. n. 9. y 12. Guerreir. de Divis. lib. 2. cap. 9. n. 33. (4) Ley Ex pacto 26. Cod. de Pact. ley Ea quæ, in nominibus 6., y ley Licet 23. Cod. Familiæ erciscund. (5) Barbos. in dict. leg. Ea, quæ, n. 1. al 7. Valasc. de Partition. cap. 2. n. fin. per text. in leg. Per familiæ 2. §. In hoc judicium, y ley Heredes ejus, §. 1. ff. Familiæ erciscund. (6) Ley Plane 3. ff. Familiæ erciscund.

acreditándolos del mismo modo que si en juicio le quitáran alguna cosa, que como efectiva, y segura se le hubiese aplicado. Advirtiendo, que si pactan que ninguno ha de quedar obligado á ella, no tiene que reservarle, pues todo queda de su respectiva cuenta y riesgo (1). Pero debe tener presente el Contador: I, que si interviene la viuda, ó quien la represente, en la particion, y entró en su matrimonio bienes dotales, ó parafernales, no se la ha de hacer pago de ellos con deudas adquiridas por contratos celebrados por su marido miéntras estuvieron casados, sino reintegrarla de su importe con otros bienes equivalentes, ó dinero; y luego por razon de gananciales aplicarla la parte proporcional que la toque de ellas; pues así por haber llevado bienes efectivos, como por haberse obligado su marido á su restitucion en otros equivalentes, ó en dinero, tiene accion expedita á recuperarlos segun se los entregó, ó él se obligó, y no debe ser compelida á recibirlos en deudas, ó créditos, habiendo alhajas, y fincas de que satisfacerla, ni el contador deteriorarla su condicion, é irrogarla perjuicio: Lo que no perderá de vista para evitar que se agravie de la adjudicacion, y con justo motivo, si hace lo contrario. Y lo II, que si durante la proindivision se cobran algunos créditos, los debe estimar como dinero, porque mudaron de concepto, y naturaleza, y dividirlos como tal entre los partícipes, y en este concepto ponerlos por cuerpo de caudal, aunque estén inventariados como créditos.

52 La XIII, que si hay deudas contra el caudal, y por no estar satisfechas ántes de la division se constituye pagador de ellas á alguno de los interesados, haga á su favor adjudicacion, ó hijuela de su total, y le aplique dinero para su solucion hasta en su importe: y no habiéndolo, bienes, en cuya venta ningun dispendio própio tenga, como es la plata, y el oro por su peso, é intrínseco valor; pues así como el desembolso ha de ser efectivo sin la mas leve disminucion, ni pérdida, deben serlo tambien los bienes que se adjudiquen al que lo haya de hacer, porque de lo contrario se le perjudicará; y respecto estar obligados proporcionalmente todos los partícipes en la herencia á la satisfaccion de las deudas de ésta: ser primero

(1) Ley Si familiæ 14. Cod. Familiæ erciscund. Guerreir. de Divis. lib. 2. cap. 14. ex n. 41. al 48.

pagar que heredan: y no haber herencia hasta que están satisfechas las deudas: deben sufrir del mismo modo el gravámen, obligarse á la eviccion, privarse de llevar lo florido, porque es de los acreedores, y contentarse con lo que les quede bueno, ó malo; y así en quanto á esto no hay atencion á bueno, mediano é ínfimo; pero si no hay plata, oro ni otros bienes, en cuya venta no pueda haber pérdida, se deben vender ántes los competentes al pago de deudas; y en su defecto obligarse los coherederos á satisfacer á prorata al constituido pagador la pérdida, y gastos que en ella tenga, baxada su parte, pues como uno debe concurrir con los demás á proporcion de su haber; y así se expresará en las adjudicaciones, ó por declaracion al final de la particion. Y lo mismo debe practicar si le hace pagador de legados, con la diferencia de que debe aplicarle los específicos, para que los dé á sus respectivos dueños, y no dinero por ellos como quando son genéricos. Advirtiendo que por pagador de deudas se debe constituir al mas abonado, fiel y exácto, y no á todos, con obligacion de acreditar á los coherederos la solvencia de ellas para su resguardo, por ser todos responsables á pagarlas á proporcion de lo que les corresponde.

53 Y la XIV, que por ningun título altere la tasacion de los bienes, modificándola ó aumentándola, ántes bien se arregle á ella para su aplicacion, y distribucion, pues no es de su inspeccion, sino de la de los tasadores; y conforme estén valuados, ha de formar el cuerpo de caudal, y adjudicarlos, para no exceder los límites de su oficio. Por lo que, si entre ellos hubiere diamantes, ú otras piedras preciosas inventariadas por el todo de su tasa: por esto mismo, y no por el tercio, ni entre mitad, y tercio las ha de distribuir, y aplicar; excepto que otra cosa pacten, y quieran los interesados: ó que exîstan algunas de estas que los interesados hayan llevado al matrimonio tasadas por todo su valor, y en el inventario por el intrínseco real, y verdadero que tienen, pues en este caso, ó ha de reducir el primero al efectivo del inventario, ó en su defecto aumentar el exceso al de éste, porque estas piedras no se consumen, ni deterioran, y así no tienen pérdida, por cuya razon, y por no haberse transferido su dominio al consocio, deben volver al [illegible] llevó hallándose en el mis-

mo estado, por el precio en que las puso por fondo de la sociedad conyugal, pues de lo contrario sería damnificado el consorte en el exceso que no era valor verdadero, sino aéreo, ó imaginario. Advirtiéndole lo I, que en la adjudicacion v. gr. de un aderezo, ó de otra cosa que conste de varias piezas, no ha de hacer separacion de éstas, sino aplicarlas todas (como que unidas componen, y constituyen una completa) á un solo partícipe, porque de lo contrario pierde la estimacion que con la union de todas tiene; y si á ninguno cabe, véndase, ó aplíquese segun se convengan los interesados. Y lo mismo se debe practicar por la própia razon con bienes de otras clases que hacen juego, uniformidad, y simetría, pues así lo dictan la justicia, razon y equidad. Y lo II, que si se tarda en hacer la particion, y algunos bienes muebles, ó semovientes padecieron decremento, deberán tasarse nuevamente para evitar perjuicio, lo que hará presente á los interesados á fin de que los hagan valuar, y no aleguen despues lesion en su aplicacion, excepto que no quieran hacer este nuevo gasto.

54 Los contadores pueden ser compelidos á hacer las adjudicaciones, porque una vez que lisa y llanamente aceptaron el encargo, fué para todo, y no para la mera liquidacion; por lo que no queda duda en que deben evacuar plenamente su comision, y no dexarla imperfecta. Pero he visto años pasados executoria del Consejo en contrario, en el caso siguiente: nombraron de conformidad ciertos herederos un contador para que dividiese entre ellos la herencia: liquidó el caudal, y lo que á cada uno tocaba: y conociendo su carácter inquieto, les instó á que se juntasen en su casa á elegir bienes con presencia del inventario: se resistieron, diciéndole que se los aplicase, lo que rehusó, fundado en que ignoraba los que á cada uno acomodaban, y no queria luego publicasen habia procedido con pasion, ó dixesen de agravios de la adjudicacion, y consumiesen la herencia. Viendo ellos su renuencia, se quejaron al Juez, el qual, oído el contador, les mandó juntarse en su casa; de cuya providencia apelaron, y se confirmó por el Consejo (*a*).

(*a*) Con vista de tan justa determinacion no puede dificultarse que pudo muy bien el Contador haberse excusado á llevar á efecto el encargo despues

55 Aunque el Juez ordinario, y el delegado no pueden enmendar, ni revocar su sentencia despues de proferida, y publicada, por estarles prohibido (1), á causa de haber usado de todas sus facultades, y acabádose en aquel juicio su oficio (2). no milita esto para con los meros contadores, pues ya sea de oficio, ó á pedimento de qualquiera de los interesados, pueden enmendar el error que hayan padecido, y reformar su parecer, para evitar controversias, porque la comision que les dieron, fué para evacuarla perfectamente; y no obstante que no lo hayan expuesto así en el nombramiento, se entiende tácitamente; y su parecer no es sentencia. Pero la enmienda ha de ser ántes que el Juez apruebe la particion, pues una vez aprobada, no se les permite (3), porque espiró su oficio, y potestad (*a*).

§. III.

Cómo se han de dividir las cosas individuas, y el censo vitalicio personal que el testador tiene contra sí.

56 Al juicio divisorio vienen las cosas corpóreas, é inanimadas, que pueden dividirse cómodamente en partes discretas, y separadas, v. gr. el vestido, casa, fundo, olivar y otras semejantes (4). Vienen tambien algunas, que sin daño suyo no pueden dividirse, por lo que no admiten cómoda division, v. gr.

de executada la liquidacion; pues, como se expresa en este número, debia el Contador mirar por su estimacion, y no exponer á los interesados á consumir la herencia; no se compone bien que los herederos han de obligar al Contador á que perfeccione la comision, haciendo la particion, y éste no ha de tener facultades para que se juntasen aquellos á dicho fin, como medio, sin el qual por dichos motivos no podia evacuar su encargo.

(1) Ley Judex postea quam 55. y ley Cum quærebatur 62. ff. de Re jud. (2) Cap. del Juicio ordinario, §. 13. en esta II. Part. (3) Ley Cum quid 3. ff. de Rebus credit. si certum petat. y ley Cum putarem, ff. Familiæ erciscund. Ayor. de Partition. part. 3. quæst. 8. (4) Ley Quod in rerum ... Si quis post, ff. de Legat. 1. ley Si quis duas, §. 1. ff. Communia prædi... tit. ff. Familiæ erciscund. y Communi dividundo.

(*a*) Es sentado quanto se refiere en dicho número, pero no puede negarse que á unos y otros Juez Ordinario, Delegado, ó Contador concede la *ley* enmendar ó revocar dichas sentencias, aunque estén executoriadas, siempre que se comprometen los interesados en qualquiera de ellos, bien sea como árbitros *juris* para que determinen conforme á derecho, ó de jueces amigos árbitros arbitradores, *ley* 4. *tit.* 17. *lib.* 11. *Nov. Recop.* Véase donde se trata del Juicio Ordinario.

el siervo, el caballo, el molino, &c. las quales se llaman individuas en derecho; y por si los interesados quieren tener en ellas su parte separada, y que no estén proindiviso, se halló un modo de dividirlas, por medio del qual la tenga indirectamente cada uno, del que trataré en el núm. 61. Vienen asimismo otras, que natural, y legalmente son omnímoda, y absolutamente individuas, v. gr. las servidumbres (1), las quales ni por el hombre, ni por la ley se dividen, ni pueden dividir, aunque se quiera (2). Y vienen finalmente otras, que sin embargo de que por su naturaleza son indivisibles, se pueden dividir legal, é intelectualmente, v. gr. los derechos, obligaciones, y acciones que de derecho se dividen activa, y pasivamente entre los herederos (3); y estos derechos (que se distinguen con el del nombre de deudas, ó deudores) no vienen al juicio divisorio, sino solamente por via de adjudicacion, porque están divididos intelectualmente por la ley (4).

57 De lo expuesto resulta que la division es de dos maneras: una *real*, y demostrable, porque se hace por partes discretas, y separadas, y otra *intelectual*, porque, subsistiendo la cosa íntegra, é indivisa, así como se divide intelectualmente por la ley, se puede dividir del mismo modo por el hombre, señalando á muchos sus respectivas partes en ella (5).

58 Esta *division intelectual* recae no solo en los derechos, y acciones que la ley divide, sino tambien en las cosas corporales divisibles en quanto están proindiviso, porque en ellas se hace asimismo la division intelectual, y mental por porciones; por lo que lo própio obra en éstas que en aquellos, con la única diferencia de que en éstas se puede proceder real, demostrativa y separadamente siempre que los interesados quieran que se dividan, y en aquellos no (6).

(1) Jason en la ley 2. §. Et harum n. 7. ff. de Verbor. obligation.
(2) Ley Hæredes, §. An ea, ff. Familiæ erciscund. (3) Ley 1. Cod. de Reb. credit. ley Pro hæreditariis 2. y todo el tit. Cod. de Hæreditariis action.
(4) Véase el núm. 51. Ley Ea, quæ, Cod. Familiæ erciscund. & ibi Paul. & Odofred. (5) Ley 5. ff. de Stipulation. servor. ley Mœvius 68. §. Duobus, ff. de Legat. 2. ley 9. §. Qui decem, y ley 54. ff. de Verbor. obligation. ley Cum stichus 29. ff. de Solution. ley 25. §. fin. ff. de Servitut. prædior. rustic. y ley Si quis duas, §. Si quis partem, ff. Communia prædior.
(6) Duaren. in §. Et harum cit. & in dict. leg. Cum stichus, & lib. 1. Disputation. cap. penult. Valasc. de Partition. cap. 27. n. 6. y 7.

59 Y omitiendo explicar los diez y siete modos, por los quales se reputa legalmente individua una cosa (1): digo que la indivisibilidad se causa, é induce de tres maneras, 1.ª por naturaleza, v. gr. en las servidumbres, y otros derechos incorporeos que no admiten separacion real, y demostrativa, 2.ª por disposicion de la ley, v. gr. en la estipulacion genérica, ó alternativa del hombre (2): 3.ª por voluntad de los contrayentes, v. gr. quando pactan que ellos, sus herederos, ni sucesores no impedirán la servidumbre, y tránsito por la heredad que está proindiviso, y se ha de aplicar al uno.

60 Como puede suceder que en la herencia se hallen estas cosas, y obligaciones individuas: para que el contador no ignore cómo ha de proceder en su division (3) procuraré instruirle con los siguientes exemplos. Pedro estipuló que Juan habia de pasar por su heredad, y que él, ni sus herederos no se lo estorbarian, y murió dexando varios herederos. En este caso esta obligacion individua no viene á este juicio, y así compete activa, y pasiva la accion de todos los herederos del uno contra todos, y qualquiera de los del otro por el todo, ya prohiban el paso todos, ó el uno solo (4); por lo que los herederos han de prestar caucion de indemnidad, de que el hecho del uno no dañará á los otros. Lo própio milita, si el testador lega la servidumbre, ó tránsito, pues qualquiera de sus herederos en todo está obligado á concederlo, y á dar la caucion referida. Tambien se ha de proceder por caucion de indemnidad entre los herederos en la promesa penal hecha por el difunto, de que si v. gr. dentro de un año no pagáre cierta suma, satisfará tanta pena; en cuyo caso para eximirse de ésta, no basta que uno de los herederos pague su parte, pues ó todos han de satisfacer el todo del débito, ó uno por sí, y por ellos: y en su defecto no se libertarán de la pena, porque al acreedor compete accion por el todo contra todos. En quanto á si las servidumbres reales, y personales son, ó no divisibles, véase á *Parladorio* (5).

(1) Pro hæreditariis, Cod. de Hæreditariis actionib. Jason in dict. §. Et harum n. 3. (2) Dicha ley 2. §. Et harum, ff. de Verbor obligation.
(3) Ley Hæredes 25. §. An ea stipulatio 9 y sig. ff. Familiæ erciscundæ.
(4) Alberic. en dicho § An ea. Valasc. de Partition. dicho cap. 27. n. 10. y sig. (5) Lib. 1. Rer. quot. c. 6. §. 1.

61 Queriendo todos los herederos alguna cosa raiz, ó mueble de estimacion, que hay en la herencia, y no conformandose en quién la ha de llevar, ó cómo se ha de dividir, si admite cómoda division, se ha de partir igualmente, ó á proporcion de la institucion. Si no la admite, se ha de aplicar enteramente á uno, y éste pagar en dinero á los coherederos las porciones que en ella les podia tocar, precedida su justa tasacion, á lo qual le puede condenar el Juez. Resistiéndose cada uno á llevarla en estos términos, ya sea porque no se pueda dividir cómodamente, ó por no tenerle cuenta, ó por otro motivo, ha de mandar que se sortee, y aquel á quien toque por suerte, no se debe excusar de admitirla con dicha responsabilidad, ó sin ella en caso de caberle; ó sino, hacer que se venda entre ellos, y aplicarla al que dé mas por ella, y deducida su parte, que entregue el residuo, y dividirlo entre los demás, ó venderla á un extraño sino quieren comprarla, ó no dan su justo precio, ó aunque uno lo ofrezca, si dice que por su indigencia no puede aprontarlo, y aplicarles el que el extraño dé; pues todo depende del prudente, y arreglado arbitrio del Juez, para evitar disensiones entre los partícipes (1). Cuyos modos de hacer particion de cosa individua, ó de la que rehusan tomar en pago de su haber, por pretextar se les perjudica, son los mas freqüentes; pues el de que el hermano mayor en edad haga las porciones, y los menores elijan (2), aunque no está reprobado, regularmente no se usa. Pero si uno de los herederos intenta que se subaste la alhaja que tiene incómoda particion, tal vez por no acomodarle llevarla, ó por no tener para pagar al coheredero su parte, y por hacerle mala obra, y éste lo resiste, y aprontа en dinero la porcion líquida que corresponde al otro, debe ser oido, y no procederse á la subasta, ni causarle estos perjuicios, y gastos, y si el Juez no defiere á ello, puede apelar, pues cumple el coheredero con entregar á su consocio su parte líquida en dinero á justa tasacion, que es á lo que se le puede obligar.

62 Aunque la jurisdiccion es indivisible, y por eso perte-

(1) Ley 10. tit. 15. Partid. 6. ley 2. tit. 4. lib. 3. del Fuero Real, ley Item Labeo, ff. Familiæ erciscund. y ley Ad officium, Cod. Communi div.

(2) Genes. cap. 13. v. 9. cap. 1. de Parochiis, & alienis Parochianis.

nece por el todo á los mayores en edad que la tienen (1): no obstante, quando hay muchos Pueblos comunes de la herencia con jurisdiccion, se ha de dividir, y adjudicar separadamente cada uno con ella, para que cada heredero la use con independencia de los demás (2): y de esta suerte no tendrán que alternar anualmente, como si se dexase proindiviso. Pero si es de mas valor el que se aplica al uno, que el del otro, debe mandar el Juez que el que lleva el mayor satisfaga en dinero el exceso al coheredero, y á ello le puede compeler (3).

63 Si en la herencia hay un Pueblo solo con jurisdiccion, puede dividirse con ella, pues al modo que el Pueblo se divide realmente, del mismo modo la jurisdiccion á el inherente (4). Lo qual se limita en caso que por esta division se multiplique la jurisdiccion, y Tribunal, pues entónces no se puede dividir sin consentimiento superior, y urgencia de la causa pública, excepto en los Feudos, Ducados, Condados y otros semejantes, los quales, aunque própiamente no se pueden dividir, pero si el uso, y administracion á ellos anexa (5).

64 Quando los dueños jurisdiccionales tienen partes iguales en la jurisdiccion de algun Pueblo, y discordan en el exercicio de ella, deben ser compelidos á concordarse, ó á dividir alternativamente su uso por años, ó á elegir de acuerdo un Juez que la exerza (6). Y si tienen partes desiguales, lo deben ser tambien á hacer unánimes la eleccion, ó sino, á nombrar cada uno por el tiempo que le toca, v. g. el que tiene ocho partes, por ocho meses, y el que quatro, por quatro, &c. (7).

65 Si el testador tomó dinero á censo, ó renta vitalicia, y vive el pensionario, ó alimentario, debe el contador dexar el

(1) Ley 1. ff. de Offic. Proconsul. (2) §. Si familiæ, Institut. de Offic. Judic. & in leg. 2. Cod. Quibus, & quarta pars. Alex. lib. 5. consil. 25. vers. Prætere, col. penult. Aimon Cravet. consil. 264. n. 6. al fin. vol. 2.

(3) Dicha ley Ad officium, y §. Quod si de una, Institut. de Offic. Judic. Alex. consil. dicho n. 18. Morquech. de Divis. lib. 1. cap. 5. n. 5.

(4) Ley Arbor 16. §. fin. ff. Communi dividund. & in leg. Lucio, ff. de Aqua quotidian. Alexand. dicho consil. 25. n. 4. (5) Ley Inter actores al fin. ff. de Administr. tutor. Socin. in leg. Stipulatiores, n. 88. ff. de Verbor. obligation. Alex. consil. cit. n. 4. y 5. Riminald. consil. 57. n. 4. (6) Glos. in cap. Licet 16. q. 3. en la part. Convenit. Abb. y Felin. in cap. Prudentiam de Offic. Delegat. Alex. Angel. Jason. y otros en la ley 2. §. Ex his, ff. de Verbor. obligation. Morquech. dicho lib. 1. c. 5. n. 3. y 4 (7) Boer. decis. 5. n. 2. y sig. Morquech. dicho lib. 1. y cap. 5. n. 7. y 8.

capital recibido en uno de sus herederos por vía de depósito con cargo de acudir con la renta annua al pensionista, y con la condicion expresa, de que, si este viviere tanto que consuma el capital, y perciba mas que su importe, ha de poder repetir, y exigir el heredero de los coherederos el exceso que le pague á prorata, deduciendo la parte que como uno de ellos le corresponda satisfacer, obligándose todos omnímoda, y proporcionalmente á su solucion; y por el contrario, si muriere antes que se consuma el capital, tenga obligacion de comunicar á los demás el sobrante: y de esta suerte ninguno queda perjudicado (1).

§. IV.

Cómo se ha de dividir la alhaja enfitéutica.

66 Ocurre en el juicio divisorio tener que dividir la cosa enfitéutica hereditaria perpetua, lo que no ofrece dificultad porque si los predios del real patrimonio concedidos al difunto, ó comprados por él, se pueden dividir, con superior razon deben partirse los enfitéuticos, que se equiparan á ellos (2), porque vale el argumento del feudo al enfiteusi, quando no milita razon diversa (3). Y tan constante es lo expuesto, que el padre comun no puede mandar lo contrario (4).

67 Los herederos pueden dividir el precio enfitéutico hereditario por partes, aplicándolo proporcionalmente á cada uno segun su haber, ó enteramente á uno con obligacion de dar á los otros la estimacion, ó valor de su parte; cuya division, como que es enagenacion necesaria, y no voluntaria, pueden hacer sin obligacion de requerir al Señor del dominio directo, si lo quiere por el tanto; porque por esta omision no incurre el predio en caducidad, ó comiso, ni por la division se debe laudemio (5). Lo qual se entiende, excepto que en la es-

(1) V. cap. 5. n. penúltimo de la 1. Part. y en el cap. 8. (2) Ley 10. ff. Familiæ erciscund. Rubric. y todo el tit. ff. Si ager vectigalis. (3) Speculator. tit. de Fœdis, §. Quoniam, cerca del fin. Jason en la ley fin. Cod. de Jure emphiteutic. (4) Ley 1. §. Quia autem 6. ff. de Superficiebus. Decio consil. 389. n. 1. Anton. Rub. consil. 133. n. 2. Valasc. de Partition. cap. 25. n. 1 al 7. (5) Ley fin. Cod de Jure emphiteutic. & ibi DD. ley fin. Cod. de litigios. Guerreir. de Divis. lib. 2. cap. 8. n. 113. y 119.

critura primordial de la constitucion del enfiteusi se haya estipulado lo contrario así en órden á esto, como á la division.

68 Se entiende, y ha lugar tambien lo explicado entre los nuevos enfitéutas: quiero decir, quando el enfiteusi se concedió á muchos con pacto expreso de que el supérstite sucediese al premoriente, ó de que entre ellos hubiese derecho de acrecer (1); pues en este caso pueden dividirlo igualmente en la forma expuesta, sin riesgo de que caiga en comiso, ni necesidad de requerir al Señor, porque no hay persona nueva á quien éste no conozca, y haya admitido; y aun enagenar sus partes, porque esta no es própiamente enagenacion, sino anticipada renunciacion de su derecho (2).

69 Si el padre llama á un hijo al goce del enfiteusi perpetuo referido, y le entrega la alhaja enfitéutica, debe observarse su voluntad, y el hijo lo llevará con obligacion de reintegrar á sus hermanos sus porciones, porque no hay ley que lo prohiba; y el padre puede disponer libremente de sus bienes entre sus hijos, con tal que á ninguno perjudique en su legítima (3); y así donándolo al emancipado, vale al instante (4); y si lo dona al que está en su poder, aunque no vale entónces (5); pero interviniendo su tradicion, se confirma con su muerte (6).

70 Lo mismo procede quando lega á algun hijo la finca gravada con el enfiteusi, ó la encabezada en uno, porque se ha de observar su voluntad en la division de la herencia entre sus hijos, no gravándolos en su legítima (7): y en este caso el hijo encabezado no debe laudemio al Señor del dominio directo, porque es enagenacion necesaria, en la qual cesa lo dispuesto por la ley 29. tit. 8. Partid. 5. y así no se debe pagar (8).

71 Si alguno de los herederos del enfiteusi perpetuo ena-

(1) DD in leg. Qui Romæ, ff. de Verbor. obligation. (2) Valasc. dicho cap. 25. n. 10. al 17. (3) Ley 1. ley Si totas, y ley Si liqueat, Cod. de Inofficios. donation. & ibi DD. (4) Ley Sive emancipatis 2. Cod. de Donationib. (5) Dicha ley Sive emancipatis. (6) Ley Donationes quas, y ley Papinianus, & ibi glos. fin. Cod. de Donation. inter vir. & uxor. (7) Ley Parentibus 8. Cod. de Inofficios. testam. (8) Ley Et ideo al fin, ff. de Condition. furtiv. Bertrand. consil. 180. lib. 2. dub. 2. Jason en la ley final, Cod. de Jure emphiteutic.

gena la parte que en la alhaja enfitéutica le tocó, sin requerir primero al Señor del dominio directo, para si la quiere por el tanto, se ha de distinguir, ó estaba en posesion de la alhaja, y con motivo de la enagenacion la entregó al comprador, ó no. Si lo estaba, cayó solamente en comiso la parte enagenada (1), porque esta pena es legal, y la ley persigue, y castiga únicamente á quien delinque (2), pero si no estaba en posesion, ni entregó la alhaja, no ha lugar el comiso (3).

72 Las mejoras hechas en la alhaja enfitéutica, son própias del que las hace, por ser cosa distinta del enfiteusi: y así las puede legar, donar, y enagenar (4). Por lo que si el enfiteusi es perpetuo, vendrán todas á la particion, y aquel en quien quede, ó se encabece el derecho, y alhaja enfitéutica, tendrá que satisfacer en dinero á los coherederos la porcion que les corresponda de las mejoras, las quales se tasarán juntas con el derecho enfitéutico, y no separadas de él, porque es individuo (5): así se practica.

73 Pero si el enfiteusi es de *nominacion*, y uno de los hijos fuere nombrado á su obtencion, y por consiguiente obligado á traerlo á colacion deberá colacionar no solo las mejoras sino el precio en que fué comprado, por las razones que expondré en el lib. 2. c. 3. n. 102. al 111. porque entre descendientes siempre viene al juicio divisorio por colacion. Si el enfiteusi, ya sea eclesiástico, secular, ó mixto, es ó no hereditario, partible, y transmisible, y en él ha de suceder varon, y no hembra, y otras cosas concernientes á este asunto, deben verse en los AA. que lo tratan (6).

74 Si pertenece á Memoria, ó Capellanía el enfiteusis, y libera el dueño del dominio útil su finca á él afecta, por tres laudemios, y el duplo capital del cánon, ó pension anua, con arreglo al auto acordado del Consejo (7), ó del modo pactado en la escritura de su creacion: ó en defecto de pacto, segun la

(1) Curt. Cornel. Riminald. y otros que cita Alciat. en la ley 4. §. Cato, ff. de Verbor. obligation. desde el n. 108. y Socin. n. 20. Tiraquel. 1. Retract. §. 23. glos. 1. num. 208. Jul. Clar. quæst. 13. verb. Emphite.

(2) Ley fin. ff. ad Syllan. ley Fraudati, §. fin. ff. de Publician.

(3) Valasc. de Partition. cap. 25 n. 36. al fin. (4) L. final. Cod. de Jure emphiteut. en las palab. Suas meliorationes. (5) Valasc. de Partition. c. 26. n. 23. y 24. (6) Valasc. de Jure enfiteut. 1. Guerreir. de Division. lib. 2. cap. 8. Morquech. de Divis. bonor. lib. 1. cap. 6. (7) Véase en el cap. 8. §. final de la 1. Parte.

costumbre del Pueblo ¿podrá el Capellan quedarse con los tres laudemios, ó á lo menos con uno, al modo que quando se celebra venta de la finca, lo percibe, y hace suyo: ó deberá imponer el total importe de ellos con el duplo capital á favor de la Memoria, ó Capellanía? La dificultad me parece consiste en saber lo primero, quién es dueño del enfiteusis, si la Memoria, ó el Capellan; y lo segundo, si los laudemios son, ó no renta, ó fruto de ella. Á lo primero digo, que la Memoria es la dueña, y el Capellan un mero usufructuario con gravamen de cumplir sus cargas de la renta de sus fincas, y así no compete á este el derecho de tanteo, ni el de conceder licencia para la venta (no obstante el abuso que la ignorancia, y falta de discernimiento ha introducido) ni tampoco el de apoderarse de la finca por comiso, si el enfiteuta no paga en tres años la pension, pues todos estos derechos, y regalías como peculiares, y privativas del Señor del dominio directo en fuerza de la reserva que de ellos hizo para sí, y para sus sucesores en la escritura de dacion á enfiteusis, tocan á la Memoria, la qual en virtud de la traslacion de dominio que la hizo el fundador dueño del enfiteusis, se constituyó dueña, se subrogó en su lugar, y le sucedió en ellos. Á lo segundo, que estos laudemios, y duplo capital no son renta, ó fruto de la finca de la Memoria, sino precio, y valor en que se estima el derecho de percibir anualmente el cánon, el de apoderarse de ella, si el enfiteuta no lo paga en tres años y el de tantearla, ó en su defecto conceder licencia para la venta, y percibir el laudemio que por esta se causa; y así el importe de estos derechos, y regalías junto con el duplo capital se subroga como equivalente en ellos, y pagándolo el enfiteuta, se constituye dueño de todos, y del solar consolidando el dominio directo de que carecia, y de que son privativos, con el útil que tenia. Me replicará la sagaz, é insaciable codicia que quando hay venta, percibe el Capellan el laudemio que por ella se causa, y así debe quedarse con uno á lo menos en el caso propuesto: y que aun quando se quede con los tres, son beneficiados la Memoria, y Capellanes: aquella en tener un duplo capital que no tenia, y éstos en percibir anualmente doble renta. Á que respondo que el laudemio que el Capellan percibe, quando hay venta, es fruto, ó renta, que suple, y compensa

la falta de la competente pension anua que el enfiteuta debia, y pagaria por el solar, si lo tuviera locado, y así quedan vivos, é ilesos enteramente los expresados derechos á favor del Señor; pero en el presente caso se extingue para siempre, por lo que ya ninguno tiene para percibir mas laudemios; y esta privacion de su percibo, y de usar del comiso, y tanteo, se le resarce con el capital que de ellos, y su valor se forma, y con la mayor renta anua que produce, la qual se juzga igual al cánon, y laudemios que ántes de extinguirse se pagaban, y que de quedarse con ellos el Capellan, en cuya vida se consolidan ámbos dominios, é imponer solamente el duplo capital, ó este y dos laudemios, lexos de beneficiar á la Memoria, y Capellanes sucesores, se les perjudica: á la Memoria, porque se le defrauda parte del capital correspondiente á los derechos que gozaba: y á los Capellanes, porque les priva de percibir laudemios, los que ántes podian superar en sumo grado no solo al actual rédito del duplo capital, sino al del de los tres, si eran muchas las ventas que en sus respectivas vidas se celebraban, y así es aereo, y figurado el beneficio que se aparenta, y mas se debe mirar al de la Memoria, y su conservacion, y Capellanes sucesores, que al privativo del que quiere lucrarse en su detrimento; y mucho mas quando por la imposicion del duplo capital, y tres laudemios se reintegra con sus réditos anuos del laudemio que dexa de percibir por aquella vez, y goza mayor renta que ántes; por todo lo qual no hallo razon para que en conciencia, ni en justicia se apropie el Capellan cosa alguna, y defraude á la Memoria, y Capellanes sucesores, á pesar de lo que digan otros de moral laxâ, ó por no entenderlo; y lo mismo digo quando el enfiteusis pertenece á mayorazgo, porque versa idéntica razon.

CAPITULO III.

DE LAS DEDUCCIONES LLAMADAS *COMUNES*, ó *generales*, que se deben hacer del caudal inventariado.

§. I.

Cómo, y por qué órden se han de baxar del caudal inventariado la dote y bienes parafernales de la muger: y en concurrencia de dos, ó mas dotes, quál se ha de deducir primero.

1 Los perjuicios que algunos contadores causan á las partes en las particiones de bienes de difunto son muy considerables, y dimanan de ignorar el modo de hacer las deducciones generales y particulares, y de dar á cada una el lugar correspondiente. Para evitarlos digo, que así como en la sociedad convencional para saber si hay utilidades, ó pérdidas, es indispensable separar previamente del todo del caudal los bienes, capital ó fondo que cada socio puso, ó su importe, y las deudas contraidas durante ella con motivo del negocio sobre que se estableció (1); porque quando entre algunos se contrae simplemente, se entiende de los bienes futuros, y no de los capitales que en ella incluyeron; pues deben quedar salvos, á ménos que especial y expresamente pacten lo contrario (2): así tambien en la conyugal se deben deducir ante todas cosas del caudal inventariado lo que ámbos cónyuges entraron en la compañía, que por el matrimonio celebraron (ya sea al tiempo de casarse, ó mientras estuvieron casados, por haberlos heredado ó adquirido por otro título lucrativo de algun pariente ó extraño), ó su importe, y las deudas en su intermedio causadas, porque de otro modo es imposible averiguar si hay ó no gananciales; pues esta sociedad y aquella se equiparán regularmente (3); y la adquisicion que se hace por su-

(1) Ley Mutius 30. ff. Pro socio, ley Peculii 4. §. Si ære alieno, ff. de Peculio. (2) Ley Coiri societatem, y sig. ff. Pro socio, y ley 3. §. 1. ley Cum duobus, §. Damna, y ley Si societatem universarum, ff. eod. tit. et ibi DD. (3) Gom. en la ley 50. de Toro, n. 69. Montalv. y Suar. en la 1. tit. 3. lib. 3. del Fuero Real cerca del fin. Matienz. en la 1. tit. 9. lib. 5.

cesion no pertenece á la sociedad (1), por lo que no es comunicable á los socios legales ni convencionales.

2 Enterado el contador del inventario y demas papeles concernientes á la particion que ha de evacuar, ya sea de uno, dos ó mas matrimonios, conviene que con toda claridad y fidelidad haga presupuestos de lo que de todos resulte por su órden cronológico, y en el último exprese quánto importa el caudal, y el modo de dividirlo, para que los interesados sepan lo que se tuvo presente: qué motivos hubo para su distribucion y deducciones: en qué términos se hicieron, y si fueron ó no arregladas: y vean en sus hijuelas ó adjudicaciones (como que en ellas se deben insertar) los fundamentos en que se afianza la division, y si se les perjudicó ó no en su haber; pues los presupuestos, aunque no son de esencia de la particion, ni por su defecto se anula, dan una clara idea é instruccion de todo.

3 A continuacion de los presupuestos debe formar cuerpo del caudal, poniendo su total por clases, y por mayor, v. gr. *en tierras tanto*, *en viñas tanto*, *en madera tanto*, *en ropa blanca tanto*, *en ropa de seda tanto*, &c. (segun el formulario que está al fin del libro segundo), y no copiar el inventario: pues esto, á mas de ser inútil, porque los bienes que contiene se reparten entre los interesados, á los quales basta saber á quánto ascienden, qué deducciones se hacen de ellos, por qué, y cómo, y qué es lo que les toca, y en qué especies con individualidad; se les originan gastos infructuosos que debe evitarles, si no hay especial motivo para lo contrario.

4 Formado el cuerpo de caudal en los términos explicados, ha de hacer de él las deducciones correspondientes: y lo primero que debe baxar es la dote legítima, verdadera y numerada que la muger acredite legalmente haber llevado al matrimonio, y entregado á su marido: cuya previa deduccion se ha de hacer (ya sean legítimos, ó extraños los herederos de éste) por dos razones: La una, porque no solo es fondo ó capital suyo puesto en la sociedad conyugal para su incremento,

glos. 2. n. 3. Sr. Greg. Lop. en la 55. tit. 5. Part. 5. glos. 2. vers. Et facit hoc ad aliam quæstionem. (1) Leyes Nec adjecit 9. y Et quia 10. ff. Pro socio, y ley Si societatis 4. Cod. eod. tit.

sino deuda contra los bienes de su marido, y preferida á todas las que éste contraxo constante matrimonio. Y la otra, porque aunque no haya gananciales, está obligado á restituírsela de los suyos própios (1), regularmente hablando; pues conviene á la República que las mugeres estén dotadas para que se casen, y el Estado se propague, y su mayor felicidad civil consiste en que esté bien poblada de habitantes (2) (*a*).

5 Lo que acabo de exponer procede en caso que el marido no haya devuelto en vida á su muger la dote: pues no está prohibido pagar en vida la deuda al que tiene obligacion de satisfacerla de sus bienes despues de muerto, y mientras vive puede prevenir, y hacer voluntariamente lo que en su muerte debe practicar (3). Sin que por efectuar la entrega se deba decir que son defraudados sus hijos en los frutos dotales que habria su padre, á no haber hecho la restitucion, pues éste carece tambien de ellos, y ningun derecho le precisa á conservarla en su poder, ni á adquirir frutos por custodiarla, si le incomoda su conservacion y custodia, ni tampoco á recibirla si no quiere. Pero no obstante esto véase á *Barbosa* (4), que explica en qué casos será ó no válida la restitucion de la dote, y quedará ó no libre el marido: y á *Escobar* (5) que expresa cómo se entiende la restitucion, quando por empobrecer el marido, se entrega la dote á su muger para que la administre, por cuya administracion no se la confiere la facultad de disponer de ella á su arbitrio, sino para que como un curador la cuide, y con sus frutos soporte las cargas ma-

(1) Ley Unica, Cod. de Rei uxoriæ action. §. 1. y §. Exactio, ley Dotis, Cod. de Jur. dotium, ley In ambiguis, ff. de Regul. juris, y ley 33. tit. 13. Part. 5. (2) Ley 1. ff. Solut. Matrim. (3) Ley Post mortem, et ibi glos. et DD. Cod. de Fideicommis. ley Patrem, ff. Quæ in fraudem creditor. ley Sub conditione, ff. de Solutionib. y ley Sed adhes, §. Si quis eum in annum, ff. Locati. (4) L. unic. Cod. Si dos constante matrimonio soluta fuerit. (5) De Ratiociniis, Comput. 18. n. fin.

(*a*) Siempre se ha tenido en mucha consideracion el que no queden las mugeres indotadas; pero la razon principal en nuestro caso, y es el mas seguro fundamento, es el que se dice propiamente una deuda contra los bienes del marido, respecto que recibió la dote con obligacion de su restitucion (estimada que fuese, o no, como venta) ántes por lo comun de contraido el matrimonio, y con obligacion de sus bienes; y aunque puede muy bien por incidencia tratarse del privilegio dotal. Véase lo explicado en el tom. 1. part. 1. cap. 4. §. 2. n. 50. á 54.

trimoniales; y lo mismo se entiende quando por demencia ú otro motivo se imposibilita de administrarla.

6 Para la restitucion por muerte es de advertir, que así como la muger puede llevar en dote diferentes clases de bienes, así tambien su marido estará, ó no, obligado á restituírselos, y se deducirán, ó su importe, del cuerpo del caudal inventariado, ó de los suyos próprios, habiendo ó no gananciales. Y para la debida distincion digo, que si la muger llevó al matrimonio bienes muebles, v. g. ropas, menage de casa, alhajas de plata, oro, diamantes: ó semovientes, v. g. ganados, ya sean ó no productivos: ó consistentes en número, peso ó medida, v. g. trigo, vino, aceyte ó dinero, &c. y al tiempo de casarse se valuaron con estimacion cierta, que causó venta, de suerte que fué lo mismo que si se hubieran entregado al marido como vendidos por el precio en que se tasaron, y se obligó á la devolucion de su precio, disuelto el matrimonio: en este caso, como que se le transfirió irrevocablemente su dominio, y que como dueño pudo disponer de ellos á su arbítrio, es de su cuenta el incremento, pérdida ó menoscabo, que despues de celebrado el matrimonio, y no ántes, padezcan, aunque no haya tenido culpa; por cuya razon, y porque es deudor de la cantidad á que asciendan, segun su obligacion, y no de los mismos bienes, no obstante que perezcan por incendio, ú otro caso fortuito, ó no estén deteriorados (pues es visto habérsele entregado el precio consignado en ellos), debe restituir de su próprio capital, si no hay gananciales, el mismo precio á su muger, la qual no puede ser compelida á recibir los bienes, ni otros por ellos (1), si no quiere, y hay dinero.

7 Esto se entiende así, excepto que en la escritura dotal se pacte otra cosa, y por tanto se debe mirar su contexto, y arreglarse el contador á él para hacerla, ó á sus herederos la adjudicacion y pago, pues segun se obligue el marido, queda obligado (2); por lo que aunque los bienes fuesen estimados,

(1) Leyes 18. 19. y 20. tit. 11. Part. 4. leyes Æstimatæ res, y Si æstimantis, ff. Solut. matrim. ley Mortis causa, §. Res in dotem, ff. de Donation. inter vir. et uxor. y ley Quoties, Cod. de Jur. dot. Señor Covar. Pract. cap. 28. (2) Ley 1. tit. 1. lib. 10. Nov. Recop. Véase el cap. 4 de la 1. Part. n. 35.

si se estipuló que disuelto el matrimonio habia de volverlos segun estuviesen, ó su estimacion á su eleccion, y eligiese volverlos, será de cuenta de la muger su deterioro, no probando que su marido tuvo la culpa de él, ó no habiendo recibido éste en sí todo el daño que en ellos acaeciese (1). Si se obligó á restituir los mismos bienes, y hubiesen perecido algunos, cumplirá con entregar otros á justa tasacion; y lo mismo sucederá con los deteriorados, supliendo con otros su deterioro, y no estará obligado á volver su estimacion en dinero, ni la muger tendrá accion á pedirlo. Y si se estimaron con estimacion que no causó venta, y solo por saber su valor, no se le transferirá su dominio, como en el caso anterior, ni por consiguiente será de su cuenta su incremento, pérdida ó menoscabo. Todo lo qual tendrá presente el contador.

8 Si el marido no dexó dinero, no están obligados sus herederos á pagar en él la dote, ni en otros bienes que en los de la herencia: y así deberá su viuda recibir en éstos su importe á justa tasacion (2), ni consistiendo la dote en muebles se les puede compeler á malvenderlos por darla dinero que no llevó al matrimonio, porque ningun perjuicio se la irroga, ni se pone de peor condicion que quando se casó; pues si aun el mismo deudor no puede ser compelido, ántes bien cumple con dar otros equivalentes á arbítrio del Juez. Con superior razon sus herederos, que aunque le suceden en todas las acciones y obligaciones, no contraxeron la de restituir en dinero la dote: y así quedará á arbítrio del Juez docto y prudente, como lo advierte el *Sr. Greg. Lop. en la glos.* 2. de la ley inserta, porque nunca dan, ni con mucho, por los bienes muebles el precio de su tasa, y el marido sale perjudicado siempre en ella por esta razon.

9 En qualquiera cantidad que se verifique haber habido lesion y engaño en la valuacion de los bienes dotales, puede pedir el agraviado que se deshaga, aunque no exceda, ni llegue á la mitad del justo precio, como es necesario en las ventas y otros contratos: y así probándolo, se deberá desha-

(1) Ley 18. al fin, tit. 11. Part. 4. Ley Plerumque, §. fin. ff. de Jure dot. ley Quod si fundus, ff. de Fundo dotali. (2) Ley 3. tit. 14. Part. 5. en las palabras: Pero si acaeciese. Authentic. Hoc nisi debitor, et ibi DD. Cod de Solutionib. Roland. de Inventar. part. 4. quæst. 24.

cer (1). Cuyo privilegio es especial por favor de la dote, á la qual está concedido solamente, como lo expresa la misma ley; y para usar de él no prefine término, por lo que parece que en qualquier tiempo que se advierta el engaño, se deberá deshacer, y podrá pedirlo, acreditándolo, y exîstiendo las cosas dotales.

10 Si aunque fuesen estimadas no causó venta (2) su aprecio, por constar haberse hecho solamente para saber su valor, por si al tiempo de la disolucion del matrimonio se habian muerto, consumido ó deteriorado por culpa del marido, se ha de distinguir: si los bienes consisten en número, peso ó medida, debe restituir otros tantos de la misma calidad, especie, bondad, peso, medida y número, ó el valor que tengan otros iguales al tiempo que el matrimonio se disuelva, porque se le transfirió su dominio, no obstante la qualidad del aprecio (3).

11 Pero siendo de otras especies, ó ganados, pertenece á la muger el incremento, ó decremento que experimenten, porque no se transfirió al marido su dominio; y así no habiendo gananciales, no debe responder de ellos, con tal que pruebe no haber tenido culpa en que pereciesen, ó se deteriorasen: pues no probándolo, está obligado á satisfacer su pérdida, menoscabo y deterioro con otros bienes equivalentes; y la razon es, porque no solo se le contempla custodio y procurador de su muger, sino administrador de sus bienes dotales, y por su administracion están obligados tácitamente los suyos próprios (4), bien que si hay gananciales, se deducirán de ellos, no como dote, sino como fondo entrado, ó puesto en la sociedad, que debe separarse ántes que se dividan las utilidades: lo qual, como justo y racional, se practica por costumbre en estos Reynos de Castilla (5), así en este caso como en los precedentes.

(1) Ley 16. tit. 11. Part. 4. en las palab. E si la dote y las leyes, Jure succursum 6. §. 1. y Si res æstimata 12. §. 1. ff. de Jure dotium, y ley Si circumscripta 6. Cod. Solut. matrimon. (2) Señor Covarrubias, Practicar. cap. 28. (3) Ley 21. tit. 11. Part. 4. Arg. leg. Res in dotem datæ, ff. de Jure dot. (4) Arg. leg. Si quis domum, §. Imperator, ff. Locati, ley Si quis ex argentariis, §. Prohibet, ff. de Edendo, ley fin. §. ult. ff. de Custodia reor. y ley fin. Cod. de Pact. convent. Señor Greg. Lop. en la 17. tit. 11. Part. 4. glos. 2. Gom. en la 50. de Toro, n. 43. (5) Palac. Rub. in Repet. rubr. fol. 347. Montalv. en la ley 1. tit. de las gananciás, lib. 3. del Fuero Real. Sr. Greg. Lop. en la 18. tit. 11. Part. 4. glos. 3. al fin.

12 Habiéndose entregado al marido bienes sin apreciar, consistentes en número, peso ó medida, que reciben la funcion en su género, y con el uso se consumen, le pertenece tambien su incremento y decremento, porque sin embargo de no haberse valuado, se le transfirió su dominio; pero en este caso debe restituir á su eleccion otros tantos en número, especie, medida, peso y calidad, ó el precio que tengan al tiempo de la disolucion del matrimonio, y no el que tenian al de su recepcion y contrato matrimonial, ya valiesen entonces mas baratos, ó mas caros (1): y así no habiendo gananciales, lo pagará de sus própios bienes.

13 Lo qual se entiende quando se obligó en estos términos, pues si su obligacion se circunscribió solamente á volver otros tantos en número idénticos de la misma especie y bondad, deberá cumplirla, ya valgan mas baratos, ó mas caros, porque la obligacion de volver el género nunca perece, y quien está al provecho, debe estar al daño; y aunque se le transfirió su dominio para usarlos, y disponer de ellos á su eleccion, fué con el gravamen de restituir otros de igual especie, calidad y bondad, mas no la especie, ó su importe, segun le acomodase, porque la qualidad de su obligacion le priva de este arbítrio: á quanto se obliga el hombre, á tanto queda obligado; y los pactos nupciales se deben observar, no siendo opuestos á derecho y buenas costumbres (2).

14 No consistiendo en número, peso, ni medida los bienes dotales entregados sin aprecio, sino en otras clases, ó en ganados no productivos, v. g. mulas, &c. toca á la muger su decremento, pérdida y deterioro; y así no habiendo gananciales, cumple su marido con entregar los exîstentes segun se hallen; y de los perdidos, consumidos ó menoscabados sin su culpa no debe responder con su capital (3). Pero habiendo gananciales, se deducirá de éstos lo que valian, no como dote, sino como fondo puesto por la muger en la sociedad (4), re-

(1) Ley Res in dotem datæ, ff. de Jure dot. ley 21. tit. 11. Part. 4. Gom. ibi n. cit. Limita tamen. Ayor. de Partition. part. 1. cap. 7. n. 9. y 10.

(2) Leyes 10. 11. 13. y 30. al fin, tit. 11. Part. 4. (3) Leyes 18. y 21. tit. 11. Part. 4. y Ley Plerumque, ff. de Jure dotium. (4) Ley penult. t. 10. Part. 5. Ley Si merces, §. Vis major, ff. Locati, ley Cum duobus, §. Quidam sagariam, ff. Pro socio, Sr. Greg. Lop. en la 18. tit. 11. Part. 4.

gulándose prudentemente su valor segun costumbre de estos Reynos de Castilla.

15 Si los ganados son productivos, v. g. cabras, ovejas, bacas, yeguas, &c. ha de reemplazar de los hijos, ó crias que procreen, otras tantas cabezas, como de sus madres perecieron (1). Lo qual se entiende, ya haya llevado pocos ó muchos: pues aunque por derecho Comun está dispuesto que llevando la muger manada de ellos, v. g. un rebaño, debe su marido hacer el reintegro de los muertos con otros tantos hijos, y si no fué manada, sino v. g. tres, quatro, ó mas, de modo que no lleguen á diez, los perderá la muger, y su marido no estará obligado á reemplazarlos (2); pero como la ley (3) no distingue, no debemos distinguir tampoco; por lo que ya lleve ó no manada, ó rebaño, ha de hacer la restitucion y reemplazo con los hijos, segun queda expuesto. Y si no hubiere hijos, ni gananciales, será de cuenta de la muger su pérdida, y no los pagará el marido de su capital; lo que al contrario, habiendo gananciales, pues aunque no haya crias, sacará de ellos su valor como fondo de la sociedad, y no como dote (4), y es lo que se practica.

16 De estos ganados no apreciados que la muger llevó en dote, ó heredó, si no hay crias, pero sí otros gananciales, sacará el valor que tenian quando se murieron, y no otras tantas cabezas, porque en las obligaciones de restituir la cosa, si perece, sucede en su lugar la de restitucion del interés, ó su estimacion (5); y así no tendrá derecho á pedir lo que valdrian al tiempo de la particion si vivieran, porque despues de muerta la cosa no puede tener incremento, ni decremento: ni tampoco el valor que tenian quando los traxo, porque hasta que murieron estaban por suyos, por no haberse transferido al marido su dominio irrevocable (6).

glos. 3. 4. y 8. Gom. en la 50. de Toro, n. 69. Gutier. lib. 2. Practicar. quæst. 95. n. 16. (1) Dicha ley Plerumque, leyes Cum dotem, y Quoties, Cod. de Jure dot. ley 21. cit. verb. Pero si acaeciese. Ayor. dich. cap. 7. n. 10. (2) Ley Grege legato, ff. de Legat. 1. §. Si grex. Institut. eod. tit. ley Fructus, ff. Solut. matrim. y ley Quid ergo, ff. de Usufruct. (3) Ley 21. tit. 11. Part. 4. (4) Ayor. part. 3. quæst. 30. n. 104. cerca del fin. (5) Ley Qui restituere, ff. de Reivindication. ley In re furtiva, y ley Si servum, §. Bobe, ff. de Condition. furtiv. (6) Ley Divortio, §. Ob donationes, ff. Solut. matrim.

17 Habiendo vendido el marido los bienes dotales no estimados para pagar el débito contraido constante matrimonio, ó el suyo privativo que tenia ántes de casarse, parece que su muger podrá elegir, pretendiendo otros tantos, ó su estimacion, especialmente si contra la voluntad de ella hizo la venta, porque contra el poseedor de mala fe, que vende lo ageno, se da esta eleccion al dueño (1).

18 Pero lo contrario es lo cierto: y así no podrá elegir la muger, ni su marido estará obligado á satisfacer mas que el precio que por ellos recibió, pues no es poseedor de mala fe, porque tiene en ellos, y en la demas dote inestimada dominio revocable (2). Y aun quando no los hubiese llevado en dote, sino que fuesen parafernales, ó los hubiese heredado: como es su legítimo administrador (3), no se le puede arguir de poseedor de mala fe; por lo que deberá restituir su precio, y no los ganados, ó cosas inestimadas (4).

19 Y para que el partidor no dude quándo toca al marido el deterioro ó pérdida de los bienes dotales no estimados, digo que es de su cuenta, y debe pagarlos en los siguientes casos: I, quando se prueba que perecieron, ó se deterioraron por su culpa (5). II, quando se obligó á satisfacerlo, pues á quanto se obliga el hombre, á tanto queda obligado (6). III, quando fueron muebles que se vendieron, ó se gastaron en servicio de su casa, excusando con ellos comprar otros precisos para ella (7). Y IV, quando hay gananciales en el matrimonio, como queda expuesto; pues al modo que si se aumenta su valor extrínseco, se dividirá como ganancial el aumento entre ámbos cónyuges: del mismo modo si hay pérdida,

(1) Ley Item veniunt 20. §. Hæc adversus, ley Si à domino 36. §. Si prædio, y ley Si possesor 52. ff. de Petition. hæreditat. Ayor. part. 3. quæst. 30. dicha, n. 106. al principio, y 107. vers. Pero si el ganado.

(2) Ley Doce ancillam, Cod. de Reivindication. (3) Ley final, Cod. de Pact. convent. (4) Dicha ley Divortio, y §. Ob donationes, ley Item veniunt, §. Simili modo, ff. de Petition. hæreditat. y ley Item si verberatum, §. Si quis, ff. de Reivindication. Ayor. dicho n. 107. vers. Sed in casu præmisso. (5) Ley 18. al fin, tit. 11. Part. 4. Ley In his rebus, ff. Solut. matrimon. dicha ley Cum duobus, y § Damna, ff. Pro socio. (6) Ley Pomponius, ff. de Pact. dotalib. y leyes 18. cit. verb. O si por aventura, y 2. tit. 16 lib. 5. Recop. (7) Gomez en la ley 50. de Toro, n. 43. y 44. al fin. Palac. Rub in cap. Per vestras, §. ult. num. 11. Ayor. part. 1. cap. 7. n. 6. Bayo Prax. Eccles. lib. 2. part. 3. quæst. 18.

se ha de deducir de ellos. Previniendo, que la estimacion se ha de hacer segun lo que justamente valian al tiempo que la muger los llevó, y no al de su restitucion (1).

20 Queda sentado, que lo primero que se debe baxar del caudal inventariado, es la dote. Pero *Ayora* (2) dice que esto se entiende quando el marido la convirtió, como debió, en superar las cargas matrimoniales, y aumentar con ella el caudal de la sociedad, pues si se prueba que no la convirtió en él, sino en otros diversos, v. g. en pagar sus deudas, casar ó acomodar algun hermano ó hermana, &c. no se debe deducir del cuerpo de caudal habiendo gananciales, porque sería perjudicada su muger en la mitad de éstos, con los quales se la pagaba; y que así, lo que habiéndolos se debe practicar es, baxar las deudas contraidas durante el matrimonio, y luego partir los gananciales, y del total que toque á su marido satisfacerla su dote, porque si la hubiera empleado como debia, en la sociedad, hubiera adquirido mas utilidades: y respecto haber privado á su muger de éstas, é invertídola en usos agenos de la conyugal, no es justo que por esta causa sea defraudada en lo que la debe corresponder. Yo dudo de la verdad de esta opinion: I, porque ninguna ley lo ordena. II, porque el marido no está precisamente obligado á adquirir gananciales: y sí solo á que si los adquiere, no cometa dolo por defraudar en su parte á su muger; además de que el adquirirlos, ó haber pérdidas, es eventual, y así no se deduce que por invertirlos en la sociedad ha de haberlos precisamente. III, porque la dote no se entrega al marido con el fin de que con ella adquiera utilidades, sino con el de que le ayuden sus frutos á soportar las cargas matrimoniales; lo que al contrario en la sociedad convencional, pues su fondo es para adquirirlas con él y con la industria. IV, porque en la sociedad conyugal se constituye regularmente el marido dueño del fondo que la muger entra en ella, y cumple con volver su importe; lo qual no sucede en la convencional, pues á ningun sócio se transfiere el dominio del capital del otro en iguales términos. Y lo V, porque estas dos sociedades se diferencian en muchas cosas, como di-

(1) Gom. ibi. Ayor. dicho n. 107. Escobar de Ratiocin. c. 17. quæst. 24. Bayo ibi, quæst. 19. (2) Part. 1. cap. 7. n. 13. Item se ha de entender.

ré en el §. 4. del capítulo siguiente: por lo que no deben gobernarse en el todo por unas mismas reglas; por cuyas razones no se debe seguir, ni sigue la opinion de Ayora, ántes bien se baxan la dote y capital con las deudas matrimoniales en su respectivo lugar, y se divide luego el resíduo como superlucrado, pues de seguirse, se defraudaba al marido, se constituia su muger de mejor condicion que él, y se enriquecia en su detrimento, lo qual está prohibido (1).

21 Consistiendo el todo ó parte de la dote en créditos á favor de la muger, si su padre ú otro ascendiente es el deudor, aunque el marido no los cobre, no está obligado á responderla de su importe, ántes bien la toca el riesgo ó pérdida que haya en su cobranza, porque los yernos é hijos no deben estrechar judicialmente á sus padres y suegros, como á los que no lo son; por cuya razon no debe ser oido, ni sus herederos sobre su exáccion en caso que demanden al marido, atribuyéndole á culpa ó negligencia el no haberlas cobrado (2). Lo mismo procede por la própia razon, quando el padre ofreció dote á su hija, y el marido no le apremió á que se la entregase: en cuyos casos, aunque haya gananciales, no se ha de deducir lo no cobrado de los bienes privativos del marido, ni tampoco del cuerpo del caudal inventariado, y sí únicamente de este lo percibido, por ser lo mismo que si no lo hubiera llevado, ó no se le hubiera ofrecido; por lo que, ó no se ha de hacer mérito de ello, ó si se hace, y pone por caudal, se ha de aplicar en vacío, ó entrada por salida á la muger.

22 Pero no siendo ascendiente el deudor, ó promitente, se ha de distinguir: ó la deuda es *necesaria* ó *voluntaria*: si es *necesaria* por proceder de venta ó empréstito de alguna finca ó alhaja de la muger, ó de contrato oneroso celebrado á su favor: ó porque su hermano estaba obligado y condenado á dotarla (pues para el caso todos, excepto los legítimos ascendientes, se gradúan por extraños), debe el marido satisfacérsela íntegramente, si por su culpa ó negligencia no la exigió de él (3); por lo que no se ha de deducir del cuerpo del caudal lo que no cobró, sino de los bienes privativos que le toquen,

(1) Regul. 48. in 6. Decretal. (2) Ley 15. tit. 11. Part. 4.
(3) Dicha ley 15. y ley Si extraneus 33. ff. de Jure dotium.

de deducirse de aquel, se la paga de su parte de gananciales la mitad de lo no cobrado, en lo que se la perjudica; y así quedará al marido la repeticion contra el promitente.

23 Y si la deuda es *voluntaria* se subdistingue: ó es *cierta* y *determinada*, v. g. ofrece uno *cierta* alhaja, mueble ó raiz, ó cantidad á la muger, ésta la incluye en su dote, y el promitente ratifica al marido la oferta: O es de cosa *indeterminada*, v. g. ofrece dar á la muger alguna cosa ó cantidad, y dice al marido que le entregará lo que ofreció á su muger, sin señalarlo. De cuyos casos en el primero si el marido fuere negligente en cobrar la deuda, y por esta omision diere lugar á que el promitente se imposibilite de pagarla, debe satisfacerla de sus própios bienes á su muger, y es de su cuenta y riesgo, y no de la de ésta su pérdida: por lo que de ellos, y no del cuerpo del caudal, se deducirá por la razon expuesta. Y en el segundo es de la muger, y no de él, y así á nada está obligado (1); ni aun quando haya gananciales, se debe deducir del cuerpo de caudal, ni del suyo privativo, ántes bien se conceptuará la tal deuda como si no la hubiera, ó se la devolverá y aplicará segun la traxo.

24 Ocasionándose gastos al marido en cobrar la dote consistente toda ó parte en deudas, ¿se duda si estos gastos la disminuirán, ó serán de cuenta del marido? Sobre lo qual discordan los Autores: unos afirman que el marido debe sufrirlos y compensarlos con los frutos dotales. Otros, que deben ser del cargo de la muger. Y otros conciliando las dos opiniones resuelven que los grandes se deben imputar á ésta, y los pequeños ó módicos al marido (2).

25 Yo que venero el dictámen de todos, digo: que me conformo enteramente con el segundo como justo y arreglado, y que por consiguiente deben pertenecer. indistintamente á la muger, y disminuir su dote, y de ningun modo compensarse con los frutos dotales. I, porque estos se conceden al marido para soportar las cargas matrimoniales, , y así los hace suyos enteramente, concurriendo las tres circunstancias que la ley (3)

(1) Dichas leyes 15. y Si extraneus, et ibi glos. verb. Non convenerit. DD. in leg. Mœvia, ff. Solut. matrimon. et in leg. Ob res, §. fin. ff. de Pact. dotalib. (2) Señor Greg. Lop. en la 15. tit. 11. Part. 4. glos. 2. y otros que cita. Garcia de Expens. c. 13. n. 37. y sig. (3) L. 25. t. 11. Part. 4.

prefine, y en el n. 56. explicaré. II, porque la dote debe ser líquida y efectiva: por lo que habiendo lesion en su tasacion, se debe deshacer en qualquier cantidad que sea, como dexo sentado en el n. 9: es así que haciéndose gastos para que lo sean las deudas, se desfalca: luego debe disminuirse y reducirse á lo justo é intrínseco que el marido percibió, por ser iniqüo que restituya lo que sin culpa suya no entró en su poder. III, porque si el marido hace expensas necesarias en la finca dotal, son de cuenta de la muger, y puede repetirlas, por corresponderle además de los frutos que produxo (1): es así que éstas son necesarias, y que por ellas se mejora la dote, pues se hace exêquible y efectivo para la muger lo que no lo estaba: luego por la misma razon deben imputársela. IV, porque si perdiéndose la deuda por no cobrarla el marido se le carga é imputa á culpa ó negligencia, y debe responder de su importe, como queda expuesto en el n. 22. ¿por que razon haciendo gastos en su cobranza, v. g. en pleytos, (como regularmente acontece), ha de ser de su cuenta, y no disminuir la dote? ¿Y que culpa ó negligencia hay de su parte? No la alcanzo. Y lo V, porque si marido y muger teniendo deudas contra sí quando se casan, deben pagarlas de su privativo caudal, pues esto ménos llevan al matrimonio, como diré en el §. 3. n. 69. de este capítulo: ¿que razon de diferencia hay para que la muger no pague los gastos que en su utilidad hace el marido; y mas quando si ella los hubiera hecho ántes de casarse, disminuirian su patrimonio, como que habian salido de él, y esto ménos llevaria en dote? ¿O que ley manda lo contrario, ó que los compense con los frutos? A la verdad, me causa admiracion el modo de opinar de los Maestros de la Jurisprudencia que lo contrario defienden. Por lo que no me adhiero á su dictámen, y mayormente si la dote consiste en muebles y créditos, de los que ningunos frutos percibe el marido, pues mas suelen servirle de carga, que de alivio en quanto tiene que responder de su valor, si fueron estimados, porque en venta nunca dan por ellos ni con mucho el importe de su tasa, ni perecen para la muger, tenien-

(1) Ley fin. tit. 11. Part. 4. y ley 3. ff. de Impensis in rebus dotalib

do el marido con que reintegrarlos. Y para obviar estas dudas y perjuicios al marido, conviene que en la escritura dotal *se obligue á responder del importe líquido que de ellas cobre, deducidos los gastos judiciales, y demas que en su exâccion se le causen, de que llevará cuenta puntual, y no en otra forma.* Con cuya cautela se precave todo daño y disputa, y por la cuenta que lleve el marido se arreglará el contador para lo que se ha de abonar de ellas como dote líquida á su muger, y no habrá lugar á la compensacion de gastos con los frutos dotales; lo que tendrá presente el Escribano para prevenírselo, y con su anuencia poner esta cláusula en el contrato de recepcion ó capitulacion dotal (*a*).

26 Las mugeres muchas veces llevan en dote dinero, el que emplean sus maridos en alguna finca ó heredamiento, y se duda ¿si mediante haberse transferido á éstos el dominio del dinero se les transferirá tambien el de la alhaja en que lo invirtieron? A que respondo, que aunque el que en su própio nombre compra alguna cosa con dinero ageno la hace suya regularmente, y por su tradicion adquiere su dominio y posesion, bien que es responsable, y queda deudor del dinero á su dueño (1); pero entre los socios conyugales si consta haberla comprado el marido *con voluntad, consentimiento* y dinero que su *muger* llevó en dote, se la transferirá su dominio, y no á su marido, y la alhaja se constituirá dotal, sin embargo de que suene comprada en nombre del mismo marido; y lo própio milita con lo comprado con dinero de menor, ó de

(1) Ley 49. inserta, ley Si ex pecuniæ, Cód. de Reivindication. ley Si is, Cod. deposit. y ley 1. Cod. Si quis alteri, vel sibi. Gom. en la 50. de Toro, n. 36. Lara, Compendium vitæ homin. cap. 28. n. 83. al 86.

(*a*) No parece puede tener entrada disputa alguna, atendida la cautela que señala el Autor, y que para evitar aquella, aconseja se inserten en la escritura ó carta dotal las palabras que refiere; si no fueran varios los juicios de los hombres, se tendria por excusada su insercion, á consequencia de que las mismas razones que propone convencen á quien tenga unos medianos principios de derecho, sin consultar á Autor alguno, que es obligacion de la muger resarcir ó abonar dichos gastos, sean grandes ó pequeños, pues si de quien es el provecho *Regul.* 10. *ff. de las del derecho* 55. *en el 6. de las Decretal.* es el daño: si aquel de quien se saca ó consigue utilidad ha de responder del hecho que la motiva *Reg.* 148. *ff.*, cesa la necesidad de tal precaucion, o ¿y que se dirá á vista de que el marido ha de separarse de otros encargos utiles á la sociedad conyugal si quiere conseguir su recobro?

Iglesia, por su tutor, prelado ó administrador; y así pueden repetir el dinero, ó tomar la alhaja segun mas les acomode (1). Y lo mismo procede si una cosa dotal se trocare por otra, pues ésta se subroga en lugar de aquella, y se hace dotal (2); por lo que el contador debe aplicarla á la muger, ó á sus herederos, y no otra por ella, en caso de que no quiera dinero, ó no lo haya, y así lo practican los inteligentes. En la sociedad convencional si el socio compra del dinero comun alguna cosa en su nombre, no se hace de la compañía, excepto que ésta lo sea universal, ó de todos los bienes de los socios (3).

27 Si el marido la compró *sin consentimiento de su muger*, se constituirá dotal en subsidio, que es en el solo caso de que el marido esté insolvente. Lo própio milita comprándola de dinero no dotal que la muger le haya entregado (4). Pero no siendo dotal el dinero, no se constituirá dotal la finca, aunque la compre con consentimiento de su muger (5); lo que tendrá presente el contador para proceder en las adjudicaciones arreglado á lo que advertí en el cap. 2. núm. 49. de este tratado.

28 Pero ¿por qué precio ha de aplicar á la muger estas fincas estimadas como dotales por la subrogacion? ¿por el que costaron, ó por el mayor, ó menor que tengan al tiempo de la disolucion del matrimonio, en el caso de que no se hayan hecho mejoras en ellas? Si al tiempo de la compra pactaron marido, y muger que habian de ser para ella, y ninguna utilidad, ni pérdida habia de tener su marido, aun quando en ellas la hubiese, (pues pueden hacer este pacto (6), y valdrá) se la deben adjudicar por el de su compra, ya valgan mas, ó menos, por ser suyas, y seguir á su dueño el aumento intrínseco, y diminucion de la cosa (7). Y si nada pactaron quan-

(1) Ley 49. tit. 5. Part. 5. Dineros agenos que tienen los omes, &c. (2) Ley 11. tit. 4. lib. 3. del Fuero Real. (3) Ley Si patruus 4. Cod. Communia utriusque judic. y ley Qui aliena 8. Cod. Si quis alteri, vel sibi. Matienz. en la 8. tit. 11. lib. 5. glos. 4. n. 2. Lara ibi. n. 87. (4) Lex Uxor marito, ff. de Donation. inter vir. & uxor. Sr. Greg. Lop. en la 49. tit. 5. Partid. 5 glos. 8. (5) Ley Profecticia 5. ff. de Jure dotium. Sr. Gregor. Lop. en dicha ley 49. glos. 7. y 8. Gom. dicho n. 36. (6) Palac. Rub. in Rubr. §. 63. vers. Limitabis ista primo. (7) Ley Pignus, y ley Quæ fortuitis, Cod. de Pignorat. action.

do se compraron, se han de adjudicar por el que tengan: de suerte que si es mayor su valor cederá el exceso á favor de la sociedad conyugal; y si es menor, se completará á la muger el importe del dinero en esta especie, si lo hay, y sino, en otra alhaja de la herencia.

29 Si la muger lleva en dote legado anuo, pension, usufructo de finca raiz, renta vitalicia, ó empleo que el marido ha de servir, (prescindiendo de la justicia, ó injusticia de la constitucion de los frutos decenarios por dote, la qual es corriente indistinta, y absolutamente en esta Corte, por el abuso introducido por la codicia, y por la acquiesciencia de los novios, nacida de la inmoderada aficion á las mugeres, pues no la gradúo de justa, ni me conformo en que se haga, excepto en los casos que expresaré en el capitulo siguiente, números 27. y 28.) vea el contador para lo que ha de executar lo que expliqué en el cap. 4. §. 1. de mi primera parte num. 18; pues no obstante la obligacion que el marido constituia, no deberá tener efecto como iniqua, siendo constituida en otros términos, porque en la dote no permite la ley lesion alguna, segun dexo expuesto en el n. 9. y no es justo que quedando ileso, y vivo á la muger el derecho de percibir íntegra la renta anua, que es lo que llevó por dote, se prive á su marido de tomar sin responsabilidad los frutos de este derecho, que es la finca dotal, y se le conceden para soportar las cargas matrimoniales: ni que lo que es fruto, se estime como finca redituable, y de ello se forme capital, y tambien de lo que lo produce, que son dos capitales; por lo que aunque viva mas de los diez años, y se constituya la dote en los términos prevenidos en dicho cap. 4. no tendré por justa su constitucion, porque se hace de cosa que no existe entónces, y ha de ser rédito con el tiempo: y de efectuarse, resulta visible perjuicio al marido, y que la muger se lucra en detrimento suyo, lo qual está reprobado, y á lo mas valdrá como donacion en la que las leyes permiten, habiendo, ó no herederos legítimos; pero el contador debe no obstante estas razones arreglarse á la obligacion del marido, á quien toca ventilarlo; y resistirlo ántes de obligarse, y no dexarse engañar; y si ántes de efectuarse la boda, no se constituye esta dote, no estime por dotales los referidos frutos decenarios,

pues no se tendrán por tales, como expuse en el citado cap. 4. ni como capital puesto en la sociedad, porque no es visto haber querido la muger que se tuviese por dote, sino por frutos, como realmente lo son, ni el marido privarse de ellos, y renunciarlos á su favor; ni por consiguiente se baxarán del caudal comun, aunque ella lo pretenda; y la razon es, porque el derecho que la muger tiene á percibirlos, es el fondo que entra como dote, en el matrimonio, y sociedad, el qual la queda del mismo modo que lo tenia ántes de casarse sin la mas leve diminucion, y es diversa de los frutos, réditos ó renta, que despues de casada se han de vencer, y así no hay que deducirlo, ni que abonarla, al modo que si llevára un mayorazgo; por lo que solo en el caso de obligarse el marido en términos justos á su entrega en los contratos nupciales, y en el que explicaré en el capítulo siguiente, num. 27. y 28. se la deberán abonar, y no de otra suerte sinembargo de lo que otros digan.

30 En concurrencia de dos dotes legítimas parece que se deberá deducir la primera ántes que la segunda, porque son créditos de igual naturaleza, y privilegio, y el que es primero en tiempo, lo es tambien en derecho: á excepcion de los bienes dotales conocidos de la segunda que exîstan, en los quales como conserva su dominio, y aunque se hayan dado estimados al marido, no perdieron por su valuacion la naturaleza, y privilegio de dotales, se la aplicarán como suyos, y nada de ellos llevará el heredero de la muger primera (1). Lo qual es incontrovertible quando el marido no dexó bienes suficientes á completar ámbas dotes, y los interesados en ellas tratan sobre prelacion: pues aunque haya gananciales conocidos adquiridos en el segundo matrimonio, como todos se contemplan del marido, y hasta que fallece no adquiere su muger dominio irrevocable en ellos, y quando vá á adquirirlo, los halla sujetos á la responsabilidad de la dote primera, no se verifica su adquisicion, y por eso debe ser preferida á la segunda en bienes no conocidos de ésta (*a*).

(1) Ley 33. tit. 13. Part. 5. Ley In rebus 30. Cod. de Jure dotium. Ley Uxor marito 55. ff. de Donation. inter vir. & uxor.

(*a*) El Reformador sin embargo que extendio á la letra el contenido del número precedente, parece no se conforma en todo con lo allí manifesta-

31 Pero tratando de division por muerte del marido, si éste devó bienes con que reintegrar á sus mugeres de su respectivo haber, y tambien gananciales adquiridos en el segundo matrimonio, se debe distinguir; ó la muger segunda renuncia, ó no los gananciales, y el marido llevó, ó no, quando se casó con ella, bienes equivalentes á la dote primera, ó ningunos. Si los renuncia, y se contenta con su dote, y arras en caso de habérsele prometido, lo mismo es deducirla ántes que la de la primera, que despues de ésta, ya el marido haya llevado, ó no bienes á su poder, porque como los hay superabundantes para ambas, á ninguna se agravia.

32 Mas si quiere la parte que en los gananciales la corresponde se han de distinguir quatro casos: I, quando el marido llevó algunos bienes al matrimonio segundo, pero no los suficientes á cubrir la dote, y demas haber de la muger primera, ya haya habido, ó no gananciales en el de ésta, se deben baxar del cuerpo de caudal inventariado, ante todas cosas, la dote segunda: despues la deudas contraidas durante el segundo matrimonio, y no otras anteriores: y deducidas estas partidas, y tambien lo que el marido entró en él, se verá qué gananciales quedan: y la mitad de los que resulten, se

do, pues asegura que la mitad de los gananciales del segundo matrimonio no puede ser responsable á la dote del primero, porque la muger adquiere verdaderamente el dominio de aquellos aun en vida de su marido no ménos que éste, y dá la razon, porque los bienes propios de una persona, no deben estar sujetos á ninguna responsabilidad por deudas de otra: para acreditar son de la muger cita las *leyes 4. y siguiente tit. 4. lib. 10. Nov. Recop.* que expresan, *aquellos, que los bienes* que han marido y muger, son de ambos por medio, salvo los que prohibe cada uno que son suyos apartadamente: *y esta* manda que toda cosa, que el marido y la muger ganaren ó compraren estando de consumo, hayan los ambos por medio; supone dicho Reformador, que á la muger se adquiere el dominio irrevocablemente, pero no demuestra el quando se verifica esta adquisicion, aunque por la razon que dá, supone tambien que lo adquiere luego que se gana ó compra, todos deben saber y ménos ha debido olvidarse el Señor Gutierrez *de la ley 5. del mismo tit. y lib.* que prescribe, que los bienes que fueron ganados, meiorados y multiplicados durante el matrimonio entre marido y muger que no fueren castrenses, ni casi castrenses, que los puede enagenar el marido, durante el matrimonio, si quisiese sin licencia, ni otorgamiento de su muger, y que el contrato de enagenamiento vale: se persuade por esta determinacion (sin arbitrio para disentir) que la adquisicion que hace la muger de dichos bienes por mitad, durante el matrimonio, no es irrevocable, mediante que el marido tiene facultad para enagenarlos.

aplicará á la muger segunda con su dote, y demás haber llevado á poder de su marido. Hecho esto, se unirá la otra mitad al caudal, que éste entró en la sociedad, y de su total importe se deducirán el haber de su muger primera, las deudas privativas que el marido tenia ántes de casarse segunda vez, y las arras de entrambas, si las hubo (en quanto no excedan de lo permitido por la ley, de que tratare en el cap. 6. de este libro §. 1.) las quales se aplicarán respectivamente á cada una: y el residuo será caudal paterno partible entre los hijos del marido procreados en ámbos matrimonios, segun su areglada voluntad, como herencia paterna (1). Por exemplo, todo el caudal que dexó el marido, asciende á 400ℳ reales: el que llevó al matrimonio segundo, fueron solamente 30ℳ no obstante importar 100ℳ la dote de la muger primera, que no estaba pagada. La de la segunda importa 50ℳ y las deudas contraidas en la sociedad con ésta 20ℳ. Se forma la cuenta de esta suerte: 50ℳ de la dote segunda, 20ℳ de las deudas de este matrimonio, y 30ℳ que llevó el marido, componen 100ℳ que restados de los 400ℳ resultan de utilidad 300ℳ cuya mitad son 150ℳ que agregados á los 50ℳ de la dote segunda, suma el haber de la segunda muger por dote, y gananciales 200ℳ reales, y quedan otros 200ℳ para satisfacer lo que el marido entró en el segundo matrimonio (que era parte de la dote primera) las deudas que tuviese ántes de casarse segunda vez, y las contraidas en el segundo; y asimismo el resto de la primera dote, y algunos gananciales: por lo que despues de satisfechos los 20ℳ de las deudas del matrimonio segundo, y los 100ℳ de la primera dote hay de caudal paterno 80ℳ reales: de los quales se sacarán las arras de ámbas mugeres, si las hubo, y las deudas particulares que el marido tuviese quando se volvió á casar: y el remanente será legítima de los hijos de ámbos matrimonios; pues de deducirse integros los 100ℳ de la dote primera en lugar de los 30ℳ que el marido entró en el segundo matrimonio, quedaria desfalcada injustamente la muger segunda en 35ℳ mitad de los 70ℳ que desde los 30ℳ hasta los 100ℳ hay de diferencia; y de baxarse los 30ℳ y tambien los 100ℳ se la ir-

(1) Escobar de Rationin. computat. 8. pet tot. Ayor. part. 1. c. 7. n. 2. García de Expens. cap. 13. n. 13.

rogaria mayor agravio, que sería el de 500 reales menos de gananciales.

33 El II caso es, quando el marido ningunos bienes llevó al matrimonio segundo: consta el haber de la muger primera, y lo que se gastó durante su matrimonio: y despues de cubiertas ámbas dotes, y el demás haber de la primera por todos sus derechos, resultan gananciales adquiridos en el segundo. En este caso se han de deducir únicamente del cuerpo de caudal la dote de la muger segunda, y las deudas contraidas en este matrimonio, si las hubiese: y el resto del caudal inventariado será partible por mitad como superlucrado, entre la viuda, é hijos del matrimonio primero, los quales tomarán parte por via de la dote, y demás haber de su madre, como deuda contra su padre, y que era responsable, y parte por herencia paterna, si deducidá la dote, y demás deudas privativas de su padre, y las arras de la seganda en caso de haberlas, sobráre algo; pues sería iniqüo que habiendo ayudado á lucrar los gananciales, y no habidolos tal vez en el matrimonio primero, se la defraudasen por utilizar á los hijos de la muger anterior, respecto haber caudal para todo (1).

34 El caso III es, quando el marido llevó al matrimonio segundo bienes equivalentes á cubrir el haber de los hijos de la muger primera exîstente en su poder, y algunos mas suyos própios. En cuyo caso se ha de deducir del cuerpo de caudal juntamente con la dote segunda todo lo que llevó y no dismembró de él, para dar, ó pagar á algun hijo del primero su parte materna durante el segundo: no por razon, ó con título, y haber de la primera, sino como capital, ó fondo que realmente puso en la sociedad segunda, y coadyuvó á adquirir las utilidades, ó multiplicados, porque es lo mismo para el caso que si todo fuera suyo privativo, respecto existir en su poder quando fallece, sin decremento, ni defalco. Y lo mismo se debe practicar quando parte del capital no era del marido porque tenia deudas, las que no rebaxó entónces, ni se pagaron constante su matrimonio, pues aunque sus herederos son responsables á ellas por estar sin pagar; pero para con su viuda es lo própio el que todo el capital sea de él, ó so-

(1) Siguenz. de Clausul. lib. 2. cap. 11. num. 145. Ayor. part. 3 q. 13. n. 42. y 43.

lamente parte, una vez que lo puso en la sociedad, y ayudó á adquirir las utilidades, ni el que lo lleven sus herederos, ó sus acreedores, es del caso, respecto á que en nada se le perjudica, pues de no executarse así, se gravaba á sus herederos injustamente.

35 Y el IV caso es, quando el marido lleva al matrimonio segundo bienes suficientes no solo para cubrir el haber de los hijos del primero que exîste en su poder, y les corresponde así por sus legítimas maternas, como por el derecho de reservacion, sino tambien algunos suyos própios, y durante el segundo les dá el todo, ó parte de lo que les toca por los expresados respectos, ó algo mas en cuenta de la paterna. En cuyo caso se ha de distinguir: si les dió solamente el todo, ó parte de lo materno, se puede girar la cuenta de dos modos: 1.° agregando numéricamente al caudal inventariado lo entregado á los hijos; y hecho todo un cuerpo, como si todo se hubiera hallado en su poder, é inventariado, deducir de él la dote segunda, las deudas de este matrimonio y su capital íntegro, segun lo llevó: y lo que quede despues de hechas estas tres deducciones, será ganancias que se dividirá por mitad entre su viuda, y los hijos, así de ésta, como de la primera, como herederos todos de su padre; pues de no incorporarse á lo inventariado lo donado á éstos, y baxar enteramente su capital, como si nada se hubiera sacado de él, sería perjudicada la viuda en la mitad de su importe, y los hijos de la primera beneficiados indebidamente en ella. Y el 2.° modo es, no agregar lo entregado: considerar el capital como que está reducido á esto ménos, ó que no lo llevó, y baxar solamente lo que hecha la tradicion ó entrega, quedó, (al modo que quando lleva deudas, y se pagan durante el matrimonio, como dire en el §. 3. de este cap. núm. 70.) y saldrá la misma cuenta, y porcion de gananciales. Y si les dió algo mas en cuenta de la legítima paterna, se puede hacer igualmente la cuenta de dos modos: El I, agregando al caudal inventariado no solo lo que llevaron por su madre, sino lo que su padre les anticipó por su legítima paterna; y de lo que sume este total, deducir la dote segunda, las deudas del segundo matrimonio, y el capital íntegro que el padre puso en la sociedad: y el residuo, hechas estas baxas, será la utilidad, que se dividirá por mitad en la forma que se-

puesta. Y el modo II, es, unir solamente al caudal inventariado lo que el padre anticipó á sus hijos en cuenta de su haber paterno, y de lo que importen estas dos partidas, deducir la dote segunda, las deudas citadas, y lo que entró como suyo própio sin responsabilidad en el segundo matrimonio, separando lo que comprehendia su capital, perteneciente á sus hijos por su madre, como entregado ya, ó como si no lo hubiera incluido en él; y lo que resulte, hechos estos descuentos, será el mismo lucro que el de la cuenta girada del primer modo. Véase lo que diré en el cap. 4. §. 1. desde el núm. 35. al 43. de este libro, y el exemplar segundo, y su nota segunda puestos en el último capítulo del libro 2. de este tratado, en la que formaré las cuentas de los quatro modos explicados, para que el contador no se ofusque.

36 Queda explicado en qué lugar se debe baxar la dote legítima, y numerada: paso á tratar de la confesada, y digo: que no constando su recibo sino por mera confesion hecha por el marido en testamento, ó en otra última voluntad despues de contraido el matrimonio, y de tener en su casa á su muger, no es, ni debe estimarse por dote, porque esta confesion, ya sea de cantidad cierta, ó de otros bienes, no prueba, ántes bien se conceptúa hecha con ánimo de donar á la muger su importe, y por consiguiente como legado, que solo con la muerte se confirma (1); y así aunque sea jurada, no perjudica á los acreedores del confitente en sus respectivos créditos, ni tampoco á los herederos legítimos de éste en sus legítimas (2): por lo que solo tendrá cabimiento en el quinto, siendo hijos, ú otros legítimos descendientes los herederos, y en el tercio, siendo ascendientes, (que es de lo que en perjuicio de ellos se le permite disponer por las leyes 6. y 28. de Toro, como en el lib. 2. diré) y por consiguiente se deducirá respectivamente de estos en quanto alcancen, y no del acerbo del caudal inventa-

(1) Ley 19. tit. 9. Part. 6. Ley Qui testamentum, ff. de Probation. ley Cum qui decedens, §. Titia al fin. ff. de Legat. 3. y leyes pen. y fin. Cod. de Dote prælegat. ley Si creditorem, y ley Legavi, ff. de Liberation. legat. §. Sed si uxori. Institut. de Legat. Roman. consil. 445. num. 9. Paul. de Castr. consil. 383. lib. 1. col. 3. Bursat. consil. 32. n. 4. 32. y sig. lib. 1.

(2) Dicha ley Qui testamentum, & ibi DD. Socin. consil. 90. col. 4. lib. 3. Morquech. de Division. bonor. lib. 1. cap. 9. n. 12. y 13.

riado, excepto que los interesados mayores se convengan, en que se deduzca de éste, en cuyo caso se expresará así, para que no se atribuya á impericia, ó malicia del partidor. Pero siendo extraños los herederos, se baxará del cúmulo de bienes, y no del quinto, ni tercio, á ménos que el testador lo mande, porque á excepcion de los referidos, todos los demás se gradúan por extraños, aunque sean sus parientes, y no tienen derecho á heredarle *por testamento* contra su voluntad: y así puede dexarles poco, ó nada, y deben contentarse con lo que les quede.

37 Si el marido hizo la confesion por contrato entre vivos constante matrimonio, no le perjudica aunque sea jurada (1). Lo qual se limita, y entiende: 1.° excepto que haya renunciado la excepcion de no haberse hecho el pago: 2.° que si no la renunció, esté pasado el tiempo de oponerla, que son dos años (2): 3.° que la haya hecho, disuelto el matrimonio, pues en este caso le perjudicará, porque se presume hecha con ánimo de donar su importe á la muger, ó á sus herederos: 4.° que haciéndola constante matrimonio, esté la muger presente, pues entónces prueba contra él, á lo ménos para que se presuma hecha con el ánimo expresado, y se estimará como si lo hubiera sido en contrato entre vivos (3), bien que no se confirmará con su muerte en el exceso de los quinientos sueldos de oro que la ley 9. tit. 4. Part. 5. prefine (4): 5.° que precediese promesa de la dote, y despues confesase el marido haberla recibido (5), en cuyos cinco casos le perjudicará su confesion.

38 Pero sin embargo de que en estos casos perjudique al marido su confesion, si la hizo en fraude de sus acreedores, ó de las legítimas de sus herederos forzosos, no prueba contra ellos; cuyo fraude se puede inducir de la qualidad de las

(1) Glos. in leg. Assiduis, §. Cum vero datæ, Cod. Qui potiores in pignor. habeant Socin. in Rubr. ff. Solato matrim. Roman. consil. 445. Aob. consil. 73. col. 3 vers. Præterea, lib. 2. Menoch. præsumpt. 12. n. 43. al 46. Sr. Covar. lib. 1. Var. cap 7. n. 5. (2) Menoch. ibi n. 17 y 19. Alex. Salicet. y otros en la ley Assiduis cit. Cuman. consil. 31. (3) Alex. consil. 45. n. 5 y 6 vol 1. Socin consil. 62. n. 2. vol. 1. (4) Jul. Clar. lib. 4. Sententiar. §. Donation n. 3. Menoch. Præsump. cit. n. 39. y 40. Socin. in leg. 1 n. 97. ff. Solut. matrimon. Salicet. in leg Donationes, quas, Cod. de Donat. inter virum, & uxor. (5) Ley In contractibus, vers. Illis tamen, Cod. de Non numerat. pecun. Sr. Covar. lib. 1. Var. cap. 7. num. 6. Menoch. præsumpt. 12. cit. n. 53. Gom. en la ley 50. de Toro n. 52. vers. Quod tamen limita.

personas, cantidad que confiese haber recibido, y de otras circunstancias, y congeturas, por las que se prueba el dolo (1) Lo que debe tener presente el contador, y ver al Señor *Covarrubias*, y lo que explicaré en el capítulo del concurso de acreedores (2).

39 El marido no puede enagenar los bienes dotales inmuebles, ó raices de su muger, aunque ésta lo consienta verbalmente; y para que valga su enagenacion, ha de intervenir su anuencia, ó permiso jurado (3), concurriendo por su hecho própio al otorgamiento, y celebracion del contrato, jurándolo y haciendo la renuncia en la forma que expliqué en el capítulo 7. de mi primera parte adicionada núm. 117. De lo qual se infiere, que segun derecho canónico jamás se transfiere al marido el dominio irrevocable en ellos, como en los muebles, aunque sean estimados, y que por consiguiente no causa venta su estimacion, como la de éstos, por lo que viene á ser un mero usufructuario, y deberá restituirlos, y no dinero por ellos, aunque lo pretenda.

40 Sin embargo que consientan la enagenacion de los dotales no estimados hecha por su marido, ó concurra al contrato, se la debe pagar su valor; y si lo celebra por sí sola con licencia suya, y recibe el precio, parece que no deberá satisfacérsele, porque quando procede por su hecho própio como principal, y única otorgante, y el marido no concurre al contrato, ni exerce otro oficio que el de darle la licencia, ninguna ley la favorece, sí solamente quando es fiadora de él, ó de otro, ó con él de mancomun lo otorga, segun latamente expliqué (4).

41 Si la muger consintió la enagenacion con juramento, y el marido tenia entónces bienes con que reintegrarla de su importe, no puede repetirlo, disuelto el matrimonio, no obstante que obtenga prévia relajacion del juramento; pero si no los tenia, y fué enormemente engañada, bien puede, precedida la relajacion: pues aunque no se pruebe haberla conminado

(1) Ley Dolum, Cod. de Dolo. Mascard. de Probation. lib. 1. conc. 362. Marquech. de Division. lib. 1. y cap. 9. dichos n. 2. (2) Cov. lib. 1. Var. cap. 7. y el cap. ult. del lib. 3. en el tom. 2. de esta 2. part.

(3) Leyes 18. y 19. tit. 11. Partid. 4. cap. Licet mulieres, y cap. Cum contingat, de Jure jurand. in 6. ley 1. ff. de fundo dotali (4) En el c. 7. n. 114. y sig. Gutierr. de Juram. confirm. part. 1. cap. 1.

el marido, como concurre el miedo reverencial con la lesion, basta para rescindir el contrato de enagenacion (1).

42 En segundo lugar se deben deducir del cuerpo del caudal inventariado los bienes que a mas de la dote llevó la muger al matrimonio, y llaman *parafernales*, ó *extradotales*. Y sinembargo de que algunos los distinguen, entendiendo por *parafernales* los que lleva, y reserva en sí quando contrae matrimonio, y no los entrega á su marido, pero los entra en su casa, encargandole su custodia para que ámbos los usen: y por *extradotales* los que retiene, administrandolos por sí misma sin intervencion de su marido, ni entregárlos á éste: y los que adquiere por sucesion, donacion ú otro titulo lucrativo de parientes, ó extraños, miéntras está casada (2). Mas como esta diferencia es puramente verbal, y el derecho los llama indistintamente con la palabra griega *parafernales*, que equivale á la latina *extradotales*, adoptada en castellano (3): los graduaré (siguiéndolo) de una misma clase á todos, distinguiéndolos solo por observar el órden con que suelen recaer en ella. Y tratando de los que lleva quando se casa, ya los entregue, ó no á su marido para su custodia, y administracion, digo: que para su recobro, ó el de su importe, aunque no goza del privilegio de prelacion, que para el de los dotales, la compete el de tácita hipoteca en los de su marido, y éste queda obligado á devolvérselos, no obstante que no se obligue expresamente (4). Lo qual procede, y se entiende, ya haya, ó no gananciales, y exîstan, ó no los bienes referidos: pues no exîstiendo, los satisfará el marido de su capital.

43 Pero esta obligacion marital se circunscribe, y limita á

(1) Alciat. in cap. Cum contingat. n. 2. y 8. Gutier. in Authent. Sacramenta puber. n. 93. y 94. Sr. Covar. de Sponsalib. part. 2. cap. 2. §. 6. n. 4. & in cap. Quamvis pactum part. 6. §. 4. n. 7. Socin. cons 263. col. 1. n. 2. y 4. vers. Ad præmissa respondetur. Morquech. dicho lib. 1. cap. 9. n. 40. al 42. (2) Glos. In leg. fin. ff. de Pact. conv. Menoch. cons. 56. n. 2. præsumpt. 8. lib. 3. n. 1. y præsumpt. 9. n. 2. Canil. Borrel. cons. 56. n. 49. Surd. cons. 290. n. 41. Gasil. Observat. 133. lib. 1. n. 2. Barbos. in leg. 1. part. 1. num. 28. ff. Solut. matrim. y otros que cita, Fontanel. de Pact. claus. 6. glos. 2. part. 7. n. 5. (3) Ley 17. tit. 11. Partid 4. ley Si ergo, §. Dotis autem causa, ff. de Jure dot. ley fin. Cod. de Pact Convent. ley de his, Cod. de Donat. inter Vir & uxor, y ley. Donationes, §. Species, ff. de Donation. (4) Ley 17. tit. 11. Part. 4. Ley de His, Cod. de Donation inter Vir & uxor, ley Ubi adhuc, Cod. de Jure dot. ley fin. Cod. de Pact. convent.

solo el caso en que la muger los haya entregado á su marido para que los cuidase, y administrase como los dotales, y este recibídolos, y administrádolos, ó ella de su consentimiento; pues si los reservó, y administró por si, sin intervenir su marido, ni entregárselos (como puede hacerlo, si quiere, sin que éste tenga accion á impedírselo) cesa la obligacion marital en este caso; y si se consumen, deterioran, ó pierden será por cuenta, y riesgo de ella, porque retiene su dominio, y por consiguiente nada de su importe se la debe abonar, ni deducir del cuerpo de caudal, por no haber entrado en el fondo de la sociedad (1). Y lo mismo procede quando se duda si se los entregó, ó no, porque se presume haber retenido su dominio (2). Pues el marido en tanto está obligado, y es responsable, en quanto recibe, y no mas; y como la muger puede retener el dominio de todos sus bienes fuera de los dotales, y hacer de ellos lo que quiera: en constando que lo retuvo, y no los entregó á su marido, ni ella tiene accion á pedírselos, ni por consiguiente sus herederos: ni él obligacion de abonarla su importe, si no existen; y así si perecieron por caso fortuito, ó los empleó en algun negocio, en que los perdió; ó los impuso en el fondo vitalicio, todo es por su cuenta, y riesgo, aunque suene concedida la licencia por su marido para ello, porque esta es únicamente para que nadie tenga reparo en contratar con ella, mas no para que quede responsable á ellos su marido, si no se obliga expresamente en la misma licencia, ó en otro contrato; ni tampoco á parte alguna de sus frutos, que como accesorios siguen la naturaleza de lo principal, y además se constituyen comunes de ámbos, como se dirá en su lugar.

44 Si la muger no entregó á su marido sus bienes parafernales, pero los llevó á su poder, y con el uso de ámbos, y de su familia se consumiéron, ó deterioraron, callando, y consintiéndolo ella, no tendrá obligacion el marido, ni su heredero de bonificarla, ó pagarla su valor, ó estimacion (3). Lo

(1) Dichas leyes, y ley Hac lege, Cod. de Pact. convent. DD. in leg. fin. Cod. hoc tit. & in leg. 1. ff. Solut. matrim. Sr. Greg Lop en la 17. de Partid. cit. glos. 3. (2) Ley 17. tit. 11. Part. 4. *E si las non diere al marido.* (3) Dicha ley de His, Angel. in leg. Uxi adhuc, Cod de Jure dotium. Alex. in leg. Æstimatæ res, ff. Solut. matrim. Gom. en la 50. de Toro n. 44. vers. Et ex superioribus.

qual se entiende, excepto que se pruebe haberse hecho mas rico por este uso, pues entónces en quanto se utilizó estará obligado (1); ó que haya gananciales, en cuyo caso sacará su total como fondo puesto en la sociedad conyugal.

45 Mas si el marido los consumió en el uso de su casa, y familia, ignorándolo, y no consintiéndolo su muger, está obligado á la integra restitucion de su valor, porque no es visto habérselos donado (2). Lo qual procede, ya haya, ó no gananciales; pues en caso de no haberlos, los deberá reintegrar de su capital, como deuda contra él con hipoteca tácita.

46 No está prohibido al marido enagenar los bienes parafernales de su muger con su consentimiento, aunque no intervenga su juramento (3). Y si ámbos juntos los vendieron, y su precio se convirtió en satisfacer alguna deuda que la muger habia contraido ántes de casarse, no tiene derecho á pedirlo, porque cedió en su utilidad, pues si al tiempo que se casó, la tuviera satisfecha, esto ménos llevaria al matrimonio: y así respecto tener recibido su importe con el pago hecho, no se sacará del cuerpo de caudal, ni de los gananciales, ni tampoco del privativo haber del marido, ántes bien si éste la pagáre de sus bienes, le competirá la accion como socio ó procurador voluntario para recuperarla de los de su muger (4).

47 Pero si el precio de los bienes parafernales no se convirtió en utilidad de la muger, se la ha de abonar íntegramente, deduciéndose de los gananciales (si los hay) como fondo ó capital puesto en la sociedad; y no habiéndolos, del caudal de su marido, porque está obligado á responderla de ellos (5). Previniendo que no se llama utilidad ni provecho suyo el haberse convertido en sus alimentos, porque el marido está obligado por derecho (6) á dárselos.

48 Y aunque se diga que la muger se perjudicó en el consentimiento que prestó, por lo que carece de accion para repetir su precio, no obsta: porque el consentimiento es para no

(1) Ley de His cit. Gom. ibi vers. Secunda conclusio. (2) Dicha ley de His. Gom ibi vers. Tertia conclusio. (3) Ley de His dicha. Parl. cifferent. 124. n. 8. y 9. (4) Leyes Si liber homo 36. Solvendo 29. y Cum pecuniam 42. ff. de Negot. gest. y ley Omnes, ff. Pro socio. (5) Dicha ley de His, y ley fin. Cod. de Pact. convent. (6) Ley 3. tit. 11. lib. 10. Nov. Recop. Ley Si cum dotem 22. §. Sin autem, ff. Solut. matrim.

poder pedir al comprador, ni á su marido los mismos bienes que le vendió, mas no para privarse del derecho de repetir de éste su valor, pues para esto es necesario nuevo y expreso consentimiento; y aun quando lo diera, no serviria, porque se estimaria donacion entre marido y muger, que por derecho está prohibida (1), y se confirma solamente con la muerte del donante.

49 Si el marido los vendió sin consentimiento de su muger por su justo precio, podrá ésta sacarlos al comprador, porque no perdió su dominio; como que (2) no se transfiere á otro lo ageno sin voluntad de su dueño; y no queriendo molestar al comprador, sacará su total valor del cuerpo de la hacienda, como fondo puesto en la sociedad, y el contador lo deberá baxar de él sin reparo, pues en caso que la muger repitiese contra el comprador, tendria éste el regreso contra el caudal inventariado.

50 Habiéndolos vendido el marido en menor precio que el que valian, se ha de distinguir: si hay gananciales ó no: si no los hay, ó aunque los haya si la muger ó sus herederos los renuncian, es indubitable que tiene derecho para repetir los de su marido (3): y no devolviéndoselos éste, le exigirá su verdadero valor y estimacion (4), pues por haberse excedido en venderlos sin su permiso, es responsable á la reintegracion de su justo valor sin el menor desfalco.

51 Si hay gananciales, y los acepta la muger, puede pedir sin embargo el verdadero valor de sus bienes parafernales vendidos sin su beneplácito por su marido: porque aunque el dinero de lo vendido haya ayudado á multiplicar los gananciales, y la muger lleve la mitad del incremento, lleva igualmente su marido la otra mitad; y á no haberse vendido, se hubiera aumentado mas el caudal, pues quanto mayor es el fondo de la sociedad, mejor negocio se puede hacer, y sacar mas utilidad. A mas de que pudo haberse perdido el dinero, y entónces mayor perjuicio se irrogaba á la muger (5); y no se compensa el daño ó

(1) Ley 4. tit. 11. Partid. 4. Ayor. de Partit. part. 1. cap. 8. n. 2. y 3.
(2) Ley Id quod nostrum est 11. ff. de Regul. jur. y regla 13. tit. 34. Partid. 7. (3) Dichas leyes fin. Cod. de Pact. convent. y de His, Cod. de Donation. inter vir et uxor. (4) Ley Qui restituere 68. ff. de Rei vindication.
(5) Ayor. dicho cap. 8. n. 7.

culpa cometida en una cosa ó negocio, con el lucro adquirido en otro por alguno de los socios (1).

52 Dado que la muger no se contente con el precio en que su marido vendió sin su permiso sus bienes parafernales, y mas bien quiera el valor legítimo que tenian, se deducirá el de la venta del cuerpo de caudal, como incluso en la misma hacienda y fondo de la sociedad; y el mayor valor que el marido dexó de percibir, y perdió por su culpa, lo pagará, y á este efecto se baxará de su privativo haber, como deuda contra él, y no de los gananciales, porque de baxarse de éstos, se la pagaba con lo suyo própio la mitad, en la que se la perjudicaba indebidamente (2).

53 Pero si la muger pide no solo el legítimo valor de sus bienes parafernales vendidos sin su consentimiento, sino la mitad de frutos que desde la venta celebrada por su márido pudieron haber producido segun la estimacion regular, será oida, y el marido obligado á resarcirla todos los daños é intereses, por haberlos enagenado contra su voluntad, al modo que el socio lo está á los que por su culpa ocasiona á la sociedad (3); pues el que tiene obligacion de hacer, ó no hâcer alguna cosa, si procede contra su obligacion, debe pagar el daño é interés (4). Es así que el marido está obligado á conservar, y no enegenar los bienes parafernales que su muger lleva, y le entrega (5): luego si no lo hiciere, deberá satisfacer el que se la cause, en el que se comprehenden los frutos, que á no haberlos enagenado, hubiera percibido (6). Lo qual se limita, y no procede en caso que el marido pruebe que con el precio de los bienes parafernales de su muger lucró tanto como podian haber producido de frutos, y la podia tocar de éstos, pues entónces no habrá lugar la pretension de ella en esta parte (7).

54 Deducidos los bienes dotales de la muger, y los parafer-

(1) Ley 13. tit. 10. Part. V. en las palabras: E si alguna pérdida. Leyes de Toro 23. Non ob eam rem 25. y Et ideo 26. ff. Pro socio. (2) Ley Sed nec æs alienum 12. y ley Cum duobus 52. §. Damna, ff. Pro socio, y leyes Adversus coheredes 3. y Incerti juris 19. Cod. Familiæ erciscundæ. Ayor. dicho cap. 8. num. 8. (3) Ley Cum duobus cit. §. Venit, y §. Damna. (4) Ley Stipulationem 2. §. Item si in facto, ley In illa stipulatione 8. y ley Ubi autem 75. §. Qui id, quod, ff. de Verbor. obligation. et ibi DD. (5) Dicha ley fin. Cod. de Pact. convent. (6) Ley Item veniunt 20. §. Simili modo, y §. Restituere autem, ff. de Petition. hæreditat. (7) Ayor. dicho cap. 8. n. 9.

nales que llevó quando se casó, y retuvo, ó entregó á su marido, se han de baxar del cuerpo de caudal los demás parafernales; ó extradotales que acredite haber heredado por *testamento*, ó *abintestato* de sus ascendientes, ó de algun pariente ó extraño: ó recaído en ella por otro título lucrativo, mientras estuvo casada, y no por respecto á la sociedad conyugal, si los entregó á su marido, como debe, no habiéndose pactado lo contrario en los contratos nupciales, porque se contemplan tambien parafernales, segun dexo expuesto en el núm. 42., y así deben ser graduados por la regla que estos, por no ser del caso el que los lleve al matrimonio quando lo contrae, ó despues una vez que entraron en poder de su marido: ni tampoco ser de los que el derecho llama gananciales, ni por consiguiente comunicarse entre los dos como éstos, sino própios y privativos de la muger en quien recayeron para beneficio privativo y peculiar suyo (pues, como al fin del núm. 1. dexo expuesto, no pertenece á la sociedad (1) la adquisicion que se hace por sucesion), por lo que si existen, se la aplicarán por el valor que se les dé, y su deterioro en dinero, ó en otros equivalentes por su defecto; y no exîstiendo, se sacará el valor ó estimacion que tenian quando recayeron en ella, y los entregó á su marido. Y aunque consistan en número, peso ó medida, no tendrá derecho á pedir igual suma de cada especie, porque este privilegio se concede únicamente á la dote, y cesando la causa dotal, milita la misma razon en la muger, que en el marido para la exâccion de lo que puso por fondo en la sociedad conyugal (2).

55 La deduccion de los bienes hereditarios en el lugar expresado, concibo debe practicarse quando al tiempo de casarse nada se estipuló acerca de ellos. Pero si en las capitulaciones matrimoniales, ó en la escritura de recepcion de la dote se obligáre el marido á tener por aumento de ésta los bienes referidos, y á restituirlos en igual conformidad que los dotales, para que gocen del privilegio de tales: en este caso como que se contemplan serlo, aunque se reciban posteriormente, pues se retrotrae la obligacion de responder de ellos al tiempo del casamiento, en

(1) Leyes Nec adjecit 9. Et quia plerumque 10. y Et ita de Hæreditate 11. ff. Pro socio, y ley Si societatis 4. C. eod. tit. Gom. en la 50. de Toro, n. 72. vers. Tertius est. Matienz. en la 1. glos. 2. num. 3. y en la 3. tit. 9. glos. 6. n. fin. lib. 5. Recop. (2) Ayor. part. 1. cap. 7. n. 13.

virtud del pacto, como si entónces los entregára la muger al marido, se deberán baxar quando los dotales, y ántes que los parafernales; y en este caso no podrá la muger retener su dominio, y administrarlos, porque está obligado su marido á su responsabilidad. Y se previene que si no solo no hay gananciales, sino que falta caudal para completar todo lo que ámbos cónyuges entraron en su matrimonio, y heredaron constante éste, debe perder el marido, y suplir del suyo lo que falte para cubrir lo que percibió de su muger; porque entra en su poder, lo administra todo, se le transfiere regularmente su dominio, y está obligado á responder de ello.

56 Al marido pertenecen los frutos de la dote de su muger, sea ó no estimada (1), con tal que concurran tres circunstancias: I, que el matrimonio se celebre perfectamente: II, que tenga el dominio y posesion de la dote, y que la finca dotal se le haya entregado, porque hasta entónces no se titula así (2), y el dominio se adquiere por la tradicion y usucapion, y por otros medios (3): y III, que sufra las cargas matrimoniales (4). Lo qual se entiende, ya los frutos sean naturales, civiles ó industriales, y los bienes muebles, raíces ó semovientes, y excedan ó no á las cargas del matrimonio (5); y ya consistan en bienes vinculados, penas, multas, tributos ó en otras utilidades provenientes de Ducado, Condado, Dignidad ó Jurisdiccion de la misma muger; pues en todo tiene el usufructo y comodidad, miéntras dura el matrimonio (6). Advirtiendo que de los bosques dotales, cuyo usufructo y utilidad consiste en cortar no solo las ramas, sino los mismos árboles; puede hacer la corta, en caso que de su tronco ó raíces nazcan otros; mas no de los árboles frutales, excepto que se sequen ó pudran (7), y entónces deberá reponer otros.

(1) Ley Pro oneribus, Cod. de Jure dot. ley Dotis fructus, ff eod. tit. ley Plerumque, vers. Si servi, ff. Eod. y ley de Divisione, ff. Solut. matrim. (2) Ley Dotale, §. fin. ff. de Fundo dotal. (3) Cap. 10. num. 80. y 81. de la C. Part ley Traditionibus, Cod. de pact. (4) Leyes 18. y 25. tit. 11. Part. 4. (5) Leyes 23. tit. 31. Part. 3. y 25. t. 11. Part. 2. Dicha ley Plerumque, ley Pecudum, ff. de Usur. ley Unica, §. Itaque partus, Cod. de Rei uxor. actione. §. In pecudum, Institut. de Rerum divis. (6) Arg. leg fin. al fin. ff. Solut matrim. ley Si insula, vers. Ad imperorum, y ley Usufructu Legato, ff. de Usufruct. et ibi Paul. de Castr. Immol. Roman. Cuman. y Alex. Gomez en la 50. de Toro, n. 33. (7) Rebuf. in leg. Sylva Cædua, ff. de Verb. significat. vers. Utilitatis. Gutier. de Tutel. part. 3. cap. 27. num. 11.

57 Lo expuesto parece que no debe militar para con los frutos de los bienes parafernales de la muger, pues si los retiene en sí, la pertenecerán del mismo modo que su propiedad, durante el matrimonio, y no á su marido. Lo uno, porque los textos citados conceden solamente á éste los de la dote, y así en perjuicio de ella no se deben ampliar á otros. Lo otro, porque como accesorios siguen lo principal. Y además, porque en los bienes dotales interviene únicamente título oneroso, médiante el qual disfruta el marido de sus frutos en remuneracion y recompensa de las cargas matrimoniales que sufre (1). Pero no obstante, ya entregue ó no á su marido los bienes parafernales, se dividirán entre ámbos sus frutos (2), pues son comunes á los dos, como diré en el cap. 5. de este lib. num. 39.

§. II.

De dónde se deben deducir el capital que el marido llevó al matrimonio, y bienes que durante éste heredó, ó le donaron.

58 Separados y deducidos del cuerpo del caudal inventariado los bienes dotales, parafernales y hereditarios que la muger haga constar haber entrado en su matrimonio, ó su importe, si no existen, sé han de baxar en caso de haber utilidades que partir, los que el marido acredite igualmente haber llevado quando lo contraxo, y recaido en él por herencia, ú otro título lucrativo miéntras estuvo casado, porque como fondo, ó capital puesto en la sociedad, se debe segregar ántes que se proceda á la division de los gananciales, segun sentè en el núm. 1. de este capítulo; y lo mismo se ha de observar, aun quando no haya gananciales, si tampoco hay deudas contra el caudal; ó este alcanza para su satisfaccion, y para la de la dote y capital; no obstante que las haya. Y si entró en su matrimonio algun caudal ageno por habérsele constituido pagador de deudas,

(1) Glos. in leg. Ubi adhuc, Cod. de Jure dot. Gom. dicho n. 33. vers. Adde tamen quod fructus. (2) Ley 3. tit. 3. lib. 3. del Fuero Real, y ley 3. tit. 4. lib. 10. Novis. Recop. et ibi Matienz. glos. 1. n. 2. Montalv. en la del Fuero, glos. 1. Gom. ibi vers. Hodie tamen. Sr. Gregor. Lop. en la 17. tit. 11. Partid. 4. glos. 2.

ó para reintegrar á otro, y no las pagó mientras estuvo casado, se ha de estimar por caudal como suyo para el efecto de deducirlo ántes que los gananciales, porque entró en la sociedad conyugal, y el que sea, ó no suyo no es del caso, y así se contempla exístir en el globo del que dexa, y se ha de deducir de éste ántes que los gananciales, para entregarlo á su legítimo dueño.

59 Aunque al parecer haya gananciales, porque resulten muchos bienes comprados ó adquiridos por ámbos cónyuges durante su matrimonio: si se descubren, y verifican tantas deudas, que exceden á su total importe, se deben deducir (siendo contraidas durante la sociedad conyugal) primero que el capital del marido; y el residuo será lo que éste perciba por parte de su capital; pues regularmente hablando, debe satisfacerlas, y no su muger, sin embargo de que con él se haya obligado á su satisfaccion, porque su obligacion es subsidiaria en defecto de bienes de su marido, y esto en quanto se la siga utilidad solamente, ó por pechos y derechos reales (1). Y si las deudas igualan solamente á los gananciales, nada de éstos habrá que repartir entre los cónyuges, y así sacará cada uno únicamente el importe de lo que entró en la sociedad conyugal.

60 Si las deudas consumieren el capital y gananciales, no se prorratearán entre el marido y su muger, porque no la entrega sus bienes, ni los administra, ni se obliga á su restitucion, como él á la de los dotales, ni se la transfiere su dominio, como al marido el de los de ella; por lo que éste será quien lo pague todo, aunque nada le quede (2). Pero ni en este caso, ni en el del núm. anterior, llevará gananciales la muger á título de que aparecen muchos bienes adquiridos en su matrimonio, que quando se casó no habia, porque no hay herencia, ni utilidades hasta que se separan las deudas y fondos de la sociedad, como dexo dicho en el núm. 1. y expondré en el §. siguiente; se presumen adquiridos los bienes con el importe de las deudas: y la muger no adquiere dominio perfecto en los gananciales, hasta que se disuelve ésta, ni hasta entónces la compete accion á ellos: lo que sí á su marido, pues lo adquiere irrevoca-

(1) Ley 61. de Toro: Autentica *Si qua mulier.* Cod. ad Senatus Consultum Vellejanum. (2) Ayor. de Partition. part. 1. dicho cap. 7. n. 7. 8. y 39.

ble, y puede enagenarlos, segun diré en el cap. 4. de este libro.

61 Habiendo gananciales que partir despues de separados los capitales de ámbos cónyuges, y deudas de su matrimonio, aunque los bienes que llevaron á éste, hayan perecido, y todos los que existen sean ganados en él, se ha de deducir primero el importe de los capitales de ámbos, y deudas, pues no es del caso el que exîstan los mismos bienes, ú otros en su lugar, sino que el total valor de los exîstentes cubra ó supere el importe de los entrados en la sociedad conyugal, y deudas de ella. Previniendo que caso de haber gananciales, lo mismo es deducir el capital ántes ó despues que las deudas, pues la própia cuenta sale.

62 Llevando el marido al matrimonio, ó heredando despues de casado bienes consistentes en número, peso ó medida, si se consumieron, y no hay gananciales, los perderá, y no podrá pretender otra tanta cantidad en especie, ni su estimacion, como su muger por los suyos; y la razon es: I, porque de los bienes de estas clases que la muger lleva, pasa el señorío al marido, el qual los administra y hace suyos; por lo que el riesgo, pérdida ó aumento que tengan, cede en su beneficio ó detrimento: y así está obligado á restituirle otra tanta cantidad de cada especie, como recibió: ó su importe, segun queda expuesto en los núm. 6. y 10.; pero la muger jamás se constituye dueña, ni administradora de los de su marido, ántes bien el señorío de éstos se queda y exîste siempre en él, si no los enagena; y por lo mismo si perecen, es por su cuenta (1). Y II, porque ningun derecho obliga á la muger á tal responsabilidad.

63 Pero habiendo gananciales, sacará el valor, ó estimacion que tenian quando los llevó, como fondo que puso en la sociedad, cuyo importe se ha de baxar, y sacar primero, aunque ningunos gananciales queden que partir, y no otros tantos en número de cada especie (2); y la razon es: I, porque su valor es lo que realmente puso por fondo, del qual no se trans-

(1) Ley Pignus, Cod. de Pignoratit. action. y ley Plerumque, ff. de Jure dot. Ayor. dicho cap. 7. n. 11. Morquech. de Dotis dictos lib. 1. y cap. 9. n. 3. Bayo Prax part. 3. lib. 2. quæst. 18. n. 10. Guerreir. de Inventar. lib. 3. cap. 12. n. 132. (2) Arg. leg. Si tibi, ff. de Usufruct. earum rerum, que usu consumuntur, y leg. Res in dotem, ff. de Jure dot. Ayor. part. 1. cap. 7. n. 12. al principio

firió á la muger el dominio. I lo II, porque si cada especie valia mas entónces, quedaba perjudicado, y en su detrimento se utilizaba su muger del exceso; y si valia ménos, lo quedaba ésta, por lo que dándole la estimacion que tenian, en la que pudiera haberlos vendido entónces, y de que se utilizó la sociedad, á ninguno de los dos se hace agravio. Y lo III, porque aun quando la muger se obligase á restituirle la misma cantidad de cada especie, una vez que habia perecido, lo estaria solamente á la estimacion que tuviese al tiempo que se consumió, ó pereció (1).

64 Si el marido traxo á su matrimonio ganado productivo sin apreciar, que se murió, y hay gananciales, sacará el valor que tenia al tiempo de su muerte, al modo que la muger por igual razon; pues primero se ha de separar el fondo puesto en la sociedad, que dividir las utilidades de ella. Y lo própio se practicará por la misma razon, si voluntariamente lo vendió; pues de haberlo vendido debe quejarse de sí, y no de su muger, que no lo hizo, ni para ello era preciso su consentimiento (2).

65 Pero si la venta fué necesaria, v. gr. á fin de satisfacer el débito contraido durante el matrimonio, ó para otra urgencia indispensable, y se celebró en baxo precio, podrá deducir, y exigir no solo el en que se formalizó la venta, sino el justo que al tiempo que se efectuó, valia: porque es própio de la sociedad, que se entiende contraida entre marido, y muger, y muy arreglado á razon, el que ántes de sacar las utilidades, se deduzcan los verdaderos capitales de ámbos sócios conyugales sin desfalco (3): al modo que se practica en la convencional, sin cuya prévia deduccion no se puede saber si resultan, ó no.

(1) Ley In re furtiva, ff. de Condition. furtiv. & ibi DD. ley Eum qui, ff. Ut in dignis. Ayor. dicho n. 12. vers. Ratio diversitatis, hasta el fin.

(2) Ayor. part. 3. quæst. 30. n. 108. al principio. (3) Ayor. dicha quæst. 30. y p. 108. vers. Pero si la venta, y glos. en la ley 1. tit. 3. lib. 3. del Fuero Real.

§. III.

Qué deudas se deben deducir, ó no del cuerpo del caudal inventariado por muerte del testador, cómo los derechos del inventario, y demas que ocurran hasta que se concluye el juicio de particion: y si al heredero que defendió la herencia, ó mejoró los bienes de ella, se deberán pagar, ó no los gastos que hizo.

66 Así como no se llaman, ni son bienes própios del difunto, ni herencia de sus herederos, sino el residuo liquido que sobra del cúmulo del caudal inventariado por su muerte, despues de separado, y deducido lo que no es suyo (1): así no son, ni se llaman gananciales adquiridos constante matrimonio los que quedan despues de baxados únicamente los capitales que los cónyuges llevaron, y durante éste adquirieron por herencia, ú otro título lucrativo de algun pariente, ó extraño, si no se baxan, y separan tambien las deudas que contraxeron miéntras estuvieron casados: pues lo mismo se observa en la sociedad convencional (2). Pero es de advertir que aquí no trato del privilegio, y graduacion de estas deudas, por no ser su própio lugar, y explicarlo latamente en otra parte (3), pues una vez que haya que heredar, lo mismo es para el caso baxar las privilegiadas ántes, que las que no lo son.

67 Supuesto como incontrovertible lo referido, digo que despues de separados del acerbo del caudal inventariado en la forma y casos prescriptos en los §§. precedentes, la dote, y bienes efectivos que los cónyuges entraron en su matrimonio al tiempo, ó despues de contraerlo, ó su importe, se deben baxar las deudas legítimas, y verdaderas, que estén sin satisfacer, y el marido solo, ó su muger con su permiso, ó ámbos juntos contraxeron por razon de su conyugal sociedad miéntras estuvieron casados solamente, y pagarse de los ganancia-

(1) Ley Subsignatum 39. § Bona, ff. de Verbor. significat. ley Qui fundum, §. Si quis heredem, ff. Ad leg. Falcid. ley Irritum, y ley In imponenda, Cod. cod. tit. ley Mulier bona 72. ff. de Jure dot. ley Non possunt 11. ff. de Jure fisci, ley Si universe 15. Cod. de Legat. y §. Cum autem Institut. ad leg. Falcid. (2) Ley 16. tit. 10. Part. 5. Ley Onerosus alienum 27. y ley Si socii 23. ff. Pro socio. (3) Cap. 3. lib. 3. de esta 2. Parte

les que haya (1). Previniendo, que por deudas no solo se entienden las que provienen de préstamo, locacion, fianza, depósito, compañía, venta ú otro contrato semejante, sino los censos, cargas, y responsabilidades á que están afectos, é hipotecados los bienes raices de ámbos cónyuges, pues solo lo líquido como efectivo es lo partible, y lo que se llama herencia. Y al modo que al socio convencional se satisfacen todas las expensas que hizo por causa y utilidad de la sociedad (2); del mismo modo las hechas por marido, y muger durante el matrimonio, ó por el marido solo como cabeza, y administrador de la sociedad conyugal, se deben deducir, y pagar de los bienes multiplicados en la suya (3).

68 Y si habiéndolas contraido marido, y muger *por el todo* la demandaren por el todo sus acreedores, debe pagarlas enteramente en quanto alcancen los gananciales, como lo ordena dicha ley (4).

69 Mas no se deben baxar del caudal comun las deudas, cargas y responsabilidades que qualquiera de los dos contraxo, y tenia ántes de casarse, ó que contra sus fincas estaban impuestas, pues cada uno está obligado á satisfacerlas del suyo própio, y privativo, y de él se han de deducir, como prosiguiendo lo dispone la misma ley (5). Pues tanto ménos se entiende, y es visto haber llevado al matrimonio, porque de baxarse de aquel, y no de éste, resultaria que el otro cónyuge que no las habia contraido, pagaba indebidamente la mitad, en la que se le perjudicaba; y que el verdadero deudor debiendo satisfacerlas íntegramente, se beneficiaba en ella, y se lucraba en detrimento del que no lo era, lo qual prohibe justamente el derecho (6). Pero es de advertir que si alguna de las fincas de la herencia se halla gravada con censo enfitéutico perpetuo, y existe en esta Corte, se han de deducir de su valor el duplo capital del canon, ó rédito anuo que paga, y despues tres laudemios, ó cincuentenas, que es un seis por

(1) Ley 14. tit. 20. lib. 3. del Fuero Real y la ley 207. del Estilo.

(2) Leyes 7. al medio y penúlt. tit. 10. Part. 5. Dicha ley Cum duobus 52. §. Quidam sagariam: ley Si fratres, §. Si quis ex sociis, y ley Secundum Julianum, ff. Pro socio, ley Si merces, §. Vis major, ff. Locati.

(3) Matienz. en la ley 2. glos. 7. tit. 9. lib. 5. Recop. (4) Ley 207. del Estilo. (5) Ley 14. tit. 20. lib. 3. del Fuero Real. (6) Ley 17. tit. 34. Partid. 7. Ley Jure naturæ, ff. de Regul. jur. y cap. Locupletari de Regul. jur. in 6.

ciento, del residuo que quede baxada la carga real, farol ó alumbrado, y duplo capital, pues se debe aplicar libre enteramente del enfiteusis, á diferencia de quando se vende, que entónces se abona solamente el duplo capital, y la cincuentena que por la venta se causa, y toca percibir al dueño del dominio directo, con arreglo al Auto acordado del Consejo, inserto á continuacion del cap. 8. de la I. Parte, excepto que el comprador pacte que se le ha de dar libre enteramente de esta carga, como si nunca la hubiera tenido, en cuyo caso se le deben abonar quatro cincuentenas, y el duplo capital, ó redimirlo ántes de la venta por éste, y por las tres, que es lo que conviene practicar para no gastar tanto. Si se halla fuera de esta Corte, servirá de regla la escritura primitiva de su constitucion. Y si no la hubiere, ó aunque la haya, si no se expresáre en ella lo que se ha de practicar, se observará la costumbre del Pueblo: y lo líquido sobrante de su valor se aplicará al interesado.

70 El modo de deducir las deudas que cada uno tenia contra sí, es este: lleva el marido al matrimonio 20@ reales de caudal, y se verifica luego que debia 4@ que se omitió baxarlos del total, ó se le quita en juicio alguna finca que los valia: ó ésta se hallaba afecta á un censo, ó responsabilidad de igual suma que ámbos liberaron. En este caso, lo que realmente llevó son 16@ mil reales: y éstos, y no mas son los que se han de estimar por legítimo, y efectivo capital suyo, y deducir despues de la dote, y demas bienes de la muger, y ántes que los gananciales, refiriendo en el correspondiente presupuesto de la particion el motivo porque no se baxan los 20@ íntegros, y lo mismo se debe practicar con la muger. Lo qual se entiende, y milita tambien en quanto á las cargas de los bienes raices, excepto que al tiempo de contraer matrimonio se hubiesen baxado, y puesto solo lo líquido por dote, ó capital, pues entónces por éste se han de inventariar, y para la division estimar por efectivo caudal sin deduccion.

71 Si ningun caudal lleva uno de los contrayentes quando se casa, ántes sí deudas, las quales se pagan del adquirido durante el matrimonio, esto menos debe haber, y le tocará de gananciales. Y el modo de formar con justificacion la cuenta, es, agregar numéricamente el importe de ellas al de estos,

como si exîstiera: y hecho una suma, dividirlas por mitad, y entregar á su consorte la suya en bienes efectivos, y al deudor el resto, aplicándole en vacio, ó entrada por salida el de las deudas satisfechas; pues á no haberlas tenido, no hubiera que pagarlas, y su importe exîstiria en caudal, v. gr. hay de gananciales 10@ reales, y se pagaron 4@ que estaba debiendo, que juntos suman 14@ reales, de los quales tocan 7@ á cada uno. En este caso, el deudor no llevará mas que 3@, que unidos á los 4@ que debia, y se satisfacieron, componen los 7@ efectivos; pues de girarse la cuenta, partiendo solamente los 10@ exîstentes, y no haciendo mérito de los 4@ pagados, llevaria el deudor 9@, los 4 que para pago de sus deudas habian salido del caudal, y los 5 que percibia efectivos, y el otro cónyuge no mas que 5@, debiendo percibir los 7: por cuya cuenta quedaba perjudicado éste en 2@ que recibia de ménos, y aquel llevaba otros 2@ de mas, cuyas dos partidas componen los 4@ sacados del caudal, que injustamente se refundian en su beneficio. Y si no se quiere formar así la cuenta, se separará para el cónyuge, que nada debia, otro tanto como durante el matrimonio se pagó por las deudas del otro, y luego se dividirá igualmente el resto entre ámbos: en el mismo exemplo, se separan 4@ para el consorte, y se dividen con igualdad los 6@ entre los dos, y la própia cuenta sale, porque al deudor se aplican en vacio como recibidos ântes los otros 4@: y efectiva, y realmente de presente los 3@, mitad de los 6@ que residuan, deducidos otros 4@ para entregar al otro cónyuge; y percibe cada uno los 7@ que le tocan. Y así es menester gran cuidado en hacer las deducciones generales, y particulares, pues si se hacen del caudal que no se debe, ó del modo que no corresponde, se pueden causar muchos perjuicios, y pagará quien no está obligado, lo qual despues del punto de derecho es la mayor dificultad de una particion; previniendo que en las deducciones generales todos los interesados pagan á prorata de su haber.

72 Declarando el testador en su testamento estar debiendo á algun sugeto cierta cantidad, y mandando que sus herederos se la paguen, si por otro medio legal consta la deuda, debe deducirse del cuerpo de bienes como verdadera, ya sean legítimos, ó extraños sus herederos; pero no constando, se dis-

tingue: si estos son extraños, se baxará igualmente del cuerpo de sus bienes privativos, no mandando aquel lo contrario, ya sea cierta, ó incierta, y la acredite, ó no por otro medio, porque á ninguno se debe legítima, y así deben contentarse con lo que les dexe, sin inspeccionar la certidumbre ó incertidumbre de ella. Pero si son legítimos, se deducirá del quinto, ó tercio, (segun sean) aunque el testador la jure, porque su mera confesion, no obstante que sea jurada, no les daña, y así se estima como legado, el qual se debe deducir de ellos en quanto quepa (1).

73 ¿La muger casada puede, ó debe mantener á su padre, y madre pobres: y en caso que los mantenga, el gasto de manutencion deberá imputársela, ó no en su parte de gananciales? Que pudiendo, debe mantenerlos, es indubitable, pues así lo dicta el derecho natural, y lo manda el positivo (2). Lo qual se entiende, aunque la madre pase á segundas nupcias, si el marido no puede mantenerla (3).

74 Pero que haya de salir del acervo comun de los gananciales como afirma *Matienzo* (4), fundado en la obligacion natural, y en que si el débito voluntario contraido por marido, y muger durante su matrimonio, se deduce de ellos, con superior razon se debe deducir el necesario, qual es el de los alimentos citados, porque la muger es dueña de la mitad, atendida la disposicion de Derecho: lo que niego, á ménos que se pruebe, ó por congeturas se colija que el ánimo de su marido fué condonarlos, y no cargarlos á su muger, y por piedad contribuir á los padres de ésta con ellos: Lo I, porque la obligacion referida es peculiar, y privativa de la muger, y así no comprehende al marido, por no ser hijo, ni consanguineo de sus padres. Lo II, porque esta deuda, y obligacion no es cantraída durante el matrimonio, sino ántes de él por el hecho de haber sido engendrada, criada y alimentada la muger por sus padres, como se prueba de los textos citados: y los débitos

(1) Ayor. de Partition part. 2. quæst. 37. n. 36. (2) Ley 2. al fin. tit. 19. Part. 4. Ley Si quis à liberis al princip. y §. Si vel parens, ff. de Liber. agnoscend. leyes 1. 2. y 3. Cod. de Alend. liber. (3) Arg. leg. Quemadmodum, ff. de Liber. agnoscend. Lara de Aliment. in leg. Si quis à liberis, §. Si quis ex his, n. 273. y sig. (4) Ley 3. glos. 7. n. 10. tit. 9. lib. 5. Recop.

contraidos ántes no se deben satisfacer de los gananciales, sino de los bienes própios del que los contraxo, segun queda sentado. Lo III, porque aunque el débito contraido por uno de los sócios subsistiendo la sociedad, se debe pagar y deducir del cuerpo del caudal multiplicado en ella (1): esto procede, y se entiende quando por razon de los negocios de la misma sociedad se contraxo, mas no quando la causa de contraerse fué el própio, y privativo del sócio (2): es así que en el caso propuesto no se causó este débito de la muger por razon del matrimonio, ni de la sociedad conyugal: luego no debe deducirse de las utilidades comunes de ésta, sino de las que por su mitad tocan á la muger. Y la IV, porque la sociedad conyugal no lo es de todos los bienes de los cónyuges en estos Reynos de Castilla, como en el de Portugal, en donde se observa el fuero denominado del *Baylío*, sino tan solo de lo que se lucra, y adquiere miéntras dura, por lo que es sociedad singular (3); es así que en ésta todo lo que el sócio expende del caudal comun en alimentar á su muger, é hijos, se le imputa privativamente (lo qual se observa tambien entre los hermanos singulares socios, para que se guarde igualdad, y ninguno se enriquezca con detrimento del otro (4), pues no se presume donacion, á ménos que se pruebe) luego lo própio se debe practicar con la muger por lo respectivo a los alimentos que subministra á sus padres. Por lo que la opinion de Matienzo debe entenderse quando se permite al marido restituir durante matrimonio á su muger la dote, para que se alimente, y á los suyos en los casos que el derecho (5) prescribe.

75 Lo dicho quanto á la muger procede para con el marido; por lo que si éste mantiene á su padre ó madre, ó alimenta ó dota algun hijo de su primer matrimonio, durante

(1) Ley 16. tit. 10. Part. 5. Dichas leyes Omne æs alienum 27. y Socii 28. ff. Pro socio. (2) Dicha ley Sed nec æs alienum 12. y ley Socium, qui in eo ff. Pro socio. (3) Barg. de Paz Junior refiriendo á otros en la quæst. 11. n. 14. Matienz. en la ley 2. glos 3. n. 10. tit. 9. lib. 5. Recop. (4) Ley Si non fuerint 29. ff. Pro socio, ley Cum de indebito, ff. de Probation. ley Campanus, ff. de Operis libertor. y cap. Locupletari cit. de Regul. jur. lib. 6. Morquech. de Divis. bonor. lib. 2. cap. 2. n. 33. al 37. (5) Ley Mutus 73 §. Manente, ff. de Jure dot. ley Quamvis 20. y ley Sed et si ideo 21. ff. Solut. matrim. y ley Si quis pro uxore, §. fin. ff. de Donation. inter vir. et uxor. Morquech. dicho lib. 2. cap. 12. n. 33. al 137.

el segundo, deberá imputársele en cuenta de su haber el importe de los alimentos y dotacion, porque cede en detrimento de el que por razon de gananciales corresponde á la muger segunda, y llevará de ménos el de los gastos hechos en la dote, y alimentos dados á sus hijos; y no habiendo gananciales se aplicará su mitad, que se exîgirá del capital de su marido, porque la muger ninguna utilidad recibe en que se hagan aquellos, ántes sí desfalco, pues estos gananciales ménos habrá: ni contraido obligacion de coadyuvar á la dotacion, ni alimentos de los hijos de su marido (1): pues vale el argumento de éstos á ella, y al contrario (2). Todo lo qual se entiende no pactándose lo contrario al tiempo de casarse, ó no reclamando su parte el otro cónyuge, como regularmente sucede, pues por razon de piedad, y por otras que suelen intervenir, muy rara vez se reclaman los alimentos de hijos, ni padres, ni es bien visto que se reclamen, respecto á que quando se casan entran en el matrimonio con este conocimiênto, y no pueden alegar ignorancia, ni engaño.

76 Entre las deudas que se deben baxar del caudal comun se numeran los salarios de los criados: por lo que si un hijo ó hijastro en el tiempo y caso que se le debia dar salario sirvió á su madre ó padrastro, excusándole un criado, y mientras vivieron éstos no lo pidió, y despues de su muerte pretende su satisfaccion, se le debe pagar el devengado en el que los estuvo sirviendo. Sin que obste alegar que estaban pasados muchos mas años que los tres que la ley (3) prescribe á los criados para pedir sus salarios, y que por consiguiente está prescripta su accion: pues esta prescripcion para con los hijos empieza desde la muerte, porque en vida ni acostumbran pedirlos por reverencia y respeto, ni es bien visto que demanden á sus padres por ellos (4). Pero para que no se presuma que los sirvieron por piedad y obsequio, y sí con áni-

(1) Palac. Rub. in Rubr. de Donation. inter vir. et uxor. §. 61. n. 33. y §. 66. n. 18. Baez. de Non meliorand. filiab. cap. 11. n. 120. y sig. Burg de Paz, quæst. 8. n. 19. y sig. Gutier. lib. 2. Pract. quæst. 117. n. 5. y quæst. 120. Morquech. dicho cap. 12. n. 14. García de conjugali acquæstu, num. 152. (2) Ruin. consil. 104. col. 11. vol. 1. vers. Sed præcedentis. Morquech. ibi n. 15. (3) Nota 1. tit. 20. lib. 11. Novis. Recop. (4) Flores de Mena, lib. 1. Var. quæst. 8. §. 2. n. 53. y 54. Gom. en la ley 29. de Toro, n. 24. vers. Ex quo subinfertur. Ayora, part. 3. quæst. 2. y 3.

mo de repetir su salario, conviene que así lo protesten: en cuyo caso no se dudará que se les deben, bien que sirviendo á su padrastro, ó hermano, no necesitan protestarlo, porque cesa la razon de obsequio, y piedad que para con sus madres (1). Lo própio milita quando administra la hacienda de su padre en el caso que explicaré mas adelante (2).

77 ¿De dónde se han de deducir, y cómo se han de satisfacer los derechos de inventario, tasacion, particion, aprobacion y demás que ocurren, hasta que á cada participe se entrega el testimonio de su haber ó adjudicacion? Punto que no he visto que determine ninguna ley, ni que ningun Autor haya tratado, por lo que suelen algunos causar no leves perjuicios á los interesados, y así digo para evitarlos: que si el marido muere, y no traxo capital, ni su muger dote, y por consiguiente todos los bienes son gananciales, se deben pagar dichos derechos en esta forma: la viuda la mitad de todo como socio interesado en ella, y los herederos del marido la otra mitad; y si éste la legó el quinto ó tercio, ú otra quota, satisfará tambien á proporcion de esto; pero aunque la toquen arras de cantidad cierta, por habérselas ofrecido su marido, nada mas debe pagar por esta razon, porque las arras son deuda contra sus bienes, que debe cobrar como acreedora sin desfalco, y no herencia, utilidad ni lucro de la sociedad. Y lo própio milita para con el lecho quotidiano que la ley la concede, y el luto que los herederos deben darla (3), pues nada de estas cosas percibe como ganancial, sino como débito.

78 Si llevó dote, ú otros bienes al matrimonio, y hay gananciales, se debe practicar lo mismo que con las arras ciertas, luto y lecho, porque en quanto á ellos es igualmente acreedora contra los de su marido (ya sea por la accion de dominio por los que exîsten, y quiere recuperar, ó por la hipotecaria, á causa de no exîstir, y tener que responderle de su importe sus herederos), y no interesada como socio, por lo que, y por no percibir con este respeto utilidad alguna de

(1) Parlador. lib. 1. Rer. quotidian. cap. 19. n. 5. (2) Cap. de las Colaciones, n. 90. lib. 2. de este tratado. (3) Véase el cap. 6. §. 3. de este libro.

la sociedad, no se debe tener consideracion á su haber patrimonial, que están obligados á satisfacerla efectivamente sin dispendio los bienes de la herencia, aunque nada quede á los hijos ó herederos del difunto, pues para reintegrarla de su crédito no es necesario hacer inventario, tasacion ni particion atento á que es líquido; y así pagará solamente por lo que la toque de gananciales á proporcion.

79 Si no hay gananciales, nada debe pagar la viuda por las razones expuestas: y si solo legándola su marido el quinto, ú otra quota de la herencia, satisfará á prorata de lo que por esta causa perciba, porque en esta parte se la contempla como heredera, se utiliza en quota considerable de los bienes del difunto, y para saber á quánto asciende es indispensable hacer inventario, tasacion, liquidacion y deduccion. Lo qual no sucederá á los legatarios de cosa especifica, ó cantidad determinada, porque para su entrega nada de esto es preciso practicar.

80 Por lo respectivo á los herederos hay que distinguir tambien: Si todos son instituidos igualmente, es incontrovertible que deben pagar con igualdad, porque perciben igual utilidad; pero si alguno ó algunos son mejorados en el tercio ó quinto, ó en ámbos, ó por ser extraños, están instituidos en porciones diversas, deben satisfacer á prorata de su haber los gastos y derechos referidos, pues al modo que llevan la ganancia, deben sufrir el gravamen, como en toda sociedad convencional se practica, porque mayor trabajo se tiene en el proratéo, y respectiva aplicacion al que mas lleva, que al que ménos, y asi se debe formar otra igual cuenta para la exâccion y repartimiento de ellos; y es indubitable que á saberse á quánto ascendian ántes de evacuar la particion, se baxarian del cuerpo del caudal como deuda contra los socios interesados en él, al modo que las demas, y entonces pagaba cada uno en la forma expuesta. En quanto á los derechos de sacar los títulos y papeles que falten de alguna ó algunas fincas de la herencia: ó de la que se divide entre dos, ó mas, digo: que ya haya ó no mejora deben deducirse del cuerpo de caudal, porque si el testador los hubiera sacado, este ménos dexaria, y respecto no haberlos sacado ni dividido sus bienes de modo que no fuese preciso sacar copias de los de alguna

ó algunas fincas para los interesados en ellas, es justo que todos las paguen (1).

81 Pero es de advertir que los derechos de discernimiento de tutela, curaduría, defensoría, asistencia y trabajo del curador de algun heredero menor, loco, fatuo ó desmemoriado, ó del defensor de ausente no están comprehendidos en los referidos, pues éstos como peculiares y privativos suyos los deben satisfacer, á mas de los que en el concepto de herederos ó mejorados (si lo fuesen) les tocan. Lo qual prevendrá el contador por declaracion al fin de la particion, para que la tasacion se execute en los respectivos términos expuestos, pues así lo previne, y en virtud de precepto judicial se practicó en la que de los bienes muy quantiosos de un Grande (en que habia mejora, dote, menores y gananciales) formalicé en esta Corte, no obstante el abuso de igualdad introducido por la ignorancia, y con mi dictamen se practicó en otras, y aprobó, por ser justo, racional y equitativo, y hoy se observa.

82 Se han de baxar igualmente del cuerpo de caudal los gastos útiles y necesarios que del suyo privativo hizo alguno de los herederos en reparar y mejorar los bienes comunes de la herencia, durante la proindivision, y aplicársele íntegramente como acreedor: y si no se baxaren le deben satisfacer proporcionalmente los coherederos sus respectivas partes, hecho el cómputo entre éstos, y el que los hizo, porque cedieron á beneficio de todos, pues lo mismo se practica en la sociedad convencional (2).

83 Si habiéndolos interpelado judicial ó extrajudicialmente para su pago no se lo hiciesen, le deberán satisfacer desde la interpelacion ó mora de los justos intereses, que á no haber impendido su dinero en los bienes de la herencia, pudiera haber ganado empleándolo en otra cosa ó negocio (3).

84 Si alguno de los herederos que posee la herencia, estando los demas ausentes, hiciere gastos en defenderla por que-

(1) Véase la nota que precede á la Escritura de particion, cap. fin. lib. 2. de esta 2. parte. (2) Ley 16. tit. 10. Part. 5. Dicha ley Omne æs alienum, ley Si fratres, §. Si in communionem, y ley Si pro socio, §. Pro socio.

(3) Ley 18. §. 3. His consequenter, ff. Familiæ erciscundæ. Glos. et DD. in leg. Vinum, ff. de Reb. credit. si certum pet. Ayor. de Partion. part. 3. quæst. 20.

rer quitársela otro pariente ó extraño, pretestando ser bienes suyos, ó por otros motivos; parece que los coherederos si luego que vienen piden sus partes, deberán abonarle proporcionalmente los hechos en su defensa, porque á no haberlos hecho, nada tendrian que tomar, ántes sí que gastar en recuperarlas si las querian. Pero no obstante, no estarán obligados en rigor de justicia á abonarle cosa alguna de su importe: Lo I, porque no los hizo por su mandado, por lo que no le compete contra ellos la accion de *mandato*, sino la de Procurador voluntario (1), que se da contra el que cuidó de los negocios del ausente ó ignorante sin su mandato (2). Y lo II, porque los hizo de necesidad por su privativa utilidad en defender su parte, y no la de los coherederos; por lo que solo en el caso de haber satisfecho algunos mas por la defensa de todos, deberán abonarle el exceso (3) (*a*).

(1) Ley Hæres ejus, §. Non tantum, ff. Familiæ erciscund. (2) §. 1. Institut. de Obligation. quæ ex quasi contract. y ley 2. ff. de Negot. gest.

(3) Ley ex parte 39. al princip. ff. Familiæ erciscund. Ayor. part. 3. quæst. 18.

(*a*) Para no asentir el Licenciado D. Josef Marcos Gutierrez á los fundamentos en el precedente núm. insertos, sobre qué gastos deben satisfacer los herederos ausentes, que parecen ó se presentan despues de haberse defendido la herencia por el heredero que se hallaba presente, propone el caso de *la ley* 26. *tit.* 12. *P.* 5. que habla del que negocio los asuntos de algun ignorado ausente: *y el de la ley* 28. *tit.* 14. *de la misma Part.* en la que se dispone de los que pagan deudas indebidas; ¿que mas habia de haber dicho el Autor que asegurar lo que propone con las expresiones *de que no están obligados en rigor de Justicia*, pues á su tiempo, quando suceda el caso, precisamente no pueden olvidarse los fundamentos en que estrive la accion que aleguen las partes? Las dos leyes tratan de una obligacion que proviene como de un contrato; el de dicho número no es mas ni ménos que defender la herencia en la que el heredero es partícipe en mucha ó poca cantidad; si el que negocia los asuntos del ausente expende en su administracion, pues exécuta ésta con cierta ciencia de que no es suyo, y precisamente con el fin de entregar los bienes á su dueño, dando cuenta de sus productos (como que las cosas claman por su dueño), debe reintegrarse enteramente de los gastos; de lo contrario era claro su perjuicio, y beneficio del ausente, enriqueciéndose éste con la pérdida de aquel, repugnante á todo derecho; el que paga lo que no debe consigue una obligacion de la misma clase, y como el que juega por acreedor á otro, no siéndolo, recibe lo que no es suyo, es clara la repeticion de lo entregado, mediante que así como lo que se da á cierta ciencia de no deberse, es una especie de donacion, lo que se entrega por error debe volver á su dueño, y no puede retenerlo con cierta ciencia de que es indebido; de que se advierte la dife-

85 Y si el hermano ó heredero presente no poseía la herencia, por lo que no la defendió, sino que la pidió toda para sí á quien la tenia, diciendo ser único heredero, por haber fallecido otro que se habia ausentado, y despues de obtenida en juicio parece el coheredero ausente, y pretende la mitad, y el presente se resiste á entregársela, pretextando haberse declarado solamente á su favor, y no al del coheredero que no litigó: en este caso deberá comunicar con él la victoria del pleyto, y cederle su derecho por mitad para que la perciba de los poseedores; y si está en posesion de ella, entregársela, pues la victoria ó sentencia aprovecha al coheredero segun derecho (1). Lo qual se entiende pagándole las costas causadas á proporcion (2).

rencia de los casos propuestos, y que no enervan lo referido en dicho núm. Véase á *Arnoldo Vinnio en los* §§. 1. *y* 6. *instit. tit.* 28. *lib.* 1. *de las obligaciones que nacen como de contrato*, donde latamente, y conforme á derecho explica uno y otro caso.

(1) Ley Si hæres unus 7. ff. Familiæ erciscund. (2) Ayor. dicha part. 3. quæst. 19. de Partition.

CAPITULO IV.

DEL MODO DE DIVIDIR ENTRE EL CONYUGE supérstite y herederos del difunto los gananciales adquiridos durante su matrimonio, y mientras está la herencia proindiviso, y las mejoras hechas en los bienes libres y vinculados de ámbos cónyuges; y de qué bienes se han de satisfacer la dote, y arras ó dotacion que dieron ó prometieron á sus hijos.

§. I.

Quáles se llaman bienes gananciales, y se comunican á los casados: y cómo se han de dividir entre hijos de dos ó mas matrimonios.

1 Deducidos los bienes que el marido y su muger acreditaren haber puesto por fondo, y entrado en su sociedad conyugal al tiempo de casarse, y despues de casados (*a*); y las deudas contraidas durante su matrimonio verdadero en la forma y términos explicados en el anterior capítulo, es incremento y útilidad de la misma sociedad todo el residuo, y como ganancial ó multiplicado se debe comunicar en estos Reynos de Castilla, y dividir por mitad entre los dos, si viven juntos (1). Lo qual era al contrario por derecho antiguo, pues todos los bienes se presumian pertenecer al marido, y la muger llevaba solamente los que probaba ser suyos, para evitar la sospecha de que los hubiese adquirido con trato ilícito; excepto que tuviese arte ú oficio con el qual los ganase honestamente, pues en este caso no se la desposeía de los que alegaba pertenecerla, y sobre ello era oida (2). Ya he dicho

(1) Ley 1. tit. 4. lib. 10. Novis. Recop. (2) Ley 2. tit. 14. Part. 3. en las palabras: que quando el marido muere, &c. Ley Quintus Mucius 51. ff. y ley Etiam si uxoris 6. Cod. de Donation. inter vir. et uxor. Matienz. en la ley 1. tit. 2. lib. 5. Recop. glos. 1. Ayor. part. 2. quæst. 36. n. 34. Garcia de Acquæstu conjugal n. 63.

(*a*) Sean ó no suyos enteramente, porque una vez entran en el fondo de la sociedad, deben sacarse al tiempo de disolverse ésta ántes que todo, aunque sean agenos, si es que no se entregaron á sus dueños mientras duró el matrimonio, para que se los pague el que los llevó, y á este fin se le aplican.

cómo se ha de dividir entre el supérstite é hijos de ámbos cónyuges la parte del caudal de éstos puesta en fondo vitalicio, y lo que se debe practicar (1).

2 Lo expuesto en el número precedente milita y ha lugar, no solo quando marido y muger cohabitan en un mismo pueblo y casa, sino aunque estén en diversos, con tal que subsista el matrimonio, v. g. si el marido está empleado, y la muger porque el clima es nocivo á su salud, ó por otro justo motivo se queda en su patria, ó si en ella tiene algun tráfico, y el marido otro en otra parte: pues en estos, y otros casos semejantes, subsisten el matrimonio, y la sociedad y union de sus voluntades, aunque no la de sus cuerpos, y así todo quanto ganen uno ú otro, ó ámbos, se debe comunicar y dividir por mitad (2), á pesar de que algunos creen que para esto es precisa la simultánea cohabitacion.

3 Lo mismo procede, ya lo ganen ámbos, ó el uno solo durante el matrimonio, pues aunque el uno nada trabaje, no dexará por eso de participar de las utilidades, porque para este único objeto, mediante la legal concesion, son socios de compañia universal, en la qual no se impide la sociedad y participacion de las ganancias, por comerciar y trabajar el uno, y nada hacer el otro, respecto á que se negocia con el caudal, y á nombre de ámbos, aunque suene uno solo (3), pues para dicho fin se estiman en el legal concepto por una persona.

4 Si no consta, ni se acredita qué bienes llevó cada uno al matrimonio, ó si durante él heredó, ó le donaron parientes ó extraños por su mera contemplacion, y no por la de la sociedad conyugal, ó su importe, todos se conceptúan adquiridos en su intermedio, y deben dividir en la forma expresada (4). Pero si alguno de ellos acredita los que heredó por

(1) Véase el n. 18. del cap. 4. de la 1. Parte. (2) Palac. Rub. in Rubr. de Donation. inter vir. et uxor. §. 64. n. 15. Gom. de Leon in sua Centur. cap. 1. n. 11. Acev. en la ley 2. n. 14. verb. de Consuno, y en la 6. al fin, tit. 9. lib. 5. Recop. Matienzo en dicha ley 2. glos. 1. n. 42. y 43. Gom. Arias en la 12. de Toro, n. 15. Morquech. de Divis. lib. 2. cap. 11. n. 3. Garcia ibi, n. 53. al 58. (3) Alex. consil. 37. col. 2. Morquech. de Divis. lib. 2. cap. 2. n. 29. y cap. 11. dicho n. 15. y 16. (4) Ley 4. tit. 4. lib. 10. Novis. Recop.

testamento ó abintestato, ó le donaron ó legaron en la forma expuesta, ya sean muebles, raices ó de otra clase sin excepcion, serán suyos privativamente, y se deberán separar, y aplicársele, porque la adquisicion que proviene de la sucesion, no pertenece á la sociedad, como está resuelto en derecho (1).

5 En la villa de Alburquerque, Ciudad de Xerez de los Caballeros, y Pueblos de su comarca, en que se observa el fuero denominado del *Baylío*, todos los bienes que marido y muger llevan á su matrimonio, y heredan y adquieren despues por qualquier título, son comunicables como gananciales entre ámbos, aunque el uno nada lleve, no pactándose al tiempo del casamiento lo contrario, ó casándose segun el de Leon, cuyo fuero está mandado observar (2).

6 Los bienes que como gananciales ó multiplicados se deben dividir con igualdad entre marido y muger son, no solo los que entrámbos compran durante su matrimonio con el dinero y caudal comun (3), sino los que compra el marido por sí solo, ó su muger con su licencia tácita ó expresa, ya sea el dinero comun, ó de qualquiera de los dos, pues de todos modos se les comunican en la forma expuesta (4), porque se atiende al tiempo de su adquisicion, y no á la persona, en cuyo nombre suena la venta, y aparecen comprados.

7 Lo qual se limíta en estos casos: ó que con el precio del fundo de uno de los cónyuges vendido se compren otro ú otros, y en la escritura se exprese así: ó se pruebe por testigos, ó por otro medio legal: ó lo confiese el otro cónyuge, (bien que esta mera confesion es prueba débil, porque se reputa donacion entre los dos, y solo con la muerte se confirma en lo que por derecho se permite), pues se subrogan éstos en lugar de aquel, por cuya subrogacion quedan próprios del que era dueño del vendido, ya valgan mas, ya ménos que éste; y así se han de estimar y aplicar como si estuvieran

(1) Ley Nec adiecit 9. y sig. ff. Pro socio, y ley Si societatis 3 Cod. Eod. tit. Gom. en la ley 53. de Toro, n. 72. vers. Tertius est. (2) Ley 12. tit. 4. lib. 10. Novis. Recop. (3) Cap. 2. de Donation. inter vir. et uxor. et ibi DD. Sr. Covar. lib. 3. Var. cap. 19. n. 2. (4) Segur. in Repet. leg. 3. §. ult. n. 70. y 71. ff. de Liber. et posthum. Matienz. en dicha ley 2. glos. 2. n. 1. y 2. Gutier. lib. 2. Pract. quæst. 117. n. 3.

existentes, y sin vender, y no por otro valor (1). O que se trueque por otro, y se diga que se ha de subrogar en su lugar, pues se entenderá subrogado y substituido, y se le adjudicará por el precio del permutado, ya sea mayor ó menor, y no por el que á la sazon tenga, y le haya dado el tiempo solo (2). O que el marido con dinero dotal, y consentimiento de su muger compre alguna finca raíz, pues en este caso se hará própia de ella, y ganará su Señorío como comprada con su mismo dinero; pero si no interviene su consentimiento, y el marido la compra en su própio nombre, será dotal en subsidio solamente, que es en defecto de tener otros bienes el marido (3), y fuera de estos casos no se constituye de la muger (4), como dixe en el cap. 3. n. 26. al 28.

8 Se comunican igualmente entre marido y muger la comodidad y frutos del usufructo de alhajas ó fincas que uno de ellos llevó en propiedad al matrimonio, y durante éste se consolidó con ella, por haber fallecido el que la usufructuaba, ó por otra causa ó motivo (5), pues se conceptúa haberla llevado en propiedad y usufructo.

9 Pero el derecho de usufructuar no se comunica á los socios, porque es personal, y á la similitud y manera de propiedad que pertenece á su legítimo dueño; se juzga provenir de la causa que ésta; y es una misma cosa con ella, y no distinta; y quando el fin tiene causa necesaria con el principio, se atiende á éste, y no á aquel, porque no es cosa nueva, sino incremento de la primera; al modo que quando el aumento intrínseco sobreviene á la misma cosa por su própia fuerza, virtud y naturaleza, v. gr. el marido lleva al matrimonio un fundo que vale mil reales, y durante matrimonio llega al valor de dos mil, porque el tiempo se lo dió sin su industria, trabajo, ni obra

(1) Morquech. dicho lib. 2. y cap. 11. num. 6. Matienz. en dicha ley 2. tit. 9. lib. 5. Recop. glos. 2. n. 4. vers. *Limita*: y n. 5. (2) Ley 11. tit. 4. lib. 3. del Fuero Real. Rodrig. Suar. en ella, vers. Secundo limita. Matienz. ubi sup. n. 4. Acev. en dicha ley 2. n. 16. (3) Ley 49. tit. 5. Partid. 5. et ibi glos. 8. ley Uxor. marito, ff. de Donat. inter vir. et uxor. ley Ita constante, ley Res quæ, y ley Cum vir, ff. de Jure dot. (4) Ley Ex pecunia, Cod de Jure dot. Gom. en la 50. de Toro, n. 36. (5) Palac. Rub in Reper. rubr. de Donat. inter vir. & uxor. §. 62. n. 13. Gutier. lib. 2. Pract q. 116. num. 4. Ayor. de Part. part. 6. cap. 8. n. 20. Morquech. dicho lib. 2. y c. 11. n. 10. y lib. 4. cap. 5. n. 14.

hecha en él: pues este valor intrínseco, y aumento es própio y privativo del marido, y así no se debe comunicar á su muger, ni por consiguiente tasarse por mas que el que tenia, y se le dió al tiempo que lo llevó. Aunque el derecho de usufructo, ó de percibir los frutos, ó disfrutar la comodidad, es una cosa que no es comunicable: los mismos frutos, ó comodidad del usufructo, que son cosa muy diversa de aquel, se comunican (1).

10 Lo própio milita quando el marido adquiere despues de casado el usufructo de algunos bienes: v. g. quando de su primer matrimonio tiene un hijo en su poder, el qual heredó á su madre: ó sus parientes ó extraños le donaron algunas fincas, cuya propiedad y derecho de usufructuarlas le toca; pero la comodidad y sus frutos corresponden á su padre como tal, miéntras exîsta en su poder, con obligacion de alimentarlo, y darle educacion. En este caso aunque la muger segunda no tiene parte en el derecho de usufructuar, por ser del padre, ínterin no sale el hijo de su dominio, pero sí en los frutos que las fincas producen miéntras esté casada con él; y así llevará la mitad de los que durante su matrimonio haya, y no se baxará, ni descontará de los gananciales, para aplicarlo todo al marido (2), porque si la muger muere ántes de salir el hijo del poder de su padre, queda en éste el mismo derecho. Lo qual es corriente, y como opinion segura, y mas comun se observa en la práctica.

11 Son comunicables tambien á los cónyuges los frutos de la parte de herencia ó legado que el testador dexó á alguno de ellos, y se vencieron despues de su muerte, no obstante que sobre validacion del legado, ó division de la herencia haya habido pleyto, y tardado por este motivo en hacerse la particion, y entrega; pues sin embargo de que Ayora (3) afirma que el legatario ó coheredero los ha de llevar precipuos como la cosa legada, fundándose en que no se llama tener perfectamente la

(1) Sr. Greg. Lop. en la ley 18. tit. 11. Partid. 4. glos. 2. Gom. en la ley 50. de Toro, n. 78. y en la 70. n. 28. cerca del fin, y lib. 2. Var. c. 15. n. 19. Palac. Rub. ubi sup. Matienz. en dicha ley 1. tit. 9 lib. 5. Rec. glos. 1. n. 87. al 90. Gutier. ubi sup. n. 1. y 2. Ayor. dicho cap. 8. n. 22. (2) Palac. Rub. en dicho §. 60. vers. Unde lucra habita, n. 11. al 13. y §. 65. al fin. Faber. in §. Si cui, Institut. de Legat. Ayor. dicho cap. 8. n. 20. al 22. part. 1.

(3) Part. 3. quæst. 29.

cosa miéntras no se posee realmente, y con efecto, y en que los cónyuges no pusieron trabajo en su produccion, el qual es el motivo fundamental de la ley para que participen de ellos; no debe seguirse su dictámen. Lo I, porque el legatario en el instante que fallece el testador, adquiere dominio en el legado, como específico (1), y desde el dia de su adquisicion se le deben los frutos (2), y especialmente desde la contestacion del pleyto, desde la qual se constituye poseedor de mala fé el colitigante (3). Lo II, porque la ley no requiere, ni pide precisa é indispensablemente que los cónyuges pongan su industria y trabajo material en su produccion, pues basta que constante su sociedad y union de voluntades se produzcan y devengen; y la prueba de ello es el concedérselos hasta de los bienes castrenses, y casi castrenses que no se les comunican (4); pues si su personal trabajo fuera indispensable, no se comunicarian los réditos, pensiones y otros, en que nada mas hacen, ni tienen que hacer, que percibirlos. Y lo III, porque la demora en determinarse el pleyto no daña al cónyuge, ni por la sentencia adquiere cosa nueva, sino únicamente declaracion del derecho que tenia adquirido, como lo expresa una ley (5): es así que declara pertenecerle los frutos desde entónces: luego es lo mismo que si desde este tiempo hubiera empezado á percibirlos; y mas, habiéndose seguido el pleyto á costa del caudal de ámbos, por lo que se retrotrae á él.

12 Lo mismo procede quando durante el primer matrimonio empieza pleyto sobre la pertenencia de ciertos bienes á alguno de los cónyuges; pues si muere ántes de concluirse dexando hijos, se vuelve á casar el supérstite, y el pleyto se termina durante el matrimonio segundo, percibirán íntegros los bienes los hijos del matrimonio primero, y tambien la mitad de frutos vencidos hasta la muerte del dueño de los bienes; y los del segundo nada de su propiedad, y si únicamente la parte que como herederos del supérstite les corresponda con los del primero á la otra mitad de frutos (6).

(1) Ley 2. Cod. Commun. de leg. y ley 34. tit. 9. Partid. 6. (2) Ley 37. dicho tit. 9. Part. 6. y ley Herennius 42. ff. de Usur. (3) Ley Certum est 22. Cod. de Reivindication. (4) Véase el cap. 5. §. 5. n. 37. (5) Ley *Sicati autem. §. Et si quidem. 4 ff. Si servitus vendicetur.* (6) Garcia de Conjugali acquæstu ex n. 190. al 195.

13 Se comunica por mitad entre los socios conyugales el precio del fundo matrimonial, que durante el matrimonio retrae el marido por derecho de sangre, como mas inmediato consanguíneo, pero no el fundo (1); por lo que aunque el valor de éste se inventarie, y considere (segun se debe) como aumento del caudal de ámbos, para saber á quanto ascienden las utilidades de la sociedad, no se ha de dividir entre ellos, sino aplicarse íntegro al marido como dueño en parte de pago de su mitad; y por su muerte á los herederos, como que le suceden en todas las acciones activas y pasivas transmisibles, y le representan y ocupan su lugar: y á la muger se la dará otra cosa por la mitad que la toca de su valor; pues á ninguno se debe despojar del dominio de sus bienes conocidos para adjudicarlas al otro, sin que preceda su consentimiento, ó que en otros términos no se le pueda hacer pago de su haber como dexo advertido (2).

14 La estimacion ó valor de los oficios de Regidor, Escribano, Procurador, Alguacil y otros enagenados de la Corona, que durante el matrimonio compran los cónyuges, se les debe comunicar en los própios términos, porque estos oficios por costumbre de estos Reynos, y tácita permision del Soberano se venden, dan en pago, y hace execucion en ellos, y como transmisibles á los herederos se colacionan, al modo que otros bienes, y se les aplican en las particiones (3).

15 Es de advertir que aunque los cónyuges los hayan comprado por poco, si al tiempo de la particion tienen mayor valor, se han de adjudicar por el que entónces se les dé, y no por el que tuvieron, (pues su intrínseco incremento toca á la sociedad conyugal, al modo que la tocaria el decremento si lo tuviesen) y de la mitad debe participar la muger (4); por lo que si ésta fallece con hijos, se vuelve á casar su viudo, muere dexándolos tambien del segundo matrimonio, y existe el oficio al tiempo de su muerte, llevarán los del primero su mitad con su aumento intrínseco como parte de herencia materna, y partirán

(1) Gom. en la ley 70. de Toro, n. 38. Castill. en ella, col. fin. y Gom. Arias, num. 48. Diego Perez en la 4. tit. 4. lib. 8. Ordenam. fol. 165. Matienz. en la 7. glos. 12. n. 10. tit. 11. lib. 5. Recop. Gutier. dicha q. 116. num. 3. (2) Cap. 2. num. 49. (3) Gom. en la ley 29. de Toro, n. 21. Matienz. en la 5. tit. 9. lib. 5 glos. 4. n. 6. (4) Sr. Covar. lib. 3. Var. cap. 19. Ayor. de Partit. part. 1. cap. 8. n. 16.

con sus medios hermanos la otra mitad como herederos todos de un mismo padre; porque aquella mitad por ser adquirida, y dexada por su madre, es privativa de ellos, y no de sus medios hermanos, ni madrasta, segun expuse (1). Lo qual se practica y debe practicar no solo con esta clase de bienes, sino indistintamente con otros qualesquiera comprados ó adquiridos por ámbos durante su sociedad, porque como dueña la sigue el aumento ó menoscabo que en ellos haya, y los dé el tiempo; excepto que los interesados se convengan en lo contrario, como siendo mayores de 25 años lo pueden hacer. Lo própio milita con el derecho de Patronato adquirido por el marido durante el matrimonio por fundacion, dotacion ó construccion de alguna Iglesia, pues tambien se comunica á entrámbos (2).

16 Supuesto ser comunicable á los cónyuges la estimacion, ó valor de los referidos oficios comprados durante el matrimonio: "Habiendo comprado alguno el marido ántes de casar»se, pero no pagado enteramente su precio; ó estando grava»do con algun censo, si se casa, y despues con el dinero do»tal de su muger acaba de pagarlo, ó libéra el censo, ¿tendrá »parte la muger en el mismo oficio por la subrogacion de su »dinero, con que se acabó de pagar, ó redimió el gravámen, ó »el aumento, ó mayor valor que tenga al tiempo de la diso»lucion del matrimonio, será ganancia, y como tal comunicable?"

17 Aunque es indudable que lo que se compra con el dinero dotal, se contempla dotal, y lo comprado se subroga en el precio por ello dado, segun y en los términos que expuse (3); no obstante, en el presente caso es diverso, porque no se compró durante el matrimonio, y solamente se pagó lo que se debia, y por la nuda y simple solucion no se transfiere el dominio á la muger, por lo que mucho ménos se puede hacer por ella la subrogacion, pues para esta han de intervenir simultánea y copulativamente, no solo la solucion, sino la

(1) Cap. 2. num. 19. al fin. (2) Palac. Rub. in dict. §. 62. n. 23. Matienz. en la glos. cit. n. 5. Marquech. de Division. dicho lib. 2. c. 11. n. 14.

(3) Véase el num. 6. y en el cap. 3. los num. 26. 27. y 28. y ley Res quæ 24. ff de Jure dotium, ley Uxor. 55. ff. de Donation. inter vir. et uxor. ley Sicut pronuncia. 1. tit. 11. de Pervulicatione. y ley 11. tit. 4. lib. 3. del Fuero Real, et ibi Montalv. glos. 2. y 3. Gom. en la 50. de Toro, n. 36. Castill. en la 70. n. 27. Gutier. consil. 22. n. 13. y 14.

compra, como se prueba de los textos citados, y de otros (1). A mas de que el marido recibe el dinero dotal que se le prometió, como acreedor á él, y el acreedor despues de percibir su crédito, puede darlo en pago á otro suyo, ó disponer de él á su arbítrio como dueño, porque se le transfiere su dominio: y así dexa de ser dotal, y por consiguiente no ha lugar la subrogacion.

18 El mayor valor que tenga el oficio en el caso propuesto, no ser comunicable, ántes bien tocará únicamente á su dueño, porque este valor no se adquirió con el trabajo, é industria de ámbos, ni ellos se lo dieron, sino el tiempo, ó tal vez ya lo tenia quando lo compró, aunque en menor se le hubiese vendido; por lo que se le aplicará por él en que lo llevó, al modo que si valiere ménos, lo llevará por el mismo; pues así como quando el aumento y mejora sobreviene á la alhaja del socio por naturaleza, por el tiempo ó por otra causa accidental, no se comunica á los demás socios: así tampoco se debe comunicar este aumento intrínseco á los cónyuges, quando el fundo se hizo de mayor valor por razon intrínseca (2). Lo mismo procede, y concibo se debe practicar quando consta que uno de los cónyuges llevó á su matrimonio dinero en especie suficiente para comprar algun oficio ó finca, y el otro ninguno, ni bienes, con cuyo producto vendiéndolos, se pudiese comprar, ó aunque los llevase, resulta exîstir sin vender, y á poco tiempo, de casados compra el oficio ó finca, v. g. por veinte, expresando ser con aquel dinero, y al de la muerte del uno se tasa en sesenta; pues aunque parece que este aumento intrínseco debe comunicarse á la sociedad, por haberse comprado el oficio durante ella: lo contrario es lo verídico, y así tocará solamente al dueño del dinero, porque es visto haberse comprado con él, y subrogado en su lugar: y el otro cónyuge como que ni lo tenia para comprarlo, ni puso trabajo para su incremento, á nada tendrá derecho, ni tampoco participará de su decremento, si por solo el tiempo lo padeciere; excepto que ámbos pacten otra cosa.

19 Tampoco se comunica á los casados la donacion remu-

(1) Ley 1. y otras del tit. Cod. Si quis alteri, vel sibi, y ley 49. cerca del fin, tit. 5. Partid. 3. (2) Ley Verum 63. §. penult. ff. Pro socio. Bayo Prax. Portug. part. 3. lib. 2. quæst. 39. Matienz. en la 2. tit. 9. lib. 5. Recop. glos. 1. n. 88.

neratoria que se les hace durante el matrimonio por los servicios y méritos contraidos en este tiempo, porque no es própiamente mera y pura donacion lucrativa, sino satisfaccion del trabajo hecho, ó beneficio recibido (1); por cuya razon vale la que el padre hace á su hijo constituido en su dominio (2); como igualmente la que mutuamente se hacen marido y muger, ó uno solo al otro por sus respectivos y peculiares méritos; y el Prelado Eclesiástico de los bienes de su Iglesia á quien la sirvió, y benefició; pues aunque no los puede enagenar, pero por remuneracion de los méritos y servicios hechos en su utilidad, los podrá donar (3): y en caso de duda siempre se presume hecha por ellos, y en su satisfaccion y compensacion (4).

20 Pero para que esta donacion remuneratoria se comunique á ámbos cónyuges, si se hace al uno por los méritos hechos durante el matrimonio, es necesario probar que estos son dignos del importe de los bienes donados (5), pues en quanto se les igualen, y no en mas se les comunicará: y si exceden, tocará el exceso á aquel á quien se donaron (6), quedando al prudente arbitrio del Juez en caso de duda la regulacion del valor de estos méritos, atendidas las pruebas y congeturas que haya (7).

21 Asímismo comunica á entrámbos cónyuges lo que el marido adquiere en la guerra, (que se llama *peculio castrense*) ó el Rey le dona en remuneracion de los servicios que le hizo en ella. Lo qual se entiende, quando sirvió sin sueldo, y se mantuvo á expensas del caudal de los dos, en cuyo caso los deben dividir por mitad; pero si gozó sueldo, y con él se mantuvo, y no con los bienes comunes, nada tocará á la muger de la do-

(1) Ley Atilus Regulus, ff. de Donation. Abb. in Rubr. de Donat. Rip. in leg. Si unquam, Cod. de Revocand. donatione, quæst. 14. Tiraquel. en ella, verb. Donatione largius, n. 11. y sig. (2) Glos. in Authent. Unde si parens, Cod. de Inofficios testam. Doctor. in leg. Si donatione, Cod. de Collatione. (3) Tiraquel. ubi sup. n. 20. Marquech. lib. 2. cap. 11. n. 4. (4) Ley Nec adduxit, et ibi Bald. ff. Pro socio. Menoch. consil. 12. n. 49. y sig. Tiraquel. ibi n. 71. (5) Bertrand. consil. 138. n. 21. part. 2. vol. 2. Tiraquel. ubi sup. n. 70. Menoch. consil. 79. n. 20. et de Arbitr. cas. 34. lib. 2. (6) Sr. Covar. in cap. Cum officiis, n. fin. de Testam. Sr. Gregor. Lop. en la ley 3. tit. 10. Partid. 5. glos. 7. Rodrig. Suar. en la 1. tit. 3. lib. 3. del Fuero, limit. 3. vers. Et si dicatur. Gutier. lib. 2. Pract. quæst. 119. Matienz. en la ley 3. tit. 9. lib. 5. Recop. glos. 6. n. 6. 7. y 8. (7) Alciat. de Presumpt. reg. 1. præs. 16. n. 3. y respons. 584. n. 5. Menoch. dicho cas. 134. al fin. Tiraquel. in dict. leg. Si unquam, verb. Donatione, n. 102. al fin.

nacion que el Rey le hizo, ó cosa que adquirió en la guerra (1). Previniendo que lo donado por el Rey se entiende en quanto equivalga á los servicios hechos en la guerra á expensas de ámbos, pues si excede á éstas, no se comunicará el exceso á la muger; cuya opinion es la verídica y segura (2). Pero lo que fuera de campaña ahorra de su sueldo, ya esté ó no jubilado ó retirado del servicio, y lo que con él compre y lucre, será comunicable á entrámbos: lo primero, porque de ello no habla la ley; y lo que ésta no prohibe, es visto permitirlo, y lo que prohibe en una cosa, se entiende permite en todas las demás (3). Y lo segundo, porque este sueldo se le dá por razon de alimentos, es fruto ó emolumento del empleo que obtiene, (como lo que ganan el Juez, Abogado, Escribano y otros) y no donacion regia de las que habla la ley, que regularmente son permanentes y permisibles, ya consistan en utilidad, ó en honor, v. g. la heredad, título, señorío, oficio, privilegio, y otras cosas semejantes, las quales tampoco son colacionables (4).

22 Al modo que lo que el marido adquiere en la guerra, es comunicable á la muger en el caso propuesto, lo es tambien lo que gana con los oficios de Juez, Abogado, Escribano y otros semejantes, durante el matrimonio; pues estos oficios son *quasi castrenses*, y lo que producen, son frutos, los quales de qualquier calidad que sean les corresponden por mitad (5); pero su propiedad, que son los mismos oficios, ó la facultad de exercerlos, si el Rey los concede al marido, toca privativamente á éste, y así nada llevará su muger (6).

23 El precio de la finca, que ántes de casarse tenia vendida el marido con el pacto de *retrovenderla*, y despues de casado recupera en virtud de este pacto, es igualmente comunicable

(1) Leyes 2. y 5. tit. 4. lib. 10. Nov. Recop. Matierz. en la ley 3. cit. glos. 4. 5. y 6. y en la 5. glos. 2. y 3. Gutier. dicha quæst. 119. ex n. 6. hasta el fin. Morquech. dicho cap. 11. n. 9. y 45. lib. 2. (2) Acev. en las leyes 3. y 4. tit. 9. lib. 5. Recop. Morquech. dicho n. 45. al fin. (3) Ley Cum Pretor, ff. de Judic. y ley Qui accusat., ff de Accusationib. ley Nec non, ff. Ex quibus casis majores, y ley 18. ff. de Testib. (4) Vease el c. 3. en el lib. 2. de esta II. Parte. (5) Vease el §. 5. del cap. 5. de este libro.

(6) LL. 3. y 5. tit. 4. lib. 16. Nov. Rec. y ley Cum duobus 8. Papinianus, ff. Pro socio. Gom. en la ley 50. de Toro, n. 72. vers. Quartus est. Rodrig. Suar. en la 2. dicho tit. y lib. del Fuero. Morquech. dicho cap. 11. num. 46.

á entrámbos cónyuges, mas no la finca; y así en la particion se ha de aplicar ésta al marido, porque á ella ningun derecho compete á su muger, y sí únicamente á la mitad del precio con que se recuperó, como que salió del fondo comun: y en la adjudicacion ha de observar el contador lo que dexo explicado en el n. 12. en quanto á la retraida por derecho de consanguinidad (1), pues se atiende al principio, y no al fin, quando éste tiene conseqüencia necesaria con aquel (2).

24 Aunque por derecho antiquísimo no hacia suyos el marido exclusivamente los partos de las siervas dotales de su muger, ni los de los rebaños ó animales productivos, á ménos que recibiese en sí el peligro de su deterioro ó pérdida (3), ni se dividian con él, ántes bien pertenecian á su muger, ya naciesen durante el matrimonio, ó despues del divorcio (4): no obstante, hoy, segun nuestras leyes que están en uso, los partos de las siervas de qualquiera de los cónyuges son comunicables á entrámbos (5), porque se comprenden baxo del nombre genérico de réditos, y estos ya procedan de los bienes de uno de los dos, ó de los de ámbos, se les comunican indistintamente al modo que los frutos, á los quales se equipáran regularmente (6); pues son como frutos industriales, y no naturales (7), porque en ellos, y en su produccion mas obra el cuidado, industria y solicitud, que la naturaleza, y no basta la virtud de ésta para ella (8); y así como si la esclava se muere, se debe resarcir su precio de los gananciales: así tambien su parto se debe dividir, porque estos de qualquiera parte que sean adquiridos durante el matrimonio, se comunican regularmente á marido y muger; y quien está al

(1) Gutier. lib. 2. Pract. quæst. 115. Morquech. ibi n. 47. (2) Ley 3. §. Socio, ff. de Minorib. ley Ponponius, ff. de Negot. gest. Morquech. lib 4. cap. 5. n. 15. y 16. (3) Ley 1. Cod. Solut. matrim. ley penult. §. Rationcipia, ff. eod. tit. y ley 20. tit. 11. Partid. 4. (4) Ley unic. §. Cumque, vers. Itaque, Cod. de Rei uxor. action. ley Si marito 32. §. fin. ff. Solut. matrim. (5) Sr. Greg. Lop. en la ley 30. tit. 11. Partid. 4. glos. 1. Villalob. in Erario commun. opinion. litter. D. n. 236. Morquech. dicho cap. 11. n. 25. y 47. Gutier. de Tutel. part. 3. cap. 30. n. 44. (6) Ley 7. ff. de Usufruct. y ley 5. tit. 4. lib. 20. Nov. Recop. y en ella Matienz. glos. 5.

(7) Ley In pecudum, y ley Paulus, §. 1. ff. de Usur. y §. In pecudum Instit. de Rerum divis. Alex. et DD. in leg. Deducta, §. Hæreditatem, ff. Ad Trebellian. (8) Salic. en la ley Ancillæ 22. Cod. de Furto. Montalv. en la 10. tit. 4. lib. 3. del Fuero Real.

provecho, debe estar al daño, y al contrario (1); y lo própio milita con los partos de los animales productivos.

25 Si los parientes del marido regalan á su muger al tiempo de casarse, ó despues algunas jóyas, vestidos, dinero ú otra cosa, ó por el contrario los de ésta á aquel, ¿estos bienes, ó su importe se estimarán por capital del donatario, ó de aquel por cuya contemplacion se dan: ó serán comunicables á entrámbos (2)? Para evitar dudas conviene distinguir ocho casos: el I, si en el dia de la boda dan algo á la novia los consanguíneos del novio, se entiende en caso de duda que se lo dan por contemplacion de éste, y por consiguiente que él se lo dá, pues así como lo habian de regalar á él, lo regalan á ella, por lo que se reputa *donacion esponsalicia*, y como tal si el novio la hubiere besado, ganará la mitad de lo donado, y si el matrimonio se consumó, lo hace suyo todo, y se la debe aplicar con arreglo á la Ley Real; pero si no intervino beso, ni consumacion, á nada tiene derecho, ni sus herederos. Y lo própio milita para con los parientes de la novia respecto del novio, ó esposo de presente en quanto á reputarse donado por contemplacion de ella (3), y no á lo demás, pues en él no se atiende á si consumó, ó no el matrimonio, y fué, ó no besado (4). El II, si los consanguíneos de cada uno dan algo á su consanguíneo, lo hace suyo tambien éste, y nada debe participar el cónyuge, ya se lo dén en el dia de la boda, ó despues. Y lo mismo procede, si se lo dan algunos amigos, lo qual está expresamente decidido por la ley (5), y así en este caso de ley, y no en los demás que motivan la discordia de los AA. es indisputable (6). El III, si los del uno donan al otro cosa que es adequada solamente á su sexô, v. gr. á la muger un adorno para la cabeza, ó al marido un caballo, pertenece tambien al donatorio, porque se presume donada por mera contemplacion

(1) Ley Secundum naturam, ff. de Regul. jur. Morquech. dicho cap. 11. n. 48. y 49. (2) Ayor. de Partit. Part. 1. cap. 8. n. 18. Garcia de Acquæstu conjugali desde el n. 107. Palacios Rubios in Repet. rubr. §§. 34. y 44. (3) Gom. en la ley 50. de Toro n. 67. Garcia de Conjugali acquæstu, n. 107. Michalor. de Fratrib. part. 1. cap. 29. Ayor. part. 1. cap. 8. n. 18. vers. Sed in casu proposito, y vers. Unum tamen est. Guerreir. de Division. lib. 7. cap. 8. n. 87. Palac. Rub. in. Repet. rubr. §. 43. (4) Véase en el c. 6. el n. 34. en este Libro. (5) Ley 2. tit. 4. Lib. 10. Nov. Recop. (6) Gom. ibi. Garcia n. 115. Guerreir. ibi n. 88.

suya, y no del cónyuge consanguíneo del donante, y que esto lo hacen por la complacencia que tienen en la union de su matrimonio, enlace y alianza con el donatario (1). El IV. si se dá al tiempo de la boda, ó durante el matrimonio por amigos, ó extraños, es comunicable á entrámbos socios, si no expresa lo contrario el donante, porque no versa la razon de aficion por consanguinidad (2). El V, si en la donacion hecha al uno se hace mencion del otro, v. gr. *Lego á María tal cosa, por estar casada con mi primo Juan. O á María muger de mi hijo. O por el parentesco que tengo con su marido Pedro.* Se contempla donacion hecha por el cónyuge como esponsalicia; por lo que si la muger fué besada, ganará la mitad, y si se consumó el matrimonio, su total, segun queda sentado (3), no expresando otra cosa el donante. El VI, si hay costumbre en el Pueblo, ó Provincia de que el donatario haga suyo lo donado por los parientes del otro cónyuge, se observará la costumbre; pero el donatario debe probarla, no siendo universal, ó notoria, pues de lo contrario se presume en duda donacion hecha por contemplacion del otro cónyuge (4). El VII, quando no aparece por contemplacion de quien se donó, y hay costumbre de regalar á la novia los parientes del novio, como sucede en esta Corte, pertenece al donatario, porque se presume hecha ésta por su respeto, y no á la sociedad conyugal; pero debe probar la costumbre, si de ella se duda (5). Y el VIII, es, quando consta que los parientes del uno quisieron que el otro hiciese suyo lo que le donaron, ó al contrario, en cuyo caso cesa toda duda, y lo llevará aquel á quien fué su voluntad pasase (6). Todo lo qual tendrá presente el contador, pues suelen ocurrir estos casos, y no todos los saben. Por lo tocante á si las donaciones que los parientes del marido hacen á su muger, ó la que éste

(1) Angel. in leg. Sed si plures, §. Interrogato, ff. de Adoption. Gutier. lib. 2. Pract. quæst. 110. num. 12. Guerreir. ibi n. 89. Acev. en las leyes 3. y 4. tit. 9. lib. 5. Rec. n. 10. Mendez de Castr. in leg. Cum oportet, Cod. de Bon. matern. n. 9. y 10. (2) Garcia ibi n. 114. Gom. y Michalor locis citat. Guerreir. ibi n. 90. (3) Guerreir. ibi num. 91. Cald. in leg. Si curatorem, verb. Læsis, n. 115. Roland. consil. 10. n. 8. vol. 1. Garcia ibi n. 108. y 117. Michalor, ibi n. 2. al 5. (4) Fontanel. de Pact. nuptial. claus. 11. glos. unic. ex n. 3. Guerreir. ibi n. 92. y 93. Michalor, n. 12.

(5) Diard. de Societat. lib. 2. cap. 3. quæst. 4. n. 25. y 34. Fontanel. ibi n. 28. Garcia ibi n. 122. Guerreir. dicho cap. 8. n. 94. lib. 7.

(6) Ayor. dicho cap. 8. num. 19. vers. Sed si constaret.

la hace durante el matrimonio, o al contrario los de la muger al marido, estarán libres de la confiscacion de los del donatario (1).

26 Los réditos de censo, usufructo, pension, legado anuo ó renta vitalicia, que la muger lleva en dote al matrimonio, si serán, ó no comunicables al marido como frutos conyugales, ó estará obligado á restituírselos como bienes dotales, disuelto el maritmonio, hay dos opiniones; la una, y de mayor séquito dice que no lo son: Lo I, porque ya sean constituidos en última voluntad, en cuyo caso son muchos legados anuos (2), ó por contrato, y entónces es una estipulacion, y contrato (3); si el marido los hiciese suyos, se consumiria la dote, y la muger quedaria perjudicada, lo qual resiste el derecho, por convenir estén todas dotadas para la propagacion del Estado, mediante el matrimonio (4). Lo II, porque los frutos que consumen la sustancia de la cosa, no pertenecen al marido (5): y siendo estos tales, que fuera de ellos no hay sustancia, se sigue que no le tocan. Lo III, porque en el usufructo de todos los bienes se comprehenden los frutos, é intereses del dinero que se debe, mas no el mismo dinero (6): luego el marido no puede usar de estos réditos, y hacerlos suyos sin la obligacion de restituirlos, porque son capital, y consumidos, nada queda. Y lo IV, porque al modo que si la muger lleva en dote no estimada una cantera, ó pedrera, ú otra cosa que no crece, ni renace por su naturaleza lo que de ella se corta, ó saca, ni puede producir otra cosa el predio, pero puede durar algunos años la extraccion, no hace suyas el marido las piedras que de ella extrae, porque no son frutos, y aunque subsista la cantera, no se aumenta, ni renace lo que de ella se saca, por lo que debe restituir á su muger el importe de ellas, excepto en el caso que explicaré en el cap. 5. núm fin. (7); del própio modo si estos réditos se consumen, aunque la pension dure muchos años, se consume toda la sustancia, y capital, por

(1) Antunez de Donat. reg. lib. 3. cap. 26. num. 17. y sig. (2) Ley Singulos, ff. de Annuis leg. ley Pater Severinam, §. ult. al fin, ff. de Conditionib. & demostration. (3) Ley Stichum, §. 1. ff. de Verbor. obligation.

(4) Ley 1. ff. Solut. matrim. (5) Ley Fructus 7. § Si vir. 13. ff. Solut. matrimon. (6) Ley Uxori 24. ff. de Usufruct. legat. (7) Ley 27. tit. 11. Part. 4 Dicha ley Fructus, Baeza, de Decim. Tutori, cap. 25. n. 16. Gutier. de Tutel. part. 3. cap. 35. n. 2. y 6.

lo que debe el marido restituirlos como dotales. Y la opinion contraria afirma que el marido los hace suyos, sin que esté obligado á su restitucion, porque se le conceden para ayuda á superar las cargas matrimoniales, y que así se comunican entre ámbos cónyuges, como otros qualesquiera frutos, ó réditos (1). Sobre lo qual véanse los Autores (2).

27 Mi opinion es que si los réditos, legado, ó pension son constituidos á favor de la muger por ciertos, y limitados años, ó por los de la vida del donante, ó concedente, ó por los del marido solamente, debe éste restituirlos, ó lo que de ellos perciba, porque en este caso es como una deuda, y obligacion de satisfacer paulatina, y anualmente su total importe, y acabado el tiempo de su concesion, nada queda á la muger en propiedad, ni usufructo, al modo que quando lleva en dote alguna deuda, cuya solucion está estipulada á plazos iguales, y ciertos; y lo própio milita con el usufructo por tiempo determinado (3).

28 Pero si la muger tiene derecho á gozarlos toda su vida, nada debe restituirla, porque el derecho de percibirlos es la propiedad que lleva por dote: y lo que anualmente percibe, son frutos, emolumentos, y comodidad de aquel derecho inseparable, permanente, é inenagenable, el qual viene á ser á la similitud de la propiedad de alhaja raiz vinculada, de que no puede disponer el poseedor, cuyos frutos son del marido; y como aunque éste se muera, no se extingue, ántes bien siempre queda en la muger vivo, ileso y sin el mas leve gravámen, ni diminucion, al modo que la propiedad de la finca vinculada, y no se hace de peor condicion que estaba ántes de casarse, ni queda indotada, para volverse á casar: por eso le tocan, y los hace suyos. Y solo en el caso, y términos propuestos en el c. 4. de la primera parte con. á. anot. 18. de que traté en el cap. 3. de este lib. núm. 20. estará obligado á restituir los que justamente se pacten, porque es visto haberlos renunciado á su favor, y querido privarse de ellos (bien que neciamente, y así

(1) Morgrab. de Divis. lib. 2. dicho cap. 11. ex n. 24. al 37.

(2) Garcia de Contingenti requæstu num. 174. Sarmient. lib. 3. Selectar. cap. 10. Gutier. de Fidei. part. 2 cap. 35. Spino Specul. testam. glos. 13. n. 66. Marquez ibi ex n. 19. (3) Rodriguez de annuis Reditib. lib. 1. quæst. 3. n. 15. Bersan. de viduis, cap. 2. quæst. 45. n. 9.

échese á sí mismo la culpa) lo qual no le está prohibido (1), pues á quanto se obliga el hombre, á tanto queda obligado (2). Y lo mismo digo quando la muger lleva en dote algun empleo que el marido debe servir, y por muerte de éste puede exercer otro con quien se case, como en dicho cap. 4. expliqué (3). Advirtiendo que quando se dá á la muger un predio en dote para sustentar con sus frutos las cargas matrimoniales: ó se la promete para este efecto cierta cantidad anua, no debe colacionar los frutos, ni ésta, porque son alimentos, los quales no son conferibles como el predio (4), á ménos que se pacte lo contrario al tiempo de su dacion, ó promesa.

29 Á la muger casada se comunica, y transfiere en hábito, y potencia el dominio, y posesion revocable, y ficta de la mitad de los bienes, que durante el matrimonio gana y adquiere con su marido: y despues que éste fallece, se le transfiere irrevocable, y efectivamente, de suerte que por su fallecimiento se constituye dueña absoluta en posesion, y propiedad de la mitad que dexe (5), al modo que en los socios convencionales lo dispone la ley (6).

30 El marido no necesita la disolucion del matrimonio para constituirse real, y verdadero dueño de todos, pues durante éste, tiene en el efecto de su dominio irrevocable: y así los puede administrar, trocar, y no siendo castrenses, ni quasi castrenses, vender, y enagenar á su arbitrio, cesante el doloso ánimo de defraudar á su muger, como se prueba de la ley (7). Por lo que miéntras el marido vive, y no se disuelve su matrimonio, ó no hay divorcio, no debe decir la muger que tiene gananciales, ni impedirle el uso lícito de los que adquiera, á pretexto de que la ley la concede su mitad,

(1) Ley Si quis in conscribendo 29. Cod. de Pact. (2) Ley 1. tit. 1. lib. 10. Novis. Recop. (3) Morquech. de Divis. bonor. lib. 2. cap. 11. desde el num. 19 al 37. Bersano de Viduis, c. 2. quæst. 45. (4) Gamm. Decis. 140. n. 3. Gutier. de Tutel. part. 3. cap. 35. n. 7. (5) Rodrig. Suar. en la ley 1. tit. 3. lib. 3. del Fuero Real, vers. Ulterius quæro. Gom. en la 50. de Toro n. 56. en la 60. n. 1. y en la 77. n. 2. y lib. 2. Var. cap. 5. num. 3. Sr. Greg. Lop. en la 55. tit. 5. Part. 5. glos. 2. vers. Et facit hoc. Sr. Covar. lib. 3. Variar. cap. 19. Ayor. de Partition. part. 2. quæst. 41. Morquech. lib. 2. cap. 14. n. 1. y 2. (6) Ley 47. al fin. tit. 28. Part. 3. en las palabras: Otro si decimos, que toda ganancia. (7) Ley 5. tit. 4. Lib. 10. Nov. Recop.

porque esta concesion se entiende para los casos expresados, y no en otros (*a*).

31 ¿La muger segun lo dicho disuelto el matrimonio, podrá repetir, y cobrar de los deudores, y terceros poseedores sin cesion del marido, ó de sus herederos la mitad de los gananciales, y débitos que la toca? Algunos (1) dicen que si la muger está contenida con el marido en el instrumento, ó contrato, puede; mas no, si no lo está, porque en la sociedad universal, ó de todos los bienes no se transfieren los derechos sin la cesion (2).

32 Pero otros (3) dicen indistintamente que no es necesaria la cesion, ya esté, ó no contenida la muger en el instrumento, y los bienes sean muebles, raices, derechos incorporeos, deudas y acciones. Lo I, porque si se constituye verdadera dueña por la parte que la toca, luego que muere su marido, es superfluo que pida lo que tiene, y el derecho la concede (4): pues por su mitad la competen todos los interdictos, ó remedios posesorios (5). Lo II, porque quando la ley divide algo entre varios, no es necesaria la mutua cesion de unos á otros, y así el uno sin la del otro puede pedir su parte. Lo III, porque al modo que el socio puede hacer por su parte, y denunciar la obra nueva: si la denuncia á nombre de los consocios, dando la competente caucion (6), podrá exigir tambien los débitos sin cesion. Lo IV, porque la sociedad convencional se diferencia en muchas cosas de la conyugal, como diré en el §. 4. de este capítulo. Lo V, porque (7) lo que un socio adquiere en

(1) Avendañ. respons. 20. n. 3. y otros que cita. Gutier. lib. 2. Pact. quæst. 118. n. 15. y 16. Dieg. Perez en la ley 4. tit. 8. lib. 3. Ordenam. col. 1805. (2) Ley 3. ff. Pro socio. (3) Acev. en la ley 2. tit. 9. lib. 5. Rec. n. 19. al 21. Marquech. dicho lib. 2. y cap. 14. (4) Ley Unica, Cod. de Thesaur. lib. 11. (5) Marienz en la ley 2. tit. 9. lib. 5. Rec. glos. 3. n. 22. (6) Ley 2. tit. 32. Part. 3. Ley de Pupilo, §. Si plures, ff. de Nov. operis nuntiation. (7) Ley 47. al fin, tit. 27. Part. 3.

(*a*) Se ha empeñado el Reformador Don Josef Marcos Gutierrez en que hemos de tragar la especie de que el dominio de los bienes gananciales es de la muger irrevocablemente sin distincion alguna entre ambos consortes; en el principio de este tomo *lib. 1. cap. 3. §. 1.* se dio alguna satisfaccion sobre afirmar el mismo su irrevocabilidad, y por lo tanto no tenia responsabilidad á la dote de la muger del primer matrimonio, ahora asegura que es *confusa y falsa* la distincion que se hace entre dichos vocablos de *revocable*, é *irrevocable*. ¿Que confusion y falsedad hay en ellos? No se advierte alguna,

la compañía universal, se comunica á los demás sin cesion, como queda sentado en el núm. 28. y siéndolo, como lo es, la conyugal en quanto al lucro, se debe comunicar tambien sin ella. Y lo VI, porque en el nombre genérico de bienes se incluyen, y comprehenden los derechos, y acciones: y la viuda del mismo modo adquiere dominio irrevocable en los corporeos que se la aplican, que en los incorporeos; y así como la division, y aplicacion judicial de los derechos surte el efecto de que pueda pedirlos sin cesion, así tambien la legal, pues vale el argumento de la ley á la sentencia, y de ésta á aquella (1). Por cuyas razones, es indubitable que puede pedirla, sin necesitar la cesion referida, por bastarle su adjudicacion, con cuyo parecer me conformo.

33 No solo en el matrimonio legítimo, y verdadero se comunican á los casados los bienes que con su industria, y trabajo ganan miéntras dura, sino tambien los que durante el putativo adquieren, con tal que tengan buena fé, é ignorancia, y crean que es legítimo, y no de otra suerte (2); y lo própio milita para con la dote, pues goza de iguales privilegios en éste, que en aquel, si concurren dichas circunstancias (3). Pero la donacion pura, y simple entre ellos no vale, ni se confirma con su muerte en el matrimonio putativo: ni tampoco ha lugar la sucesion recíproca abintestato de uno á otro (4).

del dominio, que tiene la muger por su mitad, puede privarla sin su consentimiento: luego, mediante esta facultad que se concede al consorte constante el matrimonio, resulta clara y distintamente, que hasta que el marido muere, no conviene sino impropiamente el adjetivo *irrevocable*. ¿Y qué se dirá á verificarse encontrarse muchas deudas disuelto el matrimonio? Que debe quedar privada de los mismos gananciales, no así del fundo dotal que se entregó al marido antes de contraer el matrimonio, que para su recuperacion existiendo despues de disuelto la compete la reivindicacion; aquí sí que está bien apropiado el dictado de irrevocable al dominio que tuvo la muger y conservó en sí aun despues de la muerte de su marido. Véase lo expuesto en el capítulo 3. desde el §. 1.

(1) Ley Bonorum appellatio 49 ff. de Verbor. significat. ley 1. ff. de Divis. Rer. y ley 2. §. Post. originem, ff. de O[illegible] Sr. Marquez. dicho lib. 2. cap. 14. n. 12. y fin. (2) Cap 2. de Donat. n. Inter. vir. & uxor. & ibi Abb. & DD. Gom. en la ley 50. de Toro [illegible] vers. Quod extende, y n. 77. (3) Ley Si cum dotem 22. §. fin. ff. [illegible] Barbat. in cap. Ex litteris n. 19. de Pignor. Sr. Covar. de Sponsal. [illegible] §. 1. num. 7. numero 3. y 8. Matienz. en la ley 2. tit. 9. lib. 5 [illegible] 4. Gom. ibi (4) Leyes del tit. Cod. y ff. Unde vir, & uxor; & ibi DD. Gom. en dicha ley 50. de Toro, n. 77. vers. Donatio tamen.

34 Para hacer la division de los gananciales entre hijos de dos, ó mas matrimonios, ó entre la muger última, y los de la anterior, de la que hablé algo en el cap. 3. de este libro desde el n. 30. al 35., son precisos dos inventarios, porque realmente son dos liquidaciones, y divisiones de diversas herencias, una del primer matrimonio por lo respectivo á la dote de la muger primera, si la llevó: bienes que miéntras duró haya heredado por *testamento*, y *abintestato*, ó la hayan donado: arras que su marido la haya ofrecido: gananciales que ámbos hubiesen adquirido: y legado del quinto, ú otro, si lo hizo á su marido; y otra del segundo, tal vez por iguales derechos. Y si hubo mas matrimonios, y exísten hijos de todos, mas inventarios, y liquidaciones hay que hacer. Procuraré, no obstante de lo explicado ya añadir lo necesario para evitar errores.

35 Constando por los correspondientes inventarios, y documentos, ó por probanzas, convenio y confesion de los interesados, qué bienes llevaron, ó no el marido, y sus mugeres á sus matrimonios, y los que heredaron, y ganaron durante su respectiva sociedad, ó su importe, y exîstiendo caudal para cubrir su total, ninguna dificultad hay en hacer la particion, teniendo presentes para la deduccion de la dote, y demás haber de la muger segunda los quatro casos propuestos en los referidos números, y cap. 3. porque lo mismo es partir con ella, y con los hijos de la primera, que con los de ámbas: pues en aplicando á los de cada una con arreglo á sus disposiciones el respectivo haber materno por dote, gananciales y demás derechos, deducidos préviamente los gastos de sus funerales, entierros, misas, y legados que hayan hecho, lo que quede perteneciente al padre comun, se debe dividir entre ellos con igualdad, en caso que á ninguno haya mejorado, ó hecho legado, ya haya llevado, ó no capital suyo á sus matrimonios, y adquirido mas gananciales en uno que en otro, ó todos en el uno, y ningunos en el otro: porque como sus hijos están reintegrados de la parte de sus madres, y hasta que su padre muere, nada se les debe de legítima paterna, ni tampoco la hay, no se debe hacer mérito, ni atender por lo concerniente á ésta, al matrimonio en que los adquirió, ni á otra cosa mas, que á que son bienes que su padre dexó, y que todos son sus herederos con igualdad, ó segun su voluntad arreglada á la ley.

36 Pero no debe perder de vista el contador para graduar el haber paterno, la obligacion, y derecho de reservacion, de que haré mencion en el cap. 5. del lib. 2. de este tratado, en caso de que la muger primera haya hecho legado del quinto, ó de otra cosa, ó cantidad á su marido: pues entónces como por haberse vuelto á casar éste, perdió su propiedad, y solo le tocó, y tuvo el usufructo, debe volver, y restituir su importe líquido, y los bienes en que se lo consignó, si exîsten, á los hijos de ella: á cuyo fin si es legado de cosa especifica, ó de cantidad determinada, se separará, y se les aplicará: y si es del quinto, se deducirán de él los gastos de su funeral, misas, entierro, mandas pias, y graciosas, ó su importe, porque éste no entró en su poder, y el residuo líquido sera para los mismos hijos, y nada para los habidos en la segunda.

37 No procederá esto para con el legado que simplemente le haya hecho la muger segunda, pues se dividirá entre los hijos de ámbos matrimonios, porque por haberse conservado viudo, lo hizo suyo, como si de otra parte lo hubiera adquirido, y no incurrió en la pena de reservacion, segun tambien explicaré en dicho cap. 5. que debe retener en la memoria no solo para el caso de que el premuerto haya dexado al supérstite algun legado, teniendo hijos, sino para el de que le haya hecho donacion en sanidad ó haya heredado despues *por testamento*, ó *abintestato* á uno ó mas hijos.

38 No constando qué bienes entraron en su matrimonio el marido, y su primera muger, pero sí los que quedaron por muerte de ésta, todos se reputan gananciales, como dexo sentado en el n. 4. y así se deben dividir por mitad entre ámbos. Y aunque el marido ningunos haya entrado en el segundo matrimonio, se ha de aplicar á los hijos del primero la mitad de aquellos (hechas de ella las deducciones referidas) por ser perteneciente á su madre: observándose para no perjudicar á la segunda, ni á los suyos en su dote, gananciales, y demás derechos, lo explicado en el enunciado cap. 3. de este libro en el segundo caso.

39 Si llevó dote, pero no consta qué bienes quedaron quando falleció, entónces de qualesquiera que á su marido toquen privativamente por razon de capital, ó gananciales ganados en el matrimonio segundo, se satisfará á los hijos de la

primera todo lo que en legal forma acreditaren corresponderla por dote, arras y demás derechos: y el resto de ellos si los hubiere, se dividirá entre todos los hijos de ámbos matrimonios, separando primero la dote, y demás que á la segunda toque por los suyos.

40 Aunque los hijos del primer matrimonio pretendan gananciales, suponiendo haberlos habido en él, ningunos llevarán; á menos que plena, y concluyentemente prueben quáles, y quántos, y que exîstian al tiempo que murió su madre, porque el que afianza en la qualidad del tiempo, debe probarla, como fundamento de su intencion, y no probándola, no obtendrá (1): pero si la probaren, se observará lo explicado en el citado cap. 3. segun sea el caso: pues del privativo haber de su padre se les han de satisfacer, y no del cuerpo de caudal inventariado, si hay gananciales en el segundo para que la muger segunda no sea perjudicada en su mitad.

41 Y sin embargo de que hagan constar que durante él compraron, y adquirieron alguna heredad, viña ú otra alhaja, no es suficiente esta prueba para que se les abone la mitad de su valor, aunque exîstan, y su padre les lleve al segundo, ni para que se estimen por bienes multiplicados en vida de su madre, porque pudieron haberse comprado con el dinero dotal de ésta, ó del capital de aquel, ó haber enagenado algunos suyos de otra especie á dicho fin, como muchas veces sucede; por lo que se estimarán por fondo de la sociedad primera, y no por gananciales de ella. Y así para que en caso de exîstir, se reputen por multiplicados en él, es preciso que califiquen, y hagan ver clara, plena y concluyentemente, que quando su madre murió, habia bienes equivalentes á cubrir todo lo que ésta, y su padre entraron en su matrimonio, y las deudas contraidas en él, y además los bienes exîstentes (2). Lo qual no echará en olvido el contador, pues hasta que se separan los fondos puestos en la sociedad por ámbos socios, y las deudas de ésta, no hay gananciales, como legalmente dexo sentado en el referido cap. 3.

42 No acreditándose en suficiente forma en qué matrimo-

(1) Ley Si vero 5. §. Qui pro rei qualitate 1. ff. Qui satisdare cogantur. y ley Quoties 15. Cod. de Reivindication. Palac. Rub in Rubr. de Donation. §. 60. n. 16. (2) Ayor. de Partit. part 3. quæst. 13. n. fin.

nio de los del padre comun se adquirieron los gananciales, ni los que éste gastó miéntras estuvo viudo (pues lo que entró en el primero, es suyo privativo, y tambien lo que adquirió durante su viudedad) se dividirá igualmente entre los hijos de ámbos, si no mejoró á alguno. Y aunque algunos AA. (1) dicen qué se deben dividir á prorrata de lo que cada matrimonio duró, y esto parece equitativo: no me adhiero á su opinion, porque en el poco tiempo de uno se pudieron haber lucrado muchos, y en el dilatado de otros pocos, ó ningunos, ó haberse consumido los adquiridos en el anterior, como cada dia se experimenta, segun los negocios, porciones, gastos, aplicacion, economía, y prosperidades, ó adversidades que hubiesen tenido; por lo que partiéndolos con igualdad en dicho caso, se quita todo escrúpulo, pues el padre pudo haberlos consumido todos, y hasta que muere, ningun hijo tiene derecho á que le dé su legítima paterna, ni mas que una probable esperanza de obtenerla, y entónces todos deben ser iguales, si no mejora á alguno, y no se debe atender al tiempo que duró cada matrimonio é inferir que adquirió en él los bienes que dexó; sino solamente á quántos, y á que todos son suyos; pues de lo contrario si v. g. en el primer matrimonio los habia adquirido todos, nada deberian participar los hijos del segundo, siendo sus hijos como los otros; y segun la regla de prorratéo quedarian privados de su legítima, ó perjudicados, y era suponer en el padre la obligacion de reservarlos para los de cada uno, y no poder usar libremente de los que en cada matrimonio, ó estando viudo habia adquirido, la que ninguna ley le impone, ni le prohibe su uso como dueño de todos.

43 Pero si habiéndose casado el marido, v. g. dos veces, no formalizó particion, ni aun descripcion de bienes por muerte de la muger primera, por lo que se ignora qué gananciales hubo en cada uno de sus matrimonios; para dividir entre los hijos de ámbos los que tocaron á cada una de sus madres, ¿qué deberá practicar el contador? Á la verdad que (2), es arduo, aunque no imposible este caso: por lo que es menester ocurrir á pruebas, y en su defecto á prudenciales conge-

(1) Siguenz de Claus. lib. 2. cap. 11. num. 146. Escobar. de Ratiocin. cap. 9. Var. comput. n. 5. y sig. y otros que cita. (2) Ayora q. 13. part. 3. num. 39.

turas: y así procurará avenir, y concordar á las partes; y si no quisieren, y por escrituras, ú otras pruebas resultaren comprados en cada matrimonio algunos de los exîstentes los estimará por gananciales respectivos de ámbos, y aplicará á los hijos de cada uno, como adquiridos en tiempo de sus madres, y con arreglo á sus últimas disposiciones, la mitad de los que aparecieren, pues la otra mitad toca á su padre, en la qual todos son interesados igual, é indistintamente, si á ninguno mejoró. Si nada resultáre, es menester tener presente, exâminar, y considerar qué tiempo estuvo casado con cada muger: qué negocios manejó, y utilidades ó pérdidas tuvo: qué conducta era la de sus mugeres: qué enfermedades, y contratiempos le sobrevinieron respectivamente, ó á sus mugeres, hijos, ó hacienda, (pues mucho de esto se podrá probar) y hecho un cómputo imparcial, y prudencial llamará á los interesados, y se lo manifestará, instruyéndolos de todo lo que tuvo presente para hacerlo. Y si sin embargo no se avinieren, lo propondrá al Juez como duda, á fin de que oyéndolos en forma, resuelva, y le prescriba regla fixa, que le sirva de norte, y pauta para girar la cuenta; y con arreglo á lo que se declare, procederá, sin mezclarse en hacer oficio de Juez, pues siempre que le ocurra duda, que no pueda disolver, ya sea acerca de los gananciales, ó de algun otro particular, y las partes no se convengan, debe proponérsela al efecto expresado, ya haya, ó no menores. Lo que queda explicado en órden á los hijos de dos matrimonios, milita con los de tres, ó mas, ya sea por muerte del padre, ó madre comun, segun los casos ocurran.

§. II.

Quándo no se comunicarán á los cónyuges los gananciales, ó los perderán.

44 No es tan ámplia y absoluta la conclusion sentada en el núm. 1. de este capítulo, de que los bienes ganados durante el matrimonio se comunican igualmente á los casados, que no padezca sus limitaciones, como toda regla general, pues hay varios casos, que recopilé en el cap. 2. n. 1. al 7. de mi primera parte, en los quales no solo no se les comuni-

carán, sino que los perderán como sucede en el caso que alguno de los cónyuges comete crímen de lesa Magestad, ú otro, por el qual segun derecho deba perderlos, porque entónces nada percibirá de la mitad, que á no haberlo cometido, le tocaria. Y se reputan por gananciales todos los que gozan hasta que en juicio se declaran por perdidos, aunque el delito sea de tal calidad, que el perpetrador incurra de derecho en la pena; pero por el delito del uno no pierde el otro su mitad, ni los demas bienes suyos (1).

45 Fuera de esto que aunque por delito no se declaren por perdidos, si se le condena en alguna pena pecuniaria, deberá descontársele de su mitad, y aplicarse otro tanto como importe, al otro cónyuge, porque el daño que se irroga á la sociedad por dolo, ó culpa de uno de los socios, no debe dañar á los consocios segun derecho (2): y el que por su culpa lo experimenta, debe imputárselo á sí mismo, y no á los otros (3). Á mas de que ya sea el marido, ó la muger el administrador de los bienes, en la general administracion nada se permite hacer dolosamente, y si se hace, no daña al dueño (4); pues de lo contrario resultaria que siendo este inocente, pagaba igualmente que el culpado, quando por ninguna ley se le condena, y ántes bien por todas se le exîme.

46 Quedándose la muger despues de casada en su casa, sin haber ido á cohabitar con su marido, ninguna parte la toca de los gananciales, que en su intermedio ganó éste con su mera industria, trabajo y caudal: y la razon es, porque ningun trabajo puso en su conservacion, custodia ni incremento, (que es una de las causas porque el derecho se los concede) ni tampoco fondo, con el qual pudiese comerciar, y ganar, y así faltando el motivo impulsivo, y final de la

(1) Leyes 10. y 11. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec. Antunez de Donation Reg. lib. 3 cap. 26. n. 1. al 10. (2) Leyes 7. y 13. tit. 10. Part. 5. Ley Cum duobus 52. §. Damna, ff. Pro socio, y ley Ex patre, §. Si filius, ff. Familiæ erciscundæ. (3) Regul. Quod quis, de Regul. jur. in 6. y leyes 18. y 22. tit. 34. Part 7. y los tit. Ne uxor pro marito, y Ne filius pro patre, Cod. Matienz. en la ley 4. glos. 7. n. 11. y en la 10. glos. 2. tit. 9. lib. 5. Rec.
(4) Ley Creditor 60. §. Lucius Titius 4. ff. Mandati, Morquech. de Divis. lib. 2. cap. 13. n. 16. hasta el *fin.*

ley, cesa su disposicion, por lo que no debe participar de ellos (1).

47 Si el esposo ántes de conducir la esposa á su casa, recibe su dote en dinero, y comerciando con él, adquiere muchos gananciales ¿no habiéndola alimentado, tendrá parte la esposa en ellos? Parece que no, por lo expuesto en el número anterior, y porque falta la union, y habitacion de *consuno*, que prescribe la ley para ganarlos. Y á mas de esto, porque si perece la dote en la negociacion, es de cuenta, y riesgo del esposo, y no de la esposa, por habérsele transferido su dominio, especialmente consistiendo en dinero (2).

48 Pero lo contrario me parece mas verídico: I.o I, porque por la celebracion del matrimonio se constituyen marido, y muger socios (3), y para contraer esta sociedad no es precisa la cohabitacion simultanea, como he sentado en el núm. 2: basta haberse contraido el matrimonio. Lo II, porque la sociedad se presume contraida entre los que negocian juntos, aunque vivan separados (4). I.o III, porque en las obligaciones que se constituyen con el consentimiento, no hay necesidad de palabras (5). Lo IV, porque el derecho manda que los gananciales que de la hacienda comun se adquieren, se dividan entre los socios (6). Lo V, porque interviniendo dinero solamente, se contrae la sociedad con la intencion, y tácito consentimiento (7): y en el caso propuesto es visto estar contraida entre los esposos de presente ántes de la simultanea cohabitacion, y así la ganancia que despues de recibida la dote, se adquiere, se debe comunicar á entrámbos, aunque la esposa no vaya á la casa del esposo. Y lo VI, porque es inegable que la dote dada al esposo se le dió como á marido (8): es así que éste tiene obligacion de dividir con su muger las utilidades que adquiere: luego debe

(1) Montalv. en la ley 1. tit. 3. lib. 3. del Fuero Real, glos. 1. Castill. en la 16. de Toro, verb. Durante el matrimonio. Palac. Rub. en ella n. 12. y repet. col. 2. vers. Unde lucra habita: Matienz. en la 2. tit. 9. lib. 6. Recop. glos. 1. n. 41. St. Covar. de Sponsal. part. 2. cap. 7. §. 1. n. 6. (2) Palac. Rub. in Repet. cap. Per vestr. col. 297. (3) Ley Adversus 4. Cod. de Crimin. expilatæ hæreditat. (4) Petr. de Perus. tract. de Societ. part. 2. (5) Joann. Faber. in §. 1. Institut. de Societat. (6) Leyes 3. 6. 7. 12. y 13. tit. 17. Partid. 5. (7) Ley 1. dicho tit. y Part. (8) Ley 2. al principio y ley 10. tit. 11. Part. 4. arg. leg. fin. Cod. de Donation. ante nuptias.

dividirlas tambien en el caso presente. Por cuyas razones, y por otras (1), no me queda duda en que las ganancias adquiridas por el esposo con la dote de la esposa, se deben comunicar á ésta, y entenderse que él pone la industria, y ella el fondo ó parte de él.

49 Estando la muger en compañía de su marido, si éste la echa de su casa sin causa legítima, y miéntras exîste fuera, adquiere muchos gananciales, debe comunicarlos con ella, porque subsiste el matrimonio, y nó tiene culpa, ni delito por el que deba perderlos, por lo que es lo mismo que si hubieran exîstido juntos, pues esta expulsion se entiende hecha con ánimo de defraudarla, lo qual le está prohibido (2): (al modo que si el amo despide sin culpa al criado, ó hace cosa, por la que éste se vea en precision de despedirse, pues debe pagarle el salario estipulado, como si le hubiera servido todo el tiempo de la convencion) (3) y de lo contrario conseguiria el marido comodidad de su dolo, y delito, lo qual es contra lo dispuesto por derecho (4). A mas de que si el marido expele á su muger sin justa causa, incurre por derecho comun (5) en la pena de darla la quarta parte de sus bienes. Luego si en esto es castigado, con superior razon debe serlo en los gananciales que no son suyos porque los concede la ley á su muger. Lo própio milita para con ésta, quando sin causa no quiere vivir con su marido, y adquiere algunos gananciales durante la separacion, pues debe comunicarlos con él (6); y en caso de divorcio legítimo, el que diere causa para él, debe alimentar de sus bienes al hijo de ámbos, y éste estár al cuidado del otro (7).

50 No procede lo expuesto quando el marido, y muger se separan recíprocamente por alguna causa con legítima dispensacion, pues entónces cada uno hace suyo privativamente lo que adquiere despues de la separacion: y la razon es, porque por el hecho de estar separados por juicio de la Iglesia, ya cesa

(1) Castillo Ley 16 de Toro n. 50. y 51. (2) Segur. in Repet. §. Sed, et si fundum, leg. Unum ex familia, ff. de Legat. 2. col. 10. al fin. Castill. en la 16. de Toro n. 52. Matienz. en la 2. tit. 9. lib. 5. Recop. glos. 1. n. 45. al 51. (3) Ley 8. tit. de las fuerzas, y daños del Fuero Real. (4) Ley 3. §. 1. ff. de Donat. inter vir. et uxor. y ley Non fraudantur, §. 1. ff. de Reg. jur. (5) Ley fin. Cod. de Repud (6) Segur. ubi supr. col. 13 vers. Quarto. Castill. ibi n. 53. (7) Ley 3. tit. 19. Partid. 4.

la sociedad por lo que no tiene lugar, ni versa motivo alguno de los impulsivos de la ley para conceder á la muger la mitad de ganancias: y como habitan separados, tienen sus bienes en la misma forma, y faltan la voluntad, union, cohabitacion, sociedad, y trabajo de ámbos, y no deben comunicárselas (1). Lo própio milita quando voluntariamente se separan votando castidad (2), y quando por impotencia, ú otro motivo se declara nulo el matrimonio; pero en todos estos casos deben partir los gananciales adquiridos hasta que se declaró la separacion, ó nulidad, porque hasta entónces hubo matrimonio, buena fé, y legítima sociedad entre ellos, y los adquirieron como marido, y muger, por cuyas razones se les hicieron comunicables con igualdad.

51 Si la muger por la sevicia, ó excesiva rigidez de su marido, ó por otro motivo grave se separa de él, de tal suerte que no hacen vida marital, no solo se la debe restituir su dote, sino tambien la mitad de los gananciales adquiridos ántes de su separacion (3), y así todo lo debe pedir.

52 Y en quanto á lo ganado despues de la separacion parece no tendrá derecho, porque á su instancia se hizo, aunque el marido diese motivo para ella, y por el hecho de no haber querido vivir con él, y sufrirle, es visto que tampoco quiso participar de los gananciales que él adquiriese despues (4). Pero no obstante, la comun, y mas segura opinion es, que deberá llevar la mitad de los posteriormente adquiridos, pues sería iniqüo, é injusto que la muger que sin delito estaba separada de su marido por culpa de éste, fuese privada del beneficio que la ley la concede, y que su inocencia se convirtiese en su detrimento, y al marido su delito en su utilidad (5). Lo mismo procede para con el marido quando la muger dió causa al divorcio, pues ámbos son correlativos, y ácia ellos se debe hacer el própio juicio, si concurre identidad de razon (6).

(1) Castill. ibi vers. Quæro insuper. Segur. ibi. (2) Matienz. en dicha ley 2. tit. 9. y glos. 1. n. 57. Segur. ibi col. 14. (3) Cap. 1. et ibi Abb. cap. Significavit, et ibi glos. de Donation. inter vir. et uxor. (4) Castill. ibi vers. Item quid si uxor. (5) Lup. in Repet. §. 64. n. 10. et in leg 16. Tauri n. 35. Ferdinand Gom. in leg. 12. Tauri n. 15. Sr. Covar. in Epitom. de Sponsal. part. 2. cap. 7. §. 1. n. 6. Matienz. ibi. n. 47. y 48. (6) Ley unic. Cod. de Indicta viduitate tollend Surg. in dict. repetit. §. Sed si fundum, n. 26. Castill. en dicha ley 16. col. ult. Lup. en ella n. 32. Matienz. ibi n. 53. al 55.

53 Si la muger es adúltera, ó contra la voluntad de su marido se va á casa de hombre sospechoso (en cuyo caso se presume adúltera) ó se pervierte de nuestra Santa Religion, haciéndose mahometana, ó judía ó de otra secta, no solo perderá los gananciales, sino tambien su dote, y arras; excepto que su marido la perdone el adulterio, y la restituya á su compañía, pues entónces se vuelven las cosas al estado que tenian ántes de cometerlo, y así nada perderá por él (1). Aunque segun el derecho Romano, (2) y el Canónico (3) no se debe confiscar á la muger su dote, sino por los delitos de lesa Magestad, violencia, homicidio, parricidio, heregía, y dar veneno á alguno; pero por la Ley 78. de Toro no solo debe perder por delito sus bienes dotales, y gananciales, sino tambien los demás de qualquier calidad que sean. Y la 1. tit. 9. lib. 11. Nov. Rec. manda poner á los adúlteros en poder del marido, para que haga de ellos, y de sus bienes lo que quisiere: con la qual concuerda la 2. tit. 15. lib. 8. del Ordenamiento Real, segun cuyas leyes el marido puede matarlos, si el Juez declara el adulterio, y se los entrega, y apropiarse los bienes de ámbos (4), bien que la 82. de Toro, que es la 5. de dicho tit. 28. lib. 12. Novis. Recop. las corrige en quanto ordena que si de própia autoridad los matáre, aunque sea cometiendo el delito, no gane la dote, ni bienes del que matáre, excepto que los mate con autoridad de la justicia. De que se sigue que matándolos sin que intervenga ésta, ó sin hallarlos en el mismo delito, incurrirá en la pena de homicida (5).

54 ¿La pena de perdimiento de bienes impuesta á la muger por el adulterio probado, se circunscribe, y milita á su dote, arras, gananciales y demás que al tiempo de su perpetracion posee: ó se amplia á los libres supervenientes, á los frutos de los mayorazgos que despues de haberlo cometido, y pendiente la acusacion, y pleyto de divorcio, recaen en ella án-

(1) Ley 10. tit. 4. Ley fin. tit. 2. lib. 3. del Fuero Real, y ley 23. tit. 11. Part. 4. leyes 15. tit. 17. y 6. tit. 25. Part. 7. Gom. en dicha ley 50. de Toro n. fin. (2) Ley Quinque legibus, ff. de Bonis damnator. (3) Cap. Decrevi, de Hæretic. lib. 6. Gom. en la ley 78. de Toro, num. 1. (4) Sr. Matheu de Re crimin. controv. 50. n. 21. Sanchez de Matrim. tom. 3. lib. 10. Disp. 8. n. 10. Gom en las leyes 80. 81. y 82. de Toro, num. 47. vers. Hodie tamen, y otros glosadores, Sr. Covar. de Matrim. part. 2. cap. 7. §. 6. n. 2. (5) Gom. en dicha ley 82. de Toro, n. 58.

tes de proferirse la sentencia? Parece que se debe limitar á los que la correspondian, y de que era dueña quando lo cometió: lo uno, porque las leyes no se estienden á otros ni tratan de ellos, ántes bien la del Fuero inserta habla de lo que los adúlteros poseen quando adultéran, y la sentencia se ha de retrotraer á este tiempo, que es en el que la muger incurre por el adulterio en la pena de su perdimiento; y no extenderse á los que adquiere despues por causa superveniente á la comision del delito. Y lo otro, porque lo penal se debe restringir, é interpretar benignamente, y lo propicio ampliar (1).

55 Sin embargo de esto todos los bienes se hacen própios del marido, y no debe sufragar á la adúltera para eximirse de incurrir en la pena de perderlos, la superveniente sucesion en ellos, pendiente el pleyto de divorcio. Lo I, porque la ley 78. de Toro dice que puede perder por delito todos sus bienes de qualquier calidad que sean; y como los tenia en esperanza, y aun quando no los esperase, como hasta que se profiere la sentencia, no adquiere su marido derecho, ni hipoteca, ni ántes de su prolacion se puede titular acreedor á ellos, á causa de ignorar los que son, y si se la impondrá, ó no la pena de perdimiento, por no ser este delito de los que por derecho se incurre en ella (2): desde la sentencia es quando se dexa en su voluntad el hacer de los adúlteros, y de sus bienes lo que quiera como exponen los AA. citados: y entónces se advierte pertenecer á la adúltera, por eso debe perderlos, y hacerlos suyos su marido. Lo II, porque ni la ley 78. de Toro, ni la del Fuero inserta distinguen de bienes habidos ántes ó despues de cometer el delito, y darse la sentencia: ántes bien es visto comprehenderlos todos en quanto dice esta: *que amos sean en poder del marido, é faga de ellos, á de quanto han, lo que quisiere*:: y así no debemos distinguir; y como no pueden entrar en poder del marido, ni éste hacer de ellos lo que quiera, hasta que con pleno, y maduro exámen, y conocimiento se declare el adulterio, y á los bienes por perdidos: y á esta sazon ya recayeron en ella; por eso debe comprehenderlos todos la sen-

(1) Ley 32. al fin, ff. de Pænis. y regla 155. ff. de Regul. jur. (2) Leyes Si qua pæna: y Aliud, §. Item multa, ff. de Verbor. obligation.

tencia, y entenderse que en este tiempo, y de todos hablan las leyes. Lo III, porque al modo que se reputan gananciales todos quantos ganan los cónyuges, hasta que en juicio se declaran por perdidos por el delito que alguno de ellos comete, y los que entónces le corresponden, se confiscan (1): y quando el padre está obligado por estatuto á consignar á su hijo delinqüente la legítima que por su delito se ha de aplicar al Fisco, se mira, y atiende á la que le toca al tiempo de la condenacion (2): del mismo modo, y por idéntica razon se ha de mirar quáles, y quántos pertenecen á la adúltera al própio tiempo, para declararlos por perdidos, y por própios de su marido, y en este concepto aplicárselos. Lo IV, porque el matrimonio subsiste aunque sin los efectos en quanto á la cohabitacion: y respecto no disolverse por el adulterio, una vez consumado: ser adquiridos constante él los bienes libres, y los frutos de los vinculados: pertenecer al marido la administracion de todos: y permanecer en su vigor la ofensa, por eso debe executarse en todos, pues aun disuelto, manda la ley 4. tit. 4. lib. 5. del Ordenamiento Real, que la muger viuda que vive luxuriosamente, pierda los gananciales, como en el número siguiente diré; con que viviendo su marido, deberá perder estos, y aquellos. Y lo V, porque de no practicarse lo referido, ni entenderse con esta amplitud las leyes, serian ilusorias, si la adúltera no tenia bienes al tiempo de perpetrar el adulterio: no quedaria castigada como preceptúan: experimentaria lucro por su infidelidad, y su marido despues de ser gravemente ofendido, no quedaria satisfecho, ni vindicado de la injuria que le habia causado; pues bastante favor le hace en no quitarla la vida, hallándola en el delito, como puede sin incurrir en pena civil, la que importa, y prepondera mas que sus bienes. Por cuyas razones me parece que todo debe ser del marido en posesion, y propiedad: que éste cumple con darla los competentes alimentos de sus frutos, y debe declararse así en la sentencia consignándoselos: y que ésta no se debe retrotraer al tiempo de la perpetracion, porque á éste, y al de ella está inhabil la muger para adquirirlos, y retener los adquiridos, y en ám-

(1) Leyes 10. y 11. tit. 4. lib. 10. Nov. Recop. (2) Alberic. in 3. part. Statutor. quæst. 36.

bos tiene aptitud, y capacidad su marido como injuriado, para que se le apliquen todos, por no obstárselo el delito, como á ella; pues la retrotraccion requiere que en los dos la tenga el interesado, á efecto de que haya lugar, segun expondré en el lib. y cap. 2. de esta segunda parte n. 123. Y aunque lo penal se debe restringir, y lo propicio ampliar: esto se entiende en caso de duda, y quando lo permite el negocio, y no se presume delito; mas no, quando lo hay probado, como en el presente (1).

56 Si la muger despues de viuda vive luxuriosa, y escandalosamente, pierde los gananciales, y debe restituirlos á los herederos de su marido, aunque sean extraños (2). Pero esta pena de restitucion no comprehende al marido, porque en él no se contempla deshonestidad, por no ser lecho de su muger, como ésta lo es de él: por cuya razon, y por otras que da el derecho (3), no puede acusarlo de adúltero, como él á ella.

57 Renunciando la muger mayor de 25 años los gananciales, nada percibirá de ellos, pero tampoco pagará las deudas del matrimonio (4). Y puede hacer la renuncia ántes de casarse, estando casada, y despues de viuda. Si ántes, ó al tiempo de contraer matrimonio se pacta que todos los gananciales que durante éste se adquieran, han de ser para el marido, valdrá el pacto; y así se adjudicarán todos, ó á sus herederos (5), porque este pacto no es contra ley, ni buenas costumbres: el contrato la hace (6) conteniendo pactos justos: y cada uno puede renunciar lo que privativamente le utiliza (7), no estándole prohibido por derecho.

58 Si durante el matrimonio renuncia los adquiridos, y que se adquiriesen en lo sucesivo, tambien valdrá, pues puede hacerlo sin necesitar licencia de su marido, porque esta renuncia cede á favor de él, y no la está prohibida; pero

(1) Glos. in regul. 155. §. 2. ff. de Reg. jur. Alciat. lib. 3. præsum. 1 (2) Leyes 5. al fin. y 11. tit. 4. lib. 10. Nov. Recop. (3) Ley 1. tit 17. Partid. 7. Gom. en la 14. de Toro n. 14. y en la 50. n. 73. al fin, y 80. Tello Fernandez en la 6. n. 22. (4) Ley 9. tit. 4. lib. 10. Nov. Recop. (5) Rodrig. Suar. en la ley 1. tit. de las ganancias lib. 3. del Fuero Real. (6) Ley 1. §. 6. ff. Depositi, vel contra, y ley Contractus 23. ff. de Regul. jur. Avendañ. respons. 20. n. 8. Boer. decis. 22. n. 28. (7) Ley Si quis in conscribendo 29. Cod. de pact.

debe jurar la escritura, para no poder reclamarla (1); y así ya los renuncie en el matrimonio, ó despues de disuelto, se acrecen al marido; y por el contrario renunciandolos esto, se acrecen á la muger, por ser ámbos conjuntos á este efecto con conjuncion legal (2).

59 Y aunque se objete que la donacion entre marido, y muger está prohibida, para que no se despojen del mútuo amor que se deben tener: que solo con la muerte del donante se confirma: y que por lo mismo es nula la renuncia, no obsta, porque esto se entiende quando por ella se constituye mas pobre el donante en quanto disminuye su patrimonio, y el donatario mas rico, porque aumenta el suyo; pero cesando este motivo, queda firme, porque no es própiamente donacion, ni diminucion de su caudal, sino desistimiento de adquisicion, ó renunciacion del lucro que podria, y tenia esperanza de adquirir, lo qual es muy diverso (3).

60 Tampoco obsta el alegar que esta adquisicion no es hecha por última voluntad, sino por contrato, en el qual no ha lugar el derecho de acrecer: porque quando la conjuncion proviene de la concesion del Príncipe, vale tambien, y ha lugar este derecho en los contratos, como sucede en este, en el que la adquisicion, y sociedad en quanto á los gananciales provienen de la ley, y de la liberalidad, disposicion y concesion del Legislador que la estableció (4). Y últimamente no obsta alegar que el dominio, y posesion de los gananciales se transfieren á la muger sin necesidad de tradicion, luego que se adquieren, porque esta translacion durante el matrimonio no es mas que una ficcion. Lo qual no sucede en quanto al marido, porque es real, verdadera y absoluta como dueño; y así á la muger, ni á otro, aunque sea deudor, no está prohibido renunciar en perjuicio de sus acreedores, y dexar de ad-

(1) Palac. Rub. in Rub. de Donation. inter. vir. et uxor. §. 47. n. 13. 19. y 20. y §. 63. n. 2. fol. 40. Avendañ. ibi glos. in cap. 2. de Donat. inter vir. et uxor. Parg. de Paz quæst. 9. n. 11. Gom. y Castill. en la ley 60. de Toro. (2) Gom. lib. 1. Var. cap. 10. n. 28. vers. Ex quo singulariter infero. (3) Leyes 4. 5. y 6. tit. 11. Partid. 4. y ley Si sponsus, §. Si maritus, ff. de Donation. inter vir. et uxor. (4) Ley unica, Cod. Si liberatis imperialis socius sine hærede decesserit, et ibi DD. Gom. lib. y cap. dichos n. 1. al 5.

quirir lo que no tiene, y le puede venir, porque por esta renuncia no se constituye de peor condicion que estaba (1). Lo própio milita en quanto al miedo reverencial, porque éste solo no es suficiente para invalidarla, pues debe ser grave que intimide al varon constante, qual se requiere por derecho para la rescision de los actos y contratos (2); por lo que para estirpar todo escrúpulo, conviene que la jure en la forma explicada en el cap. 7. de mi primera parte §. 4. n. 117. con cuya solemnidad quedará estable.

61 Y si siendo viuda, y mayor de 25 años, los renuncia, con superior razon valdrá, y no estará obligada á pagar deudas, como dexo sentado en el n. 55. Pero si es menor, necesitará licencia judicial, precedido maduro exâmen de si la es útil, ó nociva la renuncia, para que sea válida, pues no basta la de su tutor, ó curador, porque al menor está prohibido no solo enagenar, y perder lo que tiene, sino tambien dexar de adquirir (3). Y lo própio milita ántes de casarse, ó durante el matrimonio, en caso de ser menor.

62 Quando ningun pacto intervino acerca de los gananciales, se debe tener presente para su division la costumbre del Pueblo en que se contraxo el matrimonio (4). Lo qual se entiende, con tal que estén en el término del mismo Pueblo los bienes que se han de partir, pues no existiendo en él, se ha de estár á la de el en que se domiciliaren; y así para participar la muger de la mitad de los que están en el de su domicilio, no es menester pactarlo quando se casa, si allí se comunican los que se lucran, aunque nada se hable de ellos, y se ha casado en donde no son comunicables los del Pueblo del casamiento; de modo que en donde se acostumbráre dividir las ganancias allí exîstentes, se dividirán sin necesidad de pacto: y

(1) Ley qui autem, ff. de His quæ in fraudem creditor. y ley Cum oportet, §. Sin autem, Cod. de Bonis quæ liberis. (2) Ley metum 2. ff. Si per vim, ley Si donationis, Cod. Quod metus causa, ley 2. §. fin. ff. Ex quibus causis major. ley Si quis ab alio, y ley Vani timoris: ff. de Re judicat. ley Interpositas, Cod. de Transaction. cap. Cum dilectus, quod metus causa. Los DD. en la ley 1. §. Quæ onerandæ, ff. Quarum rerum actio non detur.

(3) Leyes 60. titulo 18 Part. 9. y 18. tit. 16. Part 5. Ley Magis puto, §. Si fundum, ff. de Rebus eorum, Gom. en la 60. de Toro vers. Nec etiam obstat, y lib. 2. Var. cap. 14. n. 13. 14. 15. y 27. (4) Ley 24. tit. 11. Part. 4. Ley Exigere dotem, ff. de Judic.

en donde no hubiere costumbre no como sucedia en otro tiempo en la Ciudad de Córdoba, y en los Lugares que comprehende su Obispado (1), excepto que se pacte otra cosa al tiempo de casarse, como se puede (2), porque la costumbre no extiende sus efectos fuera del territorio en que está introducida (3) ni la causa finita, ó limitada puede producirlos infinitos; por cuya razon, así como se limita la potencia de la causa, se deben limitar sus efectos (4); y quando la costumbre, ó estatuto tiene su tendencia á los bienes, y no á la persona, se ha de juzgar acerca de ellos con arreglo á la del territorio en que están sitos (5).

63 Al marido está permitido enagenar durante el matrimonio los gananciales que no son castrenses, ni quasi castrenses, sin licencia, ni consentimiento de su muger; y valdrá su enagenacion, no probando ésta, ó sus herederos que la hizo con dolo, por damnificarla, segun dexo sentado en el núm. 29. y este es otro caso en que no participará de ellos. Pero probando haberlos enagenado con ánimo de defraudarla, si la enagenacion fuere de cosas consistentes en número, peso ó medida, ó de otros muebles que no exîsten, deberá el marido, ó su heredero satisficerla su parte de su própio patrimonio, ó imputársela en la suya de gananciales. Si hecha excusion en sus bienes, no quedáre la muger reintegrada por su insolvencia, podrá usar de la accion *revocatoria* contra el poseedor de ellos, como hecha en fraude suyo. Y si la enagenacion fué de especie que exîste, podrá usar tambien de la misma accion contra su poseedor, sin hacer la excusion referida (6).

64 ¿Donando el marido á pariente, ó á otro, ó consumiendo los gananciales en juegos, ó en otros vicios: competirá á la muger repeticion contra los suyos por la mitad de la parte

(1) Ley 13. y Nota 1. título 4. lib. 10. Nov. Recop. (2) Señor Greg. Lop. en dicha ley 24. glos. 2. Vers. *Ego tamen hoc intelligerem*: Matienz. en la 2. tit. 9 glos. 1. n. 67. al 87. lib. 5. Recop. Morquech. de Divis. lib. 2. cap. 16. num. 3. (3) Cap fin. de Const. in 6. y ley fin. ff. de Jurisdiction. omnium. Judic (4) Ley Si adrogator, ff. de Adopcion. ley Juris peritos, §. Cum oriundus, ff. de Excusation. tutor. (5) Ley Rescripto al fin, ff. de Munerib. et honorib. Matienz. en dicha ley 2. tit. 9 y glos. 1. Sr. Greg. Lop. en la ley 24. cit. Palac. Rub. in Repetit. §. 62. num. 81. Gom. en la ley 50. de Toro n. 75. y otros. (6) Gom. en la ley 50. de Toro num. 74.

que donó, ó disipó? Discordan los AA. Unos afirman, y constantemente resuelven que cesante el dolo expuesto, puede enagenarlos, sin que la muger tenga regreso contra los suyos por su mitad (1): Lo I, porque esta palabra *enagenar* es tan ámplia, y general, que comprehende, é incluye todas las especies de enagenacion, contratos, distractos y actos, por los quales se transfieren el dominio útil, y el directo (2). Lo II, porque la ley habla generalmente, sin distinguir si la enagenacion ha de ser por venta, donacion, ó otro título lucrativo, ó por el oneroso, y por hablar de qualquiera enagenacion, se comprehende en ella la donacion (3); pues la ley se debe entender segun está escrita sin distincion alguna (4); Lo III, porque es posterior á las del Fuero, que conceden á la muger la mitad, y correctoria de ellas; y así con consideracion á que el marido es el que adquiere los gananciales (pues las mugeres apenas se pueden mantener decentemente con su honesto trabajo) le confiere potestad ámplia para enagenarlos por qualquier título sin licencia de su muger como dueño: lo que al contrario no podrá hacer, siendo agenos, v. g. de un hijo, en los quales solo tiene la libre, y general administracion, y usufructo, y no el dominio, pues por la concesion de éste no es visto concedérsele la plena potestad de disponer de ellos, como si fueran suyos. Y lo IV, porque si por sí solo dota, ó hace donacion *propter nuptias* á un hijo de ámbos, se debe pagar de los gananciales en quanto en ellos quepa, como expresamente lo ordena la ley 53. de Toro al fin, y diré en el §. 5. de este capítulo núm. 100. al 102. De lo qual se prueba, que la muger no tiene dominio verdadero en ellos hasta que su marido muere, pues á tenerlo, respecto no estár obligada á dotar á sus hijas (5), ni hacer donacion *propter nuptias* á sus hijos, si no hay gananciales, no mandaria esta ley que dotando el marido solo á un hijo, ó hija, lo pagase de éstos en quanto

(1) Gom. en dicha ley n. 73. Ayor. part. 2. quæst. 41. n. 46. (2) Ley final, Cod. de Reb. alien. non alienad. cap. Nulli, de Rebus Ecclesiæ non alienand. Sr. Gregor. Lopez en la ley 43. tit. 5. Part. 5. glos. 3. Hermosill. en dicha ley, y glos. n. 1. (3) Ley fin. Cod. de Rebus alienis non alienand. glos. in Authent. de Non alienand. verb. Alienationes, collat. 2. n. 11.

(4) Ley de pretio, ff. de Publiciana in rem actione, ley Prospexit, ff. Qui, et à quibus manumissi liberi non sunt, y ley Prospexit, ff. de Postulando. (5) Ley 9. tit. 11. Part. 4.

en ellos cupiese, porque para que la muger quede privada de su mitad, lo mismo es donarlos el padre en su vida á un hijo de los dos, que á extraño, ó consumirlos en otros usos; y así es visto que habiéndolos la obliga á dotar á sus hijos, aunque no quiera, y alegan otras razones, á las quales en mi concepto nadie da concluyente solucion.

65 Otros fundados en la mera libre administracion que conceden al marido, son de contrario sentir en el todo en quanto á hacer donacion de los gananciales, porque el donar es perder, y desfalcar el patrimonio; y en la general administracion concedida al marido por la ley inserta en el núm. 29. con potestad de enagenar, no es visto estarle dada la de donar (1), y así no puede hacer el que la tiene, á ménos que especialmente se le conceda (2). Pero por lo tocante á consumirlos en juegos, ó en otros usos reprobados, no, porque no lo hace con dolo: y por evitar litigios, y discordias, no se hace mérito de ello, segun costumbre (3).

66 Y otros conciliando las opiniones, y eligiendo un medio dicen que siendo módica la donacion, y hecha por causa justa á consanguineos, domésticos ó amigos, valdrá, mas no si es inmoderada, y no interviene causa legítima para hacerla, ó si es tal, que arruine el patrimonio, ó lo desfalque considerablemente (4). Opinion que como mas racional que la negativa, concibo debe seguirse, porque no priva al marido del libre uso de lo que es suyo; en quanto á qualquiera prudente está permitido, pues aunque cada uno tiene pleno dominio en sus bienes, y como dueño puede disponer de ellos á su arbitro (5), conviene al Estado que no abuse enormemente de este dominio, por lo que está prohibida justamente la prodigalidad, y carece de facultad

(1) Arg. leg. Creditor 60. §. Lucius 4. ff. Mandati. (2) Ley 1. §. 1. ff de Offic. Procurator. Cæsar. ley 3. §. Plane, ff. Quod vi, aut clam. Roxas de Succes. abintestat. cap. 23. n. 25. Sr. Molin. de Primogen. lib. 5. cap. 10. n. 6. Morquech. de Divis. lib. 2. cap. 13. n. 1. y 2. (3) Rodrig. Suar. en la ley 1. tit. 3. lib. 3. del Fuero Real, vers. Quæritur circa hoc. Sr. Greg. Lop. en la ley 13. tit. 10. Part. 5. glos. 5. Gom. en la 50. de Toro n. 66. Morquech. ibi n. 15. (4) Sr. Molin. ibi ex n. 65. Aceved. en la ley 5 tit. 9. lib. 5. num. 9. al 18. Garcia de Conjugal. acquest. num. 184. (5) Ley in re mandata, Cod. Mandati, ley Nemo externs 9. Cod. de Judeis, ley Nec quasi 70. ff. de Reivindication. y ley Sed, et si lege 25. §. Consuluit 11. ff. de Petition. hæreditat.

para disparlos (1): y en este concepto se debe entender la afirmativa, dexando al prudente arbitrio del Juez (atendida la donacion, y donatario, la causa para hacerla, y el caudal del donante) la regulacion de la moderacion de ella, pues de lo módico no se debe hacer mérito (2).

67 A la muger no solo está prohibido donar sus bienes dotales, y gananciales durante su matrimonio, sino tambien dar limosna sin expresa licencia de su marido, excepto en quatro casos, de los que trae tres la ley 12. tit. 23. Part. 1. concordante con el derecho Canónico, y son: El I, de sus bienes parafernales, ó extradotales no entregados al marido. El II, de pan, vino ú otra cosa de comer, que tenga en su despensa, para remediar en el dia la indigencia de algun pobre; pero esto ha de ser con moderacion, y en el firme concepto de que su marido no lo llevará á mal, y no de otra suerte. El III, para socorrer la extrema necesidad de alguno, que á no remediársela perecerá. En cuyo caso aunque su marido se lo prohiba, debe darle limosna, porque mas obligada está á obedecer á Dios que lo manda por piedad, que á su marido, que se lo prohibe por inhumanidad, y crueldad; y fuera de estos casos no se le permite. Y el IV, de lo que su marido la señala en los contratos nupciales con título de alfileres para vestirse, y otros adornos, y urgencias mugeriles, como sucede á las Señoras Grandes de esta Corte, pues lo hacen suyo privativamente en virtud del pacto, y pueden hacer de ello lo que quieran sin intervencion ni licencia de su marido, y así se observa como pacto, nupcial justo entre aquellas; y lo mismo pueden pactar otras que no sean Grandes. Por lo que si hiciere alguna fundacion pia, ú otra donacion, ó gasto de consideracion, sin que á ella concurra su marido, ó la apruebe despues expresamente, debe imputársela en su haber, porque es visto haberlo defraudado contra su voluntad, pues de nada es dueña miéntras está casada, sino de los bienes parafernales que se reserve, y demás referidos; y así se ha practicado, y aprobado judicialmente en

(1) Ley 2. ff. de His qui sunt sui, vel alieni juris, y §. últim. Institut. eod. titulo Matienz. en la ley 1. título 2 lib. 5. Recop. glos. 1. (2) Ley Ob quæ 4. ff. de Ædilitio edict. y ley Scio 4. ff. de In integrum restitution.

cierta particion que hice, por haber fundado una Excelentísima militar dos memorias de misas del dinero que su marido incauto la entregaba muy confiado, para que lo custodiase, sin que él sonase; ni hubiese intervenido en ella: y todo se le cargó en cuenta de su haber por mi dictámen, al qual accedieron dos Letrados doctos, sin embargo de que ántes de manifestarles la ley, querian se entendiesen hechas por ámbos cónyuges, como cosa pia; y así quando ocurra este caso, ó el de que la muger casada sin expreso consentimiento de su marido haya mandado celebrar misas por su alma, y conste de ello, y su importe, deberá agregarse éste al cúmulo del caudal, y luego aplicarse su total á su heredero en vacío como recibido, el que se deducirá del quinto segun la ley 30. de Toro, por ser misas anticipadas en vida por su alma que puede mandar celebrar al modo que en muerte qualquiera sin perjuicio de tercero, como mas bien diré en el lib. 2. cap. 1. n. 32.

68 No está obligada la muger por la fianza que su marido haga (1). Por lo que si fió á alguno, pagó por él y no recuperó lo pagado, á causa de ser pobre, se le imputará en cuenta de su privativo haber, porque el fiar es enagenar y perder, y el marido no tiene obligacion de fiar, y como si lo hace, es en fraude conocido de la muger, y ninguno de los socios puede enagenar mas que su parte segun derecho (2); por eso debe satisfacerlo de su própio caudal, y no del comun de lo multiplicado.

69 Aunque es constante que las deudas que contrae uno de los socios, subsistiendo la sociedad, se deben satisfacer del caudal de ella (3): esto se entiende quando provienen de negocio de la misma sociedad, mas no quando es por el suyo privativo (4): y así el un socio no debe atribuir al consocio el daño, que por su culpa le causó (5). De suerte que siempre que por culpa conocida del marido experimentan

(1) Ley 2 tit. 11. lib. 10. Nov. Rec. (2) Ley Nemo ex sociis 68. ff. Pro socio, y ley Si socius 16. ff. de Rebus credit. si certum petet. (3) Ley 7. tit. 10. Part. 5. Ley Omne æs alienum, ff. Pro socio. (4) Ley Sed nec æs alienum, y ley Socium qui in eo, ff Eod. tit. (5) Reg. Damnum quod quis, de Regul. jur. lib. 6. Rodrig. Suar. en la ley 1. tit. 3. lib 3. del Fuero Real. Palac. Rub. in Repet. §. 65. n. 63 Matienz. en la ley 3. tit. 9. lib. 5. Rec. glos. 1. n. 1. y 2. Garcia de Conjugali acquæst. n. 149.

notable decremento, ó desfalco los bienes de la sociedad conyugal, ó se gravan con censo, ó de otra forma, debe pagarlo de su privativo haber, y no su muger, como en quanto á los socios convencionales está dispuesto por derecho (1): pues el daño que un socio causa por su culpa al otro, no se compensa con lo que con su industria gana (2).

70 Pero si el marido entró en algun arrendamiento, ó negocio con otro, ámbos se fiaron, y creyendo utilizarse, se perdieron, y el consocio no tuvo de que satisfacer la parte en que salió alcanzado, por lo que la satisfizo por él, no se le ha de imputar en la suya este daño, y pérdida, ántes bien debe ser de cuenta de la sociedad conyugal, en cuyo nombre entró en el negocio, porque fué eventual, y no tuvo culpa, ni lo hizo con intencion de damnificar á su muger: y así como perdió, pudo ganar, y quien está á lo uno, debe sufrir lo otro (3): y mayormente habiendo sido recíproca entre los dos la fianza, en cuyo caso ninguno se grava (4).

71 Queda sentado en el núm. 57. que si la muger renuncia los gananciales, no debe pagar las deudas del matrimonio; pero si los acepta, y porque advierte luego que no son suficientes á su solucion, los renuncia, ¿estará, ó no obligada á satisfacerlas? Hay dos opiniones. La una dice que sí, y se funda en que aunque los contratos son voluntarios en el principio, se hacen luego forzosos; y la muger no se puede apartar del que celebró, porque así los herederos como los acreedores adquirieron derecho á su observancia, excepto que la muger sea menor al tiempo de la aceptacion, pues en este caso será restituida (5). Y á esta me inclino.

72 Y la otra dice que no; porque por la mera aceptacion no es visto haberse obligado á su satisfaccion, sino en quanto alcancen, y sí únicamente prestado su consentimiento á su ad-

(1) Ley 7. tit. 10. Part. 5. Ley Incerti juris, Cod. Familiæ erciscund. dicha ley Sed nec æs, y ley Cum duobus, §. Venit autem, y § Damna, ff. Pro socio (2) Ley non ob eam 25. y ley Et ideo 26. ff. Pro socio. (3) Dicha ley Cum duobus, §. Si in coeunda, y §. fin. (4) Ley De fideicommisso, Cod. de Transaction. y ley Si pater puellæ, Cod. de Inofficios testam. Ayor. part. 1. cap. 8. n. 10. y sig. Morquech. lib. 2. cap. 13. n. 12. al 14.

(5) Gutier. lib. 4. Pract. quæst. 68. Matienz. en la ley 9. tit. 9. lib. 5. Rec. glos. 1. n. 9. Acev. ibi. num. 13. Burg. de Paz Junior in Quæstion. civil. quæst. 9. n. 9.

mision, si los hubiese; y como por la ley solo está obligada á pagarlas quando quiere percibirlos, se sigue que no percibiéndolos queda libre, á ménos que al tiempo de la admision se obligue, ó despues de viuda contraiga expresamente con los acreedores. Lo qual es al contrario en el heredero del marido, pues le concede la ley el beneficio de no estár obligado á mas de lo que alcanza la herencia, si hace inventario de los bienes de su causante en la forma y términos que prescribe, y por la aceptacion de la herencia sin este beneficio le obliga á las deudas y legados, porque por este hecho, no ignorando el perjuicio que se le irroga, es visto admitir no solo los bienes, sino los créditos que la herencia tenga contra sí (1). A mas de que lo penal se debe restringir, y no ampliar á lo que suena, y ninguno se cree que quiere gravarse, ni pagar lo que no debe.

§. III.

Cómo se han de dividir las mejoras hechas por los cónyuges en sus bienes libres y vinculados.

73 Haciendo fortalezas el marido en las Ciudades, Villas, Lugares y heredamientos de su mayorazgo, cercas en dichas Ciudades y Villas, mejoras y reparos en ellas, en sus edificios y en sus casas son própias del mismo mayorazgo; y en todo debe suceder el llamado, sin ser obligado á dar parte alguna de su valor á la muger, hijos, herederos ni sucesores del que los hizo (2); por lo que las mejoras hechas por el poseedor en algunas fincas de él, no se compensarán con los deterioros causados en otras, porque lo voluntario no se compensa con lo preciso y obligatorio, y por las demas razones expuestas en el cap. 21. n. 48. de mi primera parte adicionada (3) (*a*).

(1) Ayor. part. 1. dicho cap. 8. num. 17. (2) Ley 6. tit. 17. lib. 10. Nov. Recop. (3) Gom. en la ley 46. de Toro. Gom. Arias en la 40. n 28. y en la 44. n. 47. vers. Adverte tamen: Sr. Molin. lib. 1. de Primogen. cap 26. Matienz. en la 6. tit. 7. lib. 5. Rec. Burg. de Paz, quæst. 7. n. 17. Pelaez de Majorat. part. 4. quæst. 33. n. 3. Garcia de Expens. cap. 13. n. 45. Acev. en dicha ley 6. tit. 7. Burg. de Paz. Senior. consil. 3. a. 199. Ayor. part. 1. cap. 10. ex n. 3. Velazquez de Avendañ. en dicha ley 46. per omnes glos.

(*a*) Entre cuyos AA. hay mucha diferencia en el modo de entender la ley.

74 Si los bienes de marido y muger mejorados en su matrimonio son libres (1), y consisten en tierras que se plantaron de viñas, se dividirán, aplicando en ellas á su dueño el valor que tenian ántes, y partiendo el mayor, que con las mejoras tengan, entre él y los herederos del otro, v. g. valia 100 la tierra, y con las viñas vale 200: llevará el dueño 150, los ciento por el valor de la tierra, y los 50 por mitad de mejoras, como gananciales; y los herederos del otro con atencion á mejoras llevarán en la misma viña los 50 restantes, y se amojonará y dividirá la viña. Si es casa, molino ú otro edificio se aplicará íntegro con el costo de lo fabricado ó mejorado al dueño del suelo en que se hizo, el qual si no le cabe por su mitad de gananciales todo el valor expendido en las mejoras, dará á los otros interesados el exceso en dinero; previniendo que en todo evento se ha de atender á lo que costaron, que es lo que salió del caudal comun, y no á lo que valen al tiempo de la particion, ya sea mas ó ménos. Y la razon de diferencia en practicar así esta division consiste en que la viña la tiene cómoda, y la casa ó edificio no: En apoyo de este dictámen se citan las leyes 3. y 9. tit. 4. lib. 3. del Fuero Real.

75 Si no me engaño, se ha equivocado el autor de la opinion que acabo de exponer, ó no entiendo las referidas leyes, pues en mi concepto disponen lo mismo (aunque por diverso estilo) en un caso que en otro, en quanto á la propiedad del fundo, como se reconoce de su contexto, pues la ley dice: 3.° *Quando el marido é la muger ponen viña en tierra que sea de qualquier dellos, é muriere el uno dellos, cuya fuere la tierra, tome el terrazgo, segun ponen otras viñas en aquel Lugar, y el vino pártalo con los fijos del muerto, ó con sus herederos, si fijos no hubiere: y esto mesmo sea de otras labores qualesquier que se ficieren en el solar del uno dellos*: y la ley 9. *Si el marido ó la muger facen casa en tierra que sea del marido ó de la muger, é muriere el uno dellos, cuya fuere la raiz, dé la meitad de la preciadura á quien heredare su buena, quanto asmaren que cuesta la fechura, é finque cuya fuere la raiz con las cosas; é si cuya fuere la raiz muriere ante, otrosi los que heredaren su buena, den la*

(1) Ayor. part. 1. cap. 10.

mitad de la apreciadura, así como dicho es: E otrosí mandamos que esto mesmo sea de los molinos, é de los fornos. De suerte, que segun el espíritu de estas leyes, aunque concebidas en estilo diferente, entiendo que ya sea viña, olivar, casa, horno, molino, huerta plantada de árboles, ú otras cosas hechas en el solar de uno de los cónyuges, debe el dueño del suelo llevarlo todo, pagando la mitad del costo de mejoras á los herederos del otro: Lo I, porque éste carece de título para pretender parte del fundo: y así se cumple con darle lo que en la mitad de mejoras se invirtió, y á no haberse invertido, existiría en dinero, ó en otra especie. Lo II, porque la ley 3. dice que el dueño de la tierra tome el terrazgo, y parta el vino con los herederos del muerto: que quiere decir, que lleve la heredad (como que es suya), y la mitad de las cepas, y satisfaga al cónyuge la otra mitad de éstas: pues á no ser éste su espíritu, mandaría que los dos partiesen la tierra á proporcion con las cepas ó vino, y no que el dueño tomase el terrazgo, y partiese el vino con los herederos del muerto; y si no quiere decir esto ¿que es *tomar el terrazgo* sino llevarlo? No alcanzo que sea otra cosa, porque llevar la tierra y dar parte de ella al otro implica, pues ya no se verifica llevar sino parte, y las cepas sin tierra no sirven para fructificar, sino para el fuego. Y lo III, porque aunque la ley mandára clara y expresamente lo contrario, era preciso probar que estaba en uso, y entonces solo en el Pueblo en que lo estuviese, debería observarse, porque segun la primera de Toro no tienen vigor de tales las del Fuero sino en donde, y en lo que son usadas y guardadas; por lo que no me queda duda en que se debe practicar la division en los términos propuestos, excepto que haya costumbre contraria, ó los interesados se convengan en lo que dice Ayora, ó no pueda hacerse de otro modo.

76 Si el marido gasta en las fincas dotales no estimadas, y los gastos son *necesarios*, v. g. porque amenaza ruina la casa dotal sin su culpa: consistiendo la dote en especie y cantidad juntamente, y no habiendo gananciales se disminuye la dote en la cantidad de los gastos: quiero decir, que tanto ménos tendrá la muger que percibir en dinero del que llevó en dote, y su marido que restituirle quanto importen los gastos hechos en la casa. Y si consiste solamente en especie, no la disminu-

yen, pero el marido puede retener (*a*) por via de prenda la finca en que los hizo, hasta que se los pague su heredero, porque una vez que no hay gananciales, es visto haberlos hecho y expendido de su capital, y debe ser reintegrado por su muger, en cuyo beneficio se invirtieron, pues á no estár casada, tendria que buscar dinero para evitar la ruina, ó pereceria la finca. Bien que García (1) impugna la retencion de las dotales. Si los gastos son *útiles* (v. g. si en la casa se aumentó algun quarto, ó mejoró la habitacion) y hechos con consentimiento de la muger, ó siendo rica ésta, aunque no lo prestase, los puede recuperar de ella el marido por la accion de *Mandato*, ó como voluntario Procurador (2), y está obligada á pagársela. Pero si son *voluntarios* estos gastos, no tiene derecho á su repeticion, y sí únicamente á que la muger los quite de su alhaja, con tal que de quitarlos no se irrogue detrimento á ésta, de modo que decaiga del estado que tenia quando la llevó, pues si se le irroga, no está obligado á ello, por lo que irrogándosele, los perderá el marido, y compensará con los frutos percibidos (3). Previniendo, que los hechos en la recoleccion de frutos, ó en su conservacion, no tiene accion á repetirlos, excepto que restituya los mismos frutos (4).

77 Y si hay bienes para cubrir la dote y capital del marido, y á mas de esto resultan por gananciales los gastos *necesarios y útiles* hechos en las fincas dotales, se dividirán entre ámbos, y el marido percibirá su parte en la forma expuesta en el número precedente. Y aunque parece que éste debe compensar su importe con sus frutos, y de estos hacerlos, no será así, porque los frutos le están concedidos para ayuda á superar las cargas matrimoniales, por lo que solo está obligado á hacer de ellos los reparos menores que miran á la conservacion de la finca, mas no los mayores, que por caso fortuito acaecen, y son precisos, pues éstos como que tienen su tendencia á la perpetua utilidad y subsistencia de la alhaja, son

(1) De expensis, cap. 13. num. 57. fundándose en la ley única, Cod. de Rei uxorial. actione, §. Sed neque ob impensam. (2) Ley Domum, Cod. de Reivindicatione. (3) Ley fin. tit. 11. P. 4. Leyes del tit. ff. de Impens. in rebus dotalib. fact. Gom. en la 50. de Toro, n. 51. García de Expens. cap. 13. n. 49. (4) García, dicho cap. 13. n. 57.

(*a*) Vale mas la retencion que la accion.

de cuenta de la muger, en quien permanece el dominio de ella, y el incremento ó decremento eventual es de su cuenta: y así le competen además de los frutos (1): pues siempre que estos se perciben, no por derecho de posesion, sino de dominio, cesa su compensacion con las expensas y mejoras hechas en la alhaja: es así que el marido las percibe por todos derechos, luego no debe compensarlos (2). Advirtiendo, que si el marido restituye toda la dote sin deducir las expensas referidas hechas en los predios dotales, puede repetirlas como pagadas indebidamente y con error (3); y lo própio milita en el heredero fiduciario que restituye la herencia sin exîgir la quarta trebelianica por olvido ó ignorancia (4).

78 Siendo *útiles* las mejoras gananciales debe el contador agregar el importe de su valor al caudal efectivo partible, como que son incremento verdadero de él, y no considerar la finca por el mero precio en que la muger la llevó, y aplicársela con ellas, ó por el todo de su tasa (la qual debe hacerse con distincion de lo que vale la finca sin ellas, y luego lo que ellas valen), dexando de entregarla otras cosas, y adjudicándolas á su marido en pago de su mitad; v. g. vale la finca 20@ reales, y las mejoras útiles hechas en ella 10@, por lo que se tasó en 30@, y además hay de gananciales en otras cosas otros 10@, que en todo componen 20@. En este caso se aplica á la muger su finca en los 30@, los 20@ porque los valia, y los 10@ por las mejoras hechas en ella, y mitad de gananciales que hay, y al marido se adjudican los bienes restantes ganados por la otra mitad. Y si mas gananciales hubiere se la darán en otros bienes para complemento de su parte. Pero si no hay mas gananciales que las mejoras, la muger pague á su marido ó á sus herederos la mitad de éstas en dinero, buscándolo si no lo tiene, ó retengan la finca para su reintegro con sus frutos.

79 Si las mejoras son *necesarias* se ha de distinguir: ó hay

(1) Ley fin. tit. 11. Part. 4. (2) Glos. verb. Superfluum al fin in leg. Emptor, ff. de Reivindicat. Sr. Greg. Lop. en la ley 41. tit. 28. Partid. 3 glos 5. Sr. Covar. lib. 1. Var. cap. 8. n. 4. al fin. Garcia, dicho cap. 13. n. fin. Com. en la ley 46. de Toro, n. 3. (3) Ley Quod dicitur, ff. de Impens. in reb. dotalib. fact. Baez. de Decim. cap. 18. n. 11. Gutier. de Tutel. part. 3. cap. 20. n. 16. (4) Ley Error, Cod. ad leg. falcid. Gutier. ibi. n. 15.

mas gananciales que lo que importan, ó no. Si los hay, para que se pueda hacer pago al marido de su mitad, se pone su total por caudal, como si real y efectivamente exîstiera, y luego se hace la misma aplicacion que quando son útiles, y al marido se adjudican los demas bienes. Si no hay mas gananciales se aplica su mitad á la muger en el valor de la finca, y al marido la otra mitad en otra cosa dotal, v. g. importan las mejoras 10@, y la alhaja dotal vale 20@: se da á la muger por 30@, los 20@ que valia, los 5@ por su mitad de gananciales, y los otros 5@ por la otra mitad que toca á su marido, y ella dexa de tomar en otra cosa dotal. Pero si no hay otra cosa dotal que se pueda adjudicar al marido en pago de su mitad de mejoras, entónces es menester que la muger reintegre con dinero á su marido ó á sus herederos de su mitad: y en su defecto pueden retener éstos la misma alhaja, hasta que con sus frutos se hagan pago de lo que les toca, pues á no haber expendido su dinero en repararla, lo tendria en especie, ó en otras cosas, y la muger experimentaria la ruina de su finca dotal. Se advierte, que para graduar de mayores, ó menores los gastos ó reparos hechos en las fincas dotales se ha de atender al fin con que se executaron, y á lo que en cada uno expendió el marido, y no á lo que importan los hechos en repetidas ocasiones; por lo que si en una finca dotal hizo muchos en distintos años, ó en uno diversos en varias fincas, que juntos componen suma crecidísima, se deberán reputar por menores todos, y compensarse con los frutos, sin embargo de la considerable cantidad á que unidos ascienden, porque cada reparo de por sí es de corta entidad, y hecho únicamente para conservacion, uso y produccion de la finca, y no para su perpetua duracion y subsistencia; y aunque sumados importan mucho, no obsta, porque para su compensacion percibió muchos frutos de las fincas dotales, que está obligado á reparar, y conservar con ellos, y nada expendió de su privativo caudal, ni del adquirido de otra parte.

80 Mejorando el marido los bienes dotales, y mandando en su testamento *que sus herederos entreguen libremente á su muger los que llevó á su poder*, sin mas expresion: si estos bienes están mejorados por aumentos hechos en ellos, ó por haberlos liberado de las cargas á que estaban afectos: y á mas

de esto, si tambien hay frutos pendientes en ellos, ¿se duda si en virtud de esta clausula deberán entregárselos con los frutos, ó si éstos, y las mejoras y cargas se deberan inventariar, y poner por gananciales y dividirse? Y parece que sin embargo de la palabra *libremente* se han de poner por gananciales, como ganados durante el matrimonio, y dividirse entre ámbos cónyuges, respecto de no haber hecho mencion de las mejoras, cargas y frutos: y mas no ignorando que éstos estaban pendientes, y aquellos se habian hecho y pagado, ó redimido: y que todo es comunicable á entrámbos, pues si quisiera gratificar á su muger, lo hubiera expresado: por lo que se presume (1), que quiso gravar en lo ménos que pudiese á sus herederos con los legados, los quales se han de interpretar estrictamente (2): pues en lo obscuro se debe seguir lo mas benigno, y ménos gravoso, porque así como lo expresado daña, lo que no se expresa, no (3).

81 Mas no obstante, lo contrario es lo cierto: con la distincion de que si los herederos no son forzosos, los ha de llevar íntegros la muger con los frutos pendientes, sin descuento de mejoras, ni cargas, porque todo es visto haber querido hacerla donacion y legado, como pudo: y esto quiso decir el testador en la palabra *libremente*. Y si son legítimos, ó forzosos, se la descontará solamente el exceso á lo que pudo disponer en perjuicio de ellos, que es el quinto ó tercio; todo lo qual se entiende deducidas previamente sus deudas, pues hasta que se deducen no hay herencia. Pero si no mandó mas que restituirle la dote que llevó á su poder, podrán sus herederos descontarla, y cobrar el importe de las mejoras hechas en sus bienes dotales, porque es visto no haber querido legárselas, ni beneficiarla con ellas (4). En quanto á cómo, y en qué caso se han de computar y compensar los frutos percibidos de una finca con las mejoras hechas en ella por su poseedor quando se le condena á restituirla con ellos, véase á *Escobar* (5).

82 Así como el marido puede repetir los gastos útiles y

(1) Ley Unum ex familia 67. §. Si rem tuam 8. ff. de Legat. 2. (2) Ley Nummis 75. ff. de Legat. 3. (3) Leyes semper 9. Semper in stipulationibus 34. In obscuris 114. y Expressa 195. ff. de Regul. jur. (4) Ayor. part. 2. quæst. 38. n. 37. Bayo Prax. Eccles. part. 3. lib. 2. quæst. 70. la 1. n. 9. al fin, ff. de Procurator. Cæsar. (5) De Ratiocin. comput. 13.

necesarios hechos en las fincas dotales de su muger, y retener éstas hasta que se reintegre de aquellos, podrá practicar lo própio con los que haga en curarla sus enfermedades, y en su funeral? El marido ya haya traido la muger mucha, ó poca dote, ó ninguna, debe alimentarla, y sufrir la carga de de curarla como una de las matrimoniales, porque es su compañera, y de ella recibe servicios, obsequios y beneficios, y quando se casó, á todo se expuso (1); y porque en el nombre de alimentos no solo se comprehenden el vestido, la comida y habitacion, sino las medicinas, y todo lo que es necesario para vivir, y sin lo que no puede subsistir, ni conservarse el cuerpo humano (2); pues concedida una cosa, viene, y se comprehende todo aquello sin lo qual no se puede conseguir, ni verificar la concedida (3); por lo que carece de accion para repetir de su suegro los gastos que hizo en su curacion, y para retener el todo, ó parte de la dote por via de compensacion de ellos (4). Y así es visto expenderlos no solo por obligacion, sino por afecto marital; y mucho ménos se le concederá la repeticion, si él tuvo la culpa de las enfermedades, pues debe imputarse á sí própio este daño (5).

83 Pero no habiendo tenido culpa, si la última que su muger padeció, fué crónica, prolixa y grave, los frutos de su dote por ser ténue, no alcanzan para el reintegro de los gastos causados en ella, y el marido protesta que los hace con ánimo de repetirlos, y no por piedad, ni afecto marital; dicen algunos AA. (6) que se debe limitar la ley citada, y por consiguiente que puede repetirlas, y compensarlos con su dote en caso de no haber gananciales; al modo que la madre que alimenta á su hijo, y protesta que no lo hace por afecto materno, sino con ánimo de exîgir de los herederos de su

(1) Fontanel de Pact. tom. 2. claus. 6. glos. 2. part. 5. n. 1. (2) Ley Legatis, ff. de Aliment. & cibar. legat. ley Legatum, ff. de Adimend. legat. ley Verbo victus, ff. Verbor. significat. glos. in cap. Episcopus 10. quæst. 2. Sard. de Aliment. tit. 4 quæst. 1. à la 8. (3) Cap. Cum quid, de Regul jur. in lib. 6. (4) Ley 13. Cod. de Negot gest. (5) Ley Si damnum, ff. de Peculio, ley Hæreditaria 22. vers. Sed ita, ff. de Negot. gest. §. 1. Institut. de Obligation. quæ ex quasi delicto, y regia Damnum, de Regul. jur. in 6. Font. ibi n. 16 al 18. (6) Mascard. de Probat. conclus. 77. n. 1. Peguer. decis. 169. n. 5. al fin. Anton. Thesaur. quæst. 52. in part. 2. Fontanel. ibi n. 9. y otros.

marido los alimentos que le dá (1); y añaden que no es necesaria la protesta, porque la dote es patrimonio de la muger, y ésta miéntras exîste enferma, no sirve, ni obsequia á su marido, el qual es deudor suyo, y jamás se presume que el deudor gasta con ánimo de donar (2).

84 Sin embargo de estas razones, me inclino, y siempre he visto practicar lo contrario, lo uno, por las expuestas en el núm. 82. que no tienen solucion concluyente. Lo otro, porque la ley habla indistintamente, y quando no distingue, no debemos distinguir, por ser visto comprehender todos los casos. Y lo otro, porque tan lexos está de dar derecho al marido para la repeticion, que ántes bien le excluye de él, por lo que será inútil su protesta, pues ésta sirve de conservar el del que la hace, y como en el presente caso ninguno le compete, nada tiene que conservarle. Advirtiendo que quando el marido es pobre, la muger rica, debe alimentarle ésta (3), como su socia conyugal.

85 Si la muger es pobre, y su marido rico, debe por su honor enterrarla digna y decentemente, segun su calidad (4). Pero teniendo dote, no está obligado á ello, ántes sí puede repetir del padre, ó persona á quien la ha de volver, ó restituir, los gastos que hizo en su funeral (5). Porque los gastos del funeral son cosa agena de la dote (6), y deuda privativa de quien las causa, (segun expondré en el lib. 2. cap. 1. n. 33. de esta segunda parte) que mas miran á la herencia, y patrimonio del difunto, que á éste; y así el acreedor funerario no se llama acreedor suyo como los demás, que es una de las razones porque prefiere á todos; el gravámen de hacerlas compete mas al padre que al marido, y éste una vez muerta su muger, no está obligado á sufrir cargas de matrimonio que no hay, porque ya se disolvió. Y si el padre es pobre, impúte-se á sí mismo el marido dichos gastos, respecto á que los hizo, sabiendo su pobreza (7).

(1) Sard. de alim. tit. 6. quæst. 5. n. 64. (2) Ley fin. ff. de Petition. hæredit. ley 3. §. Sed. utrum, ff. de Minorib. Garcia de Expens. c. 4. n. 25. Fontan. ibi n. 12. al 15. (3) Ley Si cum dotem, §. Si maritus, ff. Solut. matrim. Sard. de Aliment. tit. 1. quæst. 35. Sanchez de Matrim. lib 6. de Debito conjugal. disp. 4. n. 17. (4) Ley Quod si nulla, ff. de Religios. & sumptib. funer. (5) Ley 13. Cod. de Negot. gest. Ley 27. ff. de Religios & sumpt. funer. §. 1. (6) Leyes 10. y 18. ff. Eod. tit. (7) Dicha ley 17. vers. Quod si neque.

§. IV.

Quando por muerte de uno de los cónyuges se quedó el otro mucho tiempo con los bienes de todos, cómo se han de dividir los adquiridos durante la proindivision.

86 Muerto uno de los cónyuges, si el otro tuvo mucho tiempo en su poder los bienes comunes, y adquirió utilidades con ellos, ó con sus frutos, parece que éstas se deben comunicar, y dividir por mitad entre él, y los herederos del difunto en iguales términos que se comunicarian, y dividirian entre los dos, si éste viviera, ó al instante que murió, se hubiera hecho la particion, porque se presume renovada, y tácitamente continuada la sociedad por la proindivision, y taciturnidad (1). Por lo que si el marido retiene por muerte de su muger, todos los bienes y con ellos adquiere ganancias, ya se vuelva á casar, ó se conserve viudo: deberá comunicarlas por mitad á los hijos casados, ó emancipados, de cuyos bienes por no ser legítimo administrador, no le compete el usufructo legal; y lo mismo sucederá á su muger quedando viuda (2). Y la razon es, porque se finge, y contempla que el cónyuge supéstiste durante la proindivision permanece para efecto de la ganancia en el mismo matrimonio: y por la paciencia, y perseverancia de los interesados, y por no haberse separado los caudales redituables, se presume renovada con las própias qualidades, y continuada entre ellos la sociedad, como si el matrimonio subsistiera, aunque nada se pactase en los contratos nupciales (3); al modo que en el de arriendo si el arrendador acabado el tiempo pactado, subsiste en el terreno: pues se entiende continuar en su arrendamiento por idéntico precio (4). Todo lo qual entiendo quando el difunto

(1) Palac. Rub. in Rubr. de Donation inter vir. & uxor. § 62. n. 25. Sr. Greg. Lop. en la ley 10. glos. 1. vers. Tertio limita, tit. 10 Part. 5. Segur. in leg. 1. §. fin. num. 74. ff. de Liber. & posthum. Aceved en la 3. tit. 6. lib. 5. Rec. n. 28. (2) Ley 6. tit 4. Lib. 3. del Fuero Real. (3) Palac. Rub. y Sr. Greg. Lop. en los lug. citad. Castill. en la ley 16. de Toro, num. 52. vers. Et responde: Matien. en la 2. tit. 9. lib. 5. Recop. glos. 1. n. 9. Morquech. de Division. lib. 2. c. 15. n. 1. Guerrer. de Division. lib. 6. cap. 12. n. 1. (4) Ley 10. tit. 8. Part. 5. Ley Quaeritur, §. Qui impleto, ff. Locati; ley Legem, Cod. de Locato, ley in rebus, §. ultim. ff. de Precar.

dexó bienes fructíferos, ó dinero con que girar, y comerciar, porque si fueron trastos, ropas ú otros que lexos de producir se deterioran, ó aniquilan cada dia, cumplirá el supérstite con entregar á los herederos del difunto la parte que á éste corresponda de ellos, y á nada de lo que posteriormente gane por herencias, y sus frutos, ni por sueldos, trabajo y negociacion suya personal, tendrán derecho, á pretexto de haber estado proindiviso, por no haberle coadyuvado con su caudal, persona ni industria, y faltar por consiguiente la materia sobre que recaiga la sociedad, la qual no se induce solamente de la proindivision, es menester que haya fomento para ella, y que concurran otros requisitos que explicaré en los números 90. al 96. pues faltando éstos, cesa la sociedad, y así los herederos del muerto deben echarse á sí própios la culpa de no haberse utilizado de su parte de herencia, por no haber solicitado la particion de los bienes de su instituyente. Pero es de advertir que el supérstite debe hacer inventario formal con toda pureza, y citacion de ellos, porque de omitir su confeccion, se le podrá arguir tal vez de ocultacion, y haciéndolo, se estimará como depositario de su parte de herencia, y no como socio.

87 Sin embargo de lo dispuesto por la ley citada, parece se debe hacer lo contrario, y por consiguiente que el supérstite llevará las utilidades á prorrata de su haber solamente, porque las sociedades conyugal, y convencional aunque convienen en algunas cosas, y ésta es mas privilegiada que aquella en quanto á las gananeias (1), se diferencian: Lo I, en que la convencional se contrae por el consentimiento de dos, ó mas personas con el único fin, y objeto de ganar (2): y la conyugal es principalmente por el de la procreacion, amor y union, y no por el de las ganancias (3), y siempre se debe atender al fin principal con que se hace (4); y así esta sociedad acerca de los gananciales es incidente, y no própiamente sociedad, porque no se constituye

(1) Morquech. dicho cap. 15. n. 24. (2) Ley 1. tit. 10. Part. 5.
(3) Ley 3 tit. 2. Part. 4. Cap. Omne 20 quest. 2. glos. in cap. fin. de Condition. apposit. Hostiens. in Summ. de Matrimon. (4) Ley Si quis nec causam 4. & ibi glos. & DD. ff. de Reb. credit. si certum petetur.

principalmente por razon de ellos, sino del matrimonio (1). Lo II, en que la sociedad convencional al modo que se forma por el mutuo consentimiento de los socios, se disuelve por su disenso, ó consentimiento contrario (2); pero la conyugal, ó legal en quanto á los gananciales se hace únicamente por costumbre aprobada por la ley (3), y no introducida en todas partes. Y aunque la muger puede renunciar los gananciales, como dexo sentado, mas no la sociedad conyugal en quanto á la habitacion, por el vínculo indisoluble, que de la consumacion del matrimonio resulta (4). Lo III, en que en la sociedad convencional se debe observar igualdad entre sus individuos: por lo que si uno pone el fondo, y otro la industria, y trabajo, debe ser éste igual á aquel, y si no lo es, llevará mas ó sufrirá mayor pérdida el que mas ponga (5): pero en el conyugal no se observa esto: y así ya lleve uno mucho, ó nada, y trabaje, ó no, ha de participar de la mitad de utilidades, segun asímismo dexo sentado. Lo IV, en que el capital de la muger no debe perecer, ni disminuirse, sino ántes bien conservarse, lo qual es contra la naturaleza de la sociedad, pues si hay pérdida, todos deben participar de ella á proporcion del fondo, ó capital, y trabajo, ó industria que pusieron (6). Lo V, en que en la sociedad convencional ninguno de los socios puede enagenar las cosas de la compañía sin consentimiento de los consocios, excepto las que son vendibles, y están destinadas á este efecto (7); pero en la conyugal puede el marido enagenar todos los gananciales sin licencia de su muger, cesante el dolo por defraudarla (8), segun dexo advertido en los nn. 30. 63. y 66. Y VI, en que en

(1) Ley Ut sit 31. & ibi glos. ff. Pro socio, arg. leg. Hæres. §. Non autem. ff. Familiæ erciscund. glos. in §. Item si inter aliquos, verb. Societate, y verb Ejus, Institut. de Obligation. quæ ex quasi contract. nascunt. Alex consil. 40. vol. 2. al fin. (2) Ley Nihil tam naturale, ff. de Regul. jur. ley Ita quod. ff. Pro socio, y ley Si major. & ibi glos. Cod. Communi dividundo. (3) Ley 1. tit. 4. Lib. 10. Nov. Rec. & ibi Matienz glos. 3. y ley final, Cod. de Bonis mater. arg. leg. 3. ff. de Interdict. & relegat.

(4) Genes. cap. 2. al fin. Matth. cap. 5. y 19. Apostol. ad Corinth. c. 7.

(5) Ley 7. tit. 10. Part. 5. ley Cum duobus, §. Fiunna, y ley Si non fuerint, ff Pro socio. Menoch. de Arbitr. cas. 125. lib. 2. (6) Dichas leyes Si non fuerint, y Cum duobus, y 7. tit. 10. Part. 5. Morquech. lib. 2. c. 3. n. 6. y sig. y cap. 15 n. 12. (7) Ley Nemo ex sociis, ff. Pro socio.

(8) Ley 5. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec.

la sociedad conyugal no se comunican en estos Reynos de Castilla las herencias, legados y donaciones, que *por testamento, abintestato* ó por contrato lucrativo recaen en cada uno de los socios (1); lo que es al contrario en la universal convencional, pues todos los bienes de éstos son mútuamente comunicables, excepto el débito, señorío, y jurisdiccion de alguno de ellos, á ménos que éste lo permita expresamente (2) (*a*); y así es mera sociedad en quanto á la ganancia inducida por la costumbre, y aprobada por la ley, y no própiamente la que por derecho se requiere para que así se pueda titular (3).

88 Entre las sociedades conyugal, y convencional hay muchas, y notables diferencias, y por lo mismo debe gobernar, y constituirse diverso derecho en caso de duda, ó falta de uso de la ley del fuero (4): pues si por solo quedarse el supérstite con todos los bienes, se juzgase renovada, y tácitamente continuada la conyugal, se seguiria que el que apenas tenia capital, ni gananciales, llevaba la mitad de frutos de los bienes que por uno, y otro respeto tocasen al consocio, ó á sus herederos; ó que si tenian igual haber, se comunicaba su industria al que ninguna ponia, lo qual es absurdo, y contra la naturaleza de la sociedad; pues para que ésta se entienda tácita-

(1) Leyes 2. 3. y 5. tit. y lib. dichos. (2) Ley 3. §. Cum specialiter, y ley Si societatem universarum, ff. Pro socio, y leyes 6. y 7. tit. 10. Part. 5. (3) Burg. de Paz Junior. quæst. 11. n. 54. Gutier. lib. 2. Pract. quæst. 18. n. 7. Matienz. en la ley 2. glos. 3. n. 10. tit. 9. en la 3. glos. 1. num. 3. y en la 4. glos. 1. n. 1. dicho tit. y lib. 5. Rec. (4) Ley fin, ff. de Ritu nuptiar.

(*a*) El Autor expresa que en la sociedad universal entran todos los bienes que por qualquier medio adquieran los socios: excepto el débito, señorío ó jurisdiccion; el Reformador, refiriéndose á la ley que cita, é inserta á la letra, quiere persuadir, que á cobrarse, debe comunicarse; de esto no trata el Autor, y si solo propone que los otros socios no pueden demandar el débito; como quiera que sea universal la compañía hay diferencia entre la accion de demandar, y si de cobrarse, debe ó no comunicarse; de consiguiente lo que afirma el Autor, conforme á la ley, no admite equivocacion alguna; bien que parece no es comunicable, á consequencia de que hecha ó contratada la compañía, resulta que á todos y á cada uno de los socios les competen las acciones que eran propias privativamente de los mismos, segun la ley no tienen accion para demandar el débito, sino aquel que es el verdadero acreedor; *si señaladamente non les fuese otorgado del otro compañero poder de lo facer*, así dice la ley, cuyas expresiones recaen precisamente sobre lo exceptuado del debito, señorío, y jurisdiccion; con que no mal se persuade quedar excluido de la compañía el débito a verificarse su cobro. *Véase la Parte* 1. *t.* 3. *c.* 12. *en donde se trata de este contrato de compañía, y no ménos, p.* 1. *tom.* 1. *fol.* 48. §. 4.

tamente renovada, deben intervenir los mismos modos, y qualidades que en la primera (1).

89 Se seguiria tambien que con solo el consentimiento del supérstite se renovaba: y esto es contra derecho, el que en todo contrato requiere el de todos los contrayentes, pues no basta el de uno de ellos solo (2): por lo que la sociedad se contrae con el de todos los socios (3); ni de la mera comunion en habitacion, comida y posesion de bienes se induce precisamente haberla, para que sean comunicables en los mismos términos que si el difunto viviera, los que se ganan (4): y una vez que la conyugal fué inducida por causa del matrimonio, cesando éste, debe cesar tambien aquella, y no estenderse á otras especies en ella no contenidas (5), porque siendo contraida por tiempo, se debe acabar luego que éste espira (6), por entenderse prohibido, y no producir despues efecto alguno (7).

90 Á mas de que para renovarse, y contraerse sociedad tácita entre los hermanos, ó entre el nieto, y su tio hermano de su padre, se requieren actos, que fuera del derecho, leyes y reglas de ella no se pueden hacer, que los principales son tres: El I, que vivan juntos contínua y diariamente, ó por largo tiempo, y gasten de una misma masa, y caudal, y que esté proindiviso éste, sin llevar cuenta, ni razon. El II, que todas las ganancias, ó utilidades que resulten, y de qualquiera parte que provengan, se les comuniquen con igualdad. Y el III, que jamás se pidan, ni den cuenta los socios unos á otros á cerca de ellas, sus cosas, ni bienes, sino que todo se aumente, gaste y emplee, como si fuera de uno solo. Y faltando al-

(1) Ley Item quæritur, §. Qui impleto, ff. Locati, ley In iis. §. Uxori, ff. Solut. matrim. y ley 20. tit. 8. Partid. 5. Bursat. consil. 321. n. 60. vol 3. Mascard. de Probat. conclus. 13. n. 11. y 18. (2) Ley obligationum substantia, ff. de obligation. & action. ley 1. ff. de Pact. ley Non omnis, y ley Si ego, ff. de Reb. credit. si certum petat. y leyes 2. y 3. Cod. de Contrahend. emption. (3) Ley 1. tit. 10. Part. 5. Leyes 1. 4. y 31. ff. Pro socio. (4) Ley Si unus ex sociis, §. Prima, ff. Pro socio, ley Cum proponas, Cod. eod. tit. ley penult. Cod. Si quis alteri, vel sibi, ley Si patruus, Cod. Communia utriusque judic. y ley Si ex ea pecunia, Cod. de Reivindication. (5) Ley Adigere, §. Quamvis, ff. de Jure Patronat. ley Præcipimus al fin, Cod. de Appellation. y cap. Cum cessante, de Appellation. (6) Ley Actione, §. Qui societate, ff. Pro socio. Paul. in leg. 1. §. Non autem, ff. de Institor. action. (7) Anchar. consil. 118. col. 2. Decio consil. 61. n. 14.

guno de estos tres requisitos, no se juzga contraida, ni tá ita mente renovada la sociedad: y la razon es, porque estos actos no pueden ser hechos fuera de las leyes, y nombre de ella (1) Y lo mismo se debe entender entre el padre, madre y sus hijos por la própia razon, por lo que se requieren actos promiscuos; y el marido, ó la muger, quando muerto el uno, administra el supérstite los bienes de los dos, es visto hacerlo mas por sí, y en su nombre, que en el ageno (2).

91 Supuesto lo referido, muerto el marido, se entenderá renovada, y tácitamente continuada la sociedad conyugal, y por consiguiente se dividirán los gananciales adquiridos durante la proindivision entre su viuda, y herederos legítimos, al modo que quando él vivia, ó muerta la muger, entre los hijos casados, ó emancipados, y su padre, en quatro casos: El I, si se convienen en hacer así la division, ó se pactó en los contratos nupciales. El II, en los Pueblos en que haya esta costumbre sin interrupcion, ó esté en uso inconcuso la ley del fuero, que así lo dispone, y en que se fundan los AA.; lo qual se probará por otras particiones que en ellos se hayan hecho pero no probándose concluyentemente, no; porque las leyes de los fueros deben estimarse por tales solamente en donde son usadas, y guardadas, como lo ordena la primera de Toro (3).

92 El III, quando todos los bienes redituables, ó dinero que dexó el difunto, son adquiridos por él, y por su viuda durante el matrimonio; pues como su mitad la toca, debe percibir igualmente las utilidades que miéntras estén proindiviso, resulten, y estár tambien á las pérdidas que haya, porque puso igual fondo, y en el instante que fallece su marido, adquiere en la mitad de ellos el dominio perfecto, el qual la presta título, y derecho no solo para que se la apliquen muebles, raices y otros redituables, sino tambien para la adquisicion de

(1) Ley Pro hærede, §. Papinianus, ff. de Adquirend. hæredit. Anchar. consil. 393. Angel. consil. 112 Bart. consil. 31. Roman consil. 291. Tiber. Decian. consil. 36. n. 35. vol. 1. Sr. Castill. de Usufruct. cap. 3. n. 123. Morouech. lib. 2. cap. 2. n. 37. hasta el fin. Matienz. en la ley 2. glos. 1. n. 26. tit. 9. lib. 5. Rec. (2) Ley Et magis, ff. de Solutionib. ley Si stipulatus fuero, §. Chrysogonus, ff. de Verbor obligation. ley Papinianus, & Alberic. ff. Mandati, y dicha ley Pro hærede. (3) Matienz. en dicha ley 2. tit. 9. lib. 5. y glos. 1. n. 16.

la mitad de sus frutos, como producidos por igual capital, al modo que á los herederos de su marido para la mitad; bien que lo que cada uno haya consumido en sus alimentos, se le deberá descontar de su haber, pues debe alimentarse de lo suyo.

93 Lo mismo digo aun quando no sean todos gananciales, si hay algunos fructíferos, ó redituables superlucrados en el matrimonio, pues la mitad de los frutos que éstos produzcan en el expresado intermedio, será para la muger por la própia razon, ó para sus herederos, ya sean legítimos, ó extraños, si premurió á su marido, y todos subsistieron en poder de este proindiviso. Lo qual se entiende tambien no obstante que se hiciese inventario, y se le constituyese depositario de ellos, porque este depósito lleva embebida la tácita calidad de administracion, y los bienes redituables no necesitan custodiarse, pues nadie los ha de llevar, y sí administrarse, y cuidarse; por lo que no puede el marido quedarse con la parte de los frutos líquidos que toquen á los herederos de su muger; bien que será digno de alguna remuneracion por el trabajo de administrarlos. Pero de lo que produzcan los privativos del marido, nada percibirán los herederos de su muger, porque con la muerte de ésta espiró la sociedad, y ningun dominio tiene en ellos, que es el que presta título para la adquisicion de frutos, y así todos le tocan como único dueño.

94 Y el IV, quando concurren los tres requisitos expresados en el núm. 99. á saber: que toda la hacienda esté proindiviso, y vivan juntos, continua, y diariamente de una misma masa, ó caudal, sin llevar cuenta, ni razon: que todas las utilidades que resulten, se comuniquen indistintamente con igualdad, ya provengan de los bienes de la herencia, ó de otra parte, de modo que entren en el fondo, y globo comun. Y que jamás se pidan, tomen, ni dén cuentas los socios unos á otros acerca de ellas, sino que todo se adquiera, aumente, gaste y emplee como si fuera de uno solo, segun se practicaba quando vivia el marido. Y concurriendo todos estos requisitos, gozará la viuda de la mitad de gananciales, del mismo modo que si su marido viviera, porque estos actos no se pueden hacer fuera de los límites, y reglas de la sociedad, y con ellos se conceptuará renovada, y tácitamente continua-

da en la conyugal (1), al modo que la convencional.

95 Lo expuesto en el número inmediato, tiene lugar, ya los herederos del marido difunto mayores de 25 años sean hijos, y descendientes de ámbos, ó extraños, porque sin embargo de que con éstos no tiene conjuncion de sangre, como los actos expresados no se pueden hacer fuera del nombre de sociedad, y se ignora lo que á cada uno toca, se entiende continuar, y subsistir ésta como ántes, y así se debe observar lo própio con unos que con otros (2).

96 Pero si no se probáre la costumbre, y uso de la ley del fuero, ni todos los bienes fueren gananciales, y faltáre el unánime convenio de los partícipes, ó alguno de los mencionados requisitos, concibo que no se debe entender que hay sociedad, ni por consiguiente haber comunicacion de gananciales por mitad, sino á prorrata: ó que la viuda solo tendrá derecho á ser alimentada en los casos, forma y términos que explicaré en el cap. 6. de este lib. §. 2. Sin que obste alegar que se contempla permanecer en su anterior matrimonio, pues esto será verdadero en quanto á lo que mire á su utilidad, no á su daño (3); y la sociedad ha de ser para ámbas cosas, y no para una sola, de modo que cada uno de los socios esté al daño igualmente que al provecho, porque de lo contrario será leonina (4). Á mas de que si á la viuda se irroga detrimento de continuar en ella, no se la podrá obligar á resarcirlo, excepto que preste nuevo consentimiento, porque en lo concerniente á él no se finge exîstir en su precedente matrimonio; y así no debe conceptuarse que la hay, para que no dependa de su arbítrio subsistir en ella en quanto al lucro, y no á la pérdida, porque esto es contra su naturaleza, como queda sentado (5). Tal es mi sentir por los fundamentos expuestos. Previniendo que en quanto á los frutos, que durante la proindivision producen los bienes adventicios de los hijos exîstentes en la patria potestad,

(1) Matienz. en dicho n. 26. Guerreir. de Divis. lib. 6. cap. 10. n. 37. y 44. al 48. y otros muchos que cita. (2) Alciat. regul. 1. præsumpt. 25. n. 2. Matienz. ibi n. 27. y 28. (3) Felin. in cap. Et parte col. 1. limit. 3. de Foro competent. Pinel. in leg. ultim. Cod de Bonis maternis.

(4) Ley 4. tit. 10. Part. 5. Ley Si non fuerint, § fin. y ley Mucius, ff. Pro socio, y §. 1. al fin. Instit. eod. tit. (5) Matienz. ibi n. 16. vers. Nec me movet: hasta el fin.

ya sean mayores, ó menores, es indubitable que tocan íntegramente al padre por derecho, y así no hay que hacer division de ellos, porque éste siendo legítimo administrador de los bienes de sus hijos no contrae sociedad con ellos (1).

97 Por muerte del marido cesa la sociedad de todos sus bienes, ó de cierta negociacion, conduccion ó arrendamiento que con alguno tenia contraido; y si la muger era partícipe en ella, se dividirá entre los dos la porcion que al marido tocaba, al modo que se hace en la convencional quando uno de los socios admite en ella á otro sin consentimiento de los consocios, pues este no lo es sino solamente del que le admitió (2), y la razon es: Lo I, porque la sociedad se contrae con el consentimiento (3); y como no puede ser mi socio el que no quiso que lo fuese (4), tampoco puede titularse así el compañero del mio (5). Lo II, porque la sociedad de muchos se disuelve con la muerte del uno, y el heredero del socio no sucede en ella, excepto que sea en arrendamiento de alcabalas, y derechos públicos, si así se pactó (6), como sentè en el cap. 12. n. 4. de mi primera parte. Y lo III, porque no puede contraerse sociedad de modo que pase á los herederos (7), y si se contrae, no valdrá en quanto á éstos, á á ménos que la reiteren con su nuevo consentimiento expreso, ó tácito (8); ó que (segun queda expuesto) sea sociedad de alcabalas, ú otras rentas, ó derechos públicos, porque ésta no espira con la muerte del socio, si al tiempo de contraerla se hizo mencion del heredero, ántes bien pasa á éste, excepto que fallezca el socio, cuya industria fué electa, y su heredero no sea igualmente idóneo para su gobierno, y manejo, pues si el heredero no es idóneo, ni se ha pactado que ha de pasar á él el arrendamiento, ni éste es de rentas, ú otros derechos públicos, no pasará (9), por ser precisos estos tres requisitos para que pase.

(1) Sr. Castillo de Usufruct. c. 3. desde el n. 18. hasta el fin. (2) Ley Et quidquid, ff. Pro socio. Wald. de Duob fratrib. part. 11. princip n. 1. (3) Ley Ut sit pro socio actio, ff. Pro socio. (4) Ley Qui admittitur cit. (5) Ley Nam socii, ff. Pro socio. Corn. consil. 317. n. 2 (6) Leyes 1. y 10. tit. 10. Part. 5. §. Solvitur, Institut. de Societat ley Actio, §. Morte ff. Pro socio. (7) Leyes 1. y ult. tit. 10. Part. 5. Ley Nemo potest, y ley Adeo morte, ff Pro socio. (8) Ley Plane si hi, ff. Pro socio. (9) Dicha ley Adeo morte, & ibi glos. y ley Verum, §. In hæredem, ff. eod. tit. Rain.

98 Si entre el socio y herederos del marido difunto, y su viuda se renovó tácita, ó expresamente la sociedad, se debe comunicar entre todos los que con el nuevo consentimiento hicieron, ya sea útil ó nocivo (1). Y aunque no se haya contraido nueva sociedad, ni intervenido consentimiento, se les ha de comunicar despues de la muerte del socio la ganancia percibida de la cosa de la anterior, v. g. el fruto del fundo comun, el alquiler de las caballerías comunes, el de las cosas vendidas, &c. (2).

99 Si la ganancia se adquirió de cosa que no era de la sociedad, v. g. si el socio, ó su heredero empleó el precio de las vendidas en alguna negociacion, de la qual percibió algun lucro, no se comunicará éste (3). Previniendo que el heredero, ó muger del socio difunto está obligado á continuar los negocios de la sociedad incohada por este, y por su consocio, mas no á principiar otros nuevos, si no quiere (4).

100 Si el marido no tenia compañía con nadie; pero era conductor de alcabalas, ú otras rentas, ó derechos públicos, y al tiempo de su muerte no habia espirado el arrendamiento de ellas, se deben comunicar á su viuda las utilidades, y pérdidas que haya en el arrendamiento despues que falleció (5).

101 Siendo mercader el marido, si prosigue su viuda el mismo negocio, ó comercio, se presume que su ánimo mas es de continuar la sociedad, que de exercer nueva negociacion: por lo que las utilidades, y pérdidas que de su giro y tráfico resulten, se la comunicarán, al modo que se la comunicarian en vida de su difunto marido (6).

102 Pero no siendo mercader, ni teniendo giro, ni negocio alguno su viuda y herederos, aunque posean proindiviso su

consil. 91. n. 7. y consil. 121. n. 7. consil. 122. n. 2. lib. 1. glos. in leg. Nulla societas, ff. Pro socio. Matienz. en la ley 2. tit. 9. lib. 5. Rec. glos. 1. n. 18. Guerreir. de Division. dicho lib. 6. cap. 9. n. 34. al 40.

(1) Dicha ley Plane si hi. (2) Ley Actione, ff. Si in rem certam, y §. Morte, ff. Pro socio. (3) Ley Titium, & Mœvium, §. Altero cit. ley Socium, qui in eo, §. Item post mortem, ff. Pro socio. Alex. consil. 132. Cora. 122. n. 3. lib. 1. Ruin. consil. 90. n. 11. al fin lib. 1. (4) Ley Hæres socii, y dicha ley Actione, y §. Si in rem certam, ff. Pro socio, y ley Nam, & Servius 21. §. Si vivo Titio, ff. de Negot. gest. Matienz. ibi n. 20. (5) Matienz. ibi n. 21. (6) Arg. leg. Hæres socii, y glos. in leg. Nemo, ff. Pro socio. Decio consil 224.

herencia, no se conceptúa por este solo acto haberse contraido sociedad entre ellos, á ménos que expresamente lo pacten: al modo que entre los hermanos tampoco, segun dexo sentado (1). Y sin embargo de que éstos comuniquen entre sí todos los frutos y réditos de las heredades paternas, no se entiende contraida entre ellos sociedad universal, ni aun de aquellos bienes, cuyos frutos se comunican (2).

103 Habiendo fallecido la madre, y mejorado á uno de sus hijos, si despues de muerta poseyó el padre como su legítimo administrador todos los bienes en comun, y con el transcurso del tiempo se aumentáron naturalmente, ¿este mayor valor aumentará, ó no la mejora, v. g. en ovejas ó bacas, que procrearon hijos, ó por avenidas, ó crecientes de rio, que agregaron algun pedazo de tierra á la de la mejora, &c.? Algunos dicen que no, fundándose en que son frutos, los quales tocan al padre; pero lo contrario es lo cierto, y lo que se debe seguir, porque no son frutos los que no renacen (3). Y sin embargo de que la ley 23. de Toro manda se atienda, y tenga consideracion al tiempo de la muerte del mejorante; esto se entiende quando entónces se hace la division de sus bienes, mas no quando subsisten proindiviso, pues de este caso no habla, ni se puede contraer al tiempo que expresa, porque es muy posterior, y los bienes que despues de su muerte se aumentan, no son suyos, ni los ha dexado; por lo que solo los frutos del aumento tocan al padre (4), y no lo aumentado.

(1) Ley Ex parte, §. Filius, ff. Familiæ erciscund. Fulgos. y Paul. de Castr. in leg. Si patruus, Cod. Communia utriusque judic. (2) Salicet. in dict. leg. Si patruus, n. 14. y 15. Socin. consil. 192. vers. Fateor enim, part. 2. Alex. consil. 24. al fin. lib. 1. y consil. 48. n. 6. lib. 2. Jason in leg. 1. vers. Secundus casus. Cod. Qui testamenta facere pos. Matienzo en la ley 2. glos. 1 tit. 9. Lib. 5. Rec. y Guerreir. de Divis. lib. 6. cap. 9 10. y 11. (3) Ley Inficiandi, §. Si infans, Cod. de Furt. ley Divortio, §. Si vir in fundum, ff. Solut matrim. Baez. de Decim. uxor. capitulo 24. num. 6. y cap. 25. n. 17. (4) Acev. en la ley 3. n. 24. al 30. tit. 6. lib. 6. Rec. Morquech. dicho lib. 2. cap. 15. n. fin.

§. V.

Si de los bienes gananciales, ó de los patrimoniales se han de pagar á los hijos la dote, y donacion propter nuptias, *que sus padres, ó el padre solo les dan, ú ofrecen durante el matrimonio, ó la proindivision: y si por muerte de uno de éstos deberán colacionar aquellos el todo percibido, ó solamente su mitad.*

104 Como (1) es peculiar y privativa del padre la obligacion de dotar á sus hijas, ¿habiendo gananciales, comprehenderá tambien á la madre? Sin embargo de que la madre católica no está obligada á dotar de sus bienes dotales, ni parafernales á sus hijas; de los multiplicados durante su matrimonio, debe no solo el marido, sino su muger pagar á la hija de entrámbos la dote, y al hijo la donacion *propter nuptias* que juntos les ofreciéron; y aunque quando se entregó la dote, no se especificase de qué bienes se habia satisfecho, se entiende de los gananciales. Y si éstos no alcanzaren, deben padre y madre satisfacer por mitad de los suyos própios lo que falte para completar la promesa que les hicieron, como hecha por contrato oneroso; y lo mismo procede en caso de no haber gananciales (2). Pero la dote de la hija ya sea dada de los gananciales, ó de otros bienes por sus padres juntos, no debe exceder de la legítima que por cada uno la puede corresponder, á causa de no poder ser mejorada por razon de dote, ni casamiento, como expondré en el cap. 2. lib. 2. de este tratado.

105 Y si el padre solo dotáre á la hija, ó hiciere donacion *propter nuptias* al hijo de ámbos, durante su matrimonio, se les deberá satisfacer tambien de los gananciales, sin embargo de que la madre no concurra, ni preste su consentimiento, porque por la ley está autorizado para ello, y así puede practicarlo por sí solo, siendo los hijos de entrámbos, y cabiendo en las ganancias segun lo dice la misma ley citada en su segunda parte. Lo qual entiendo, aun quando en ello se consu-

(1) Leyes 8. y 9. tit. 11. Part. 4. ley ultim. Cod. de Dotis promis. y ley Qui liberos, ff. de Ritu nuptiar. (2) Ley 4. tit. 3. lib. 10. Novísima Recopilacion.

man todos los gananciales que entonces haya, si no exceden de la legítima que al hijo ó hija puede tocar, y no en otra forma, ni en mas, sin que la madre tenga accion para reclamarlo, ni impedirlo: Lo I, porque la obligacion de dotar de ellos á los hijos, es carga del matrimonio, y sociedad conyugal, para que éstos tomen estado, y como tal comun igualmente al padre, y á la madre. Y lo II, porque ésta no adquiere dominio irrevocable en ellos hasta que aquel muere, segun he sentado en el núm. 28. y así esta ley la vuelve en el presente caso al estado en que las mugeres casadas no los adquirian, y limíta la costumbre aprobada que se los concede. Bien entendido que si la dote que el padre dá á su hija, aunque sea de los gananciales, excede de la legítima que por su parte sola la puede corresponder, no valdrá en el exceso, porque no puede ser mejorada por esta razon en contrato (1), pues por él solo es dotada. Pero si no bastaren, ó no los hubiere, pagará en este caso el padre de los suyos própios lo que falte, ó el todo de lo que prometió, en conseqüencia de la obligacion que el derecho le impone de dotar á sus hijas, y la madre á nada estará obligada, como lo dice la misma ley. Y lo mismo digo, si el padre al tiempo de dar, ú ofrecer la dote, ó donacion, expresa que es por cuenta de la legítima paterna, y no de la materna, y el hijo, é hija la reciben en este concepto, porque entónces es visto haber dado, y ofrecido únicamente de lo suyo, ya sea, ó no superlucrado, y querido relevar á la madre de la contribucion con su mitad: y así se le cargará su total, y no á ésta, excepto que todo el caudal paterno no alcance para cumplir la oferta, pues deberá suplir la madre lo que falte de su mitad de gananciales, y no de los patrimoniales, porque la obliga la ley.

106 Milíta, y procede lo explicado en los números precedentes no solo quando los padres dotan, ó hacen donacion *propter nuptias* á sus hijos de los mismos bienes ganados, entregándoselos, sino aunque les entreguen alguna finca ó fincas, que uno de ellos llevó á su matrimonio, ó durante éste heredó; pues en ámbos casos es visto que la dote, y donacion

(1) Baeza, de non meliorand. filiab. cap. 11. n. 126. hasta 129.

en quanto á su importe fueron hechas de los gananciales, no obstante que su asignacion, y tradicion fuesen de cosa própia de alguno de los dos: porque la ley citada habla indistintamente, y así se deben entender, habiendo gananciales, y no limitarse á la materialidad de la cosa entregada; por lo que el dueño de ésta sacará su importe como capital suyo, ántes que se dividan aquellos (1); excepto que al tiempo de su entrega renuncie (como puede) el beneficio de la ley, y exprese que quiere no se estime por parte de gananciales, sino como cosa própia suya, de que hace irrevocable donacion al donatario ó dotada, pues entónces se observará el pacto, y todo lo entregado será por cuenta de lo suyo, y no de la mitad de gananciales de la madre; y así se practica.

107 ¿La madre puede prometer dote á su hija sin licencia de su marido, y tendida su promesa, pagarse de los gananciales? Algunos afirman que sí, pero la mas segura opinion es, que no, y que si lo hace, no vale, porque la ley 55. de Toro, que es la 11. tit. 1 lib. 10. Nov. Rec. la prohibe hacer contratos, y casi contratos, y comparecer en juicio sin ella, por los motivos expuestos en el cap. 7. de mi primera parte, núm. 109 y 111.; pues de hacerlo, á mas de privarle de sus frutos, que le están concedidos para superar las cargas matrimoniales, daba lo que no era suyo, porque la dote una vez entregada al marido, es de éste, como que debe responder de su importe, y no de ella (2), y nadie puede dar, ni disponer de lo ageno (3). Y lo mismo sucede con los gananciales miéntras su marido vive.

108 Pero si la hija es mayor de 25 años, y el padre no quiere casarla, ó aunque no los tenga, si pudiendo, y habiendo tenido proporcion, no la casó segun su esfera y costumbre de la patria; entónces así como en cumpliéndolos, puede casarse contra la voluntad de su padre, y pedirle dote (4), porque por derecho está obligado á dársela, y no la madre (5): así

(1) Ayor. part. 2. quæst. 40. n. 42. y 43. de Partit. (2) Ley Doce ancillam, Cod. de Reivindicat. y ley Dotale, & ibi glos. ff. de Fundo dotal. Baez. de Non meliorand. filiab. cap. 11. n. 55. al 67. (3) El tit. Cod. de Rebus alienis non alienand. (4) Ley Si filiam, y Authent. Sed si, Cod. de Inoffic. testament. & ibi DD. Greg. Lop. en la ley 5. tit. 7. Part. 6. glos. 5. y 8.
(5) Leyes 8. y 9. tit. 11. Part. 4. Ley final, Cod. de Dotis promission. ley Qui liberos cit.

tambien ésta con licencia del Juez y conocimiento de causa podrá dotarla. Y lo mismo procederá estando ausente el padre, y no esperándose su pronto regreso (1) (*a*).

109 Si despues de haber prometido cierta dote á su hija el marido, y la muger juntos, renunciáre ésta los gananciales, se ha de pagar de ellos; y no bastando para completarla, suplirse igualmente lo que falte, de los bienes própios de ámbos, no obstante la renuncia, porque por la promesa hecha ántes de ésta, quedó obligada eficazmente la madre en los mismos términos que su marido á la entrega de su parte (2), pues á ella la obliga la ley 53. de Toro, que es correctoria del derecho antiguo.

110 Si marido y muger habitan en un Pueblo en que no se comunican los gananciales, puede ésta repetir de aquel lo que prometió juntamente con él á la hija de ámbos, aunque no lo haya protestado: porque en este caso es visto haber hecho la promesa no con ánimo de donar, sino de fiar á su marido, lo qual la está prohibido (3). Pero esto se entiende, excepto que sea rica, y la conste que su marido se halla imposibilitado de satisfacer todo lo que ofreció, pues entónces se conceptúa haberse obligado á suplir de sus própios bienes lo que no alcanzasen los de su marido (4).

111 Se ha de satisfacer tambien de los gananciales la dote que el padre estando viudo ofreció á su hija, y la donacion *propter nuptias* hecha al hijo, porque en duda se presume haberlas hecho, y prometido de ellos. Y aunque acerca de esto hay variedad de opiniones, es esta la mas equitativa, y corriente en la práctica, porque la carga de dotar como débito causado y contraido durante el matrimonio, sigue los gananciales en él adquiridos; por lo que aunque esté disuelto, se

(1) Morquech. de Divis. bonor. lib. 2. cap. 17. n. 3. al 7. (2) Acev. en la ley 8. n. 15. tit. 9. lib. 5. Rec. Morquech. ibi n. 8. (3) Leyes 61. de Toro, y Si vir uxori, §. fin. ff. Ad Senatus consult. Baez. de Non meliorand. filiab. cap. 11. n. 41. y 42. Socin. consil. 5. n. 14. lib. 4. Morquech. ibi n. 10. y 11. (4) Baez. dicho num. 41. al fin. Morquech. dicho n. 11.

(*a*) Fué indisputable que los mayores de 25 años cumplen con pedir el consejo paterno para contraer matrimonio, pero si lo omiten incurren en las penas establecidas por la Real Pragmática; pero como en el dia tenga sus limitaciones no se olvidará reconocer el contenido de la Real Pragmática 28 de Abril de 1803. que se halla inserta en la part. 1. tom. 1. cap. 1. pag. 226.

debe pagar de lo que importen (1). Y lo mismo procede con la madre viuda dotante en quanto á ellos, existiendo los bienes proindiviso, porque milita igual razon, y así debe obrar la própia disposicion legal (2).

112 Los hijos é hijas, á quienes sus padres juntos dotáron ó hicieron donacion *propter nuptias*, no deben por muerte del uno colacionar con sus hermanos mas que la mitad de la dote que les dieron, y donacion que les hicieron: y quando fallezca el otro, y se trate de partir sus bienes, la otra mitad, con la qual se quedarán hasta entónces (3).

113 Lo mismo procede, si habiendo gananciales, y estando los bienes sin partir, dá, ú ofrece la madre viuda dote á una hija, ó hace donacion *propter nuptias* á un hijo de su matrimonio, sin expresar de qué bienes, pues se entiende de los de ámbos, como queda expuesto al fin del núm. 111. por lo que quando se haga la particion, colacionará la mitad por la parte que le corresponda de su padre, y la otra mitad quando se divida la herencia de su madre. Lo I, porque la carga de dotar de los gananciales á los hijos para que se establezcan, y pongan en estado, es recíproca, y comun á padre y madre indistintamente, habiéndolos, y los sigue: y miéntras la herencia exîste proindiviso, se entiende durar la sociedad conyugal, y es lo mismo que si el padre viviera. Lo II, porque de la parte que por su padre le toca, no necesita que su madre la dé, ni ofrezca dote. Y lo III, porque por el hecho de no haber expresado cosa alguna, ni necesitar la hija se la ofrezca lo que es suyo, y no deber ignorar su madre la obligacion que tiene, habiendo gananciales, es visto que quiso se la contase solamente la mitad en parte de su legítima paterna, y anticiparle la otra mitad, para que la tuviese en cuenta de la materna, y la colacionase quando se dividiesen sus bienes, lo qual he visto declarado en juicio. Pero si habiendo dotado padre y madre á una hija, ó hecho donacion *propter nuptias* á un

(1) Castill. en la ley 53. de Toro, n. 2. y 43. Ayor. part. 2. quæst. 40. Greg. Lop en la ley 6. tit. 10. Part. 5. glos 1. Matienz. en la 3. tit. 9. lib. 5. glos. 7. n. 9. y en la 8. glos. fin. Covar. lib. 3. Var. cap. 19. n. 3. al fin. Acev. en la ley 8. n. 13. y 19. tit. 9. lib. 5. Baez. ibi número 97. al 125. (2) Ley. A Titio, ff. de Verbor. obligation. y ley Illud ff. Ad leg. Aquil. Morquech. ibi n. 13. (3) Ley 14. tit. 6. Lib. 3. del Fuero Real.

hijo, falleciere despues la madre y el padre, durante la proindivision del caudal entre él y sus hijos, diere alguna suma al hijo ó hija dotados, deberá colacionarla íntegra quando se efectúe la particion, y no su mitad como la dote; lo uno, porque como ya está colocada, y extincta por esta razon la obligacion de su padre, cesa el motivo de la ley, y por consiguiente su precepto; y lo otro, porque es visto, y se entiende habérsela entregado á cuenta de la legítima materna, á la que ya tenia adquirido derecho por el fallecimiento de su madre, aunque nada se exprese; y así de lo recibido en dote colacionará la mitad, y se la cargará íntegro lo entregado posteriormente en cuenta de su legítima materna, excepto que al tiempo de la entrega se pacte otra cosa; lo qual he practicado, y se aprobó judicialmente.

114 Si el padre solo dió, ó prometió dote á su hija, ó hizo donacion *propter nuptias* á su hijo, habiendo gananciales, y cabiendo en ellos (en cuyo caso es visto haberlas hecho, y prometido de su importe), ¿muerto el padre, deberán el hijo ó hija colacionar la dote ó donacion íntegras en cuenta de la legítima paterna, ó no mas que su mitad correspondiente á la de sus gananciales? Deberán colacionar solamente la mitad que toca al padre, y la otra mitad quando se trate de la sucesion, y division de los maternos, para cuyo tiempo la tendrán anticipada (1). Lo qual tendrá presente el contador, pues el padre está autorizado por la ley 53. de Toro para dar, y ofrecer la dote, y donacion *propter nuptias* á sus hijos de los gananciales, segun he sentado, hasta en lo que importe su legítima, y no mas, como que dichas dotes y donaciones se hacen, y dan en cuenta de ésta; y aunque ningunos queden á la madre, no puede reclamar en esta parte lo hecho por él, porque es mútua y comun á entrámbos esta obligacion, á fin de ponerlos en estado: y como la madre no adquiere dominio pleno en ellos hasta que el matrimonio se disuelve, ni hasta entónces se puede decir con seguridad que los hay, ni el padre procede en ello con dolo por defraudarla, es lo mismo que si concurriera con él á la dacion, ó promesa, ó no exîstiera; excepto que diga que

(1) Gom. en la ley 53. de Toro, n. 24. vers. Pulchrum tamen dubium est. Ayor. de Partit. part. 2. quæst. 36.

lo hace por cuenta de su haber, y no del materno, como dexo expuesto al fin del núm. 105.

115 Lo explicado en el número inmediato parece debe entenderse solamente quando el padre dexa dos, ó mas hijos, para que los que recibieron algo de él en dote, ó donacion *propter nuptias* de los gananciales, lo colacionen por mitad con sus hermanos, que nada tomaron. Pero ¿procederá lo mismo quando no hay mas que un hijo, ó hija, que viene á partir con su madre, y el padre solo le dió dote, ó hizo donacion *propter nuptias* de los gananciales: ó se quedará con todo lo recibido, y luego si hay mas bienes multiplicados, los partirán igualmente él, y su madre, y los restantes, segun corresponda; pues parece que en practicarse esto último se constituye de mejor condicion que su madre, y ésta sale perjudicada en su mitad? No procederá lo mismo, ni por consiguiente colacionará la mitad, sino que ántes bien se quedará con todo lo que su padre le entregó, y luego partirá igualmente con su madre los demás gananciales que haya, y percibirá íntegramente tambien el capital de su padre, si lo llevó. Lo I, porque éste está autorizado por la ley 53. de Toro para dotar por sí solo de los gananciales, á las hijas, y hacer donacion *propter nuptias* á los hijos de ámbos, ya tenga muchos, ó uno solo, pues la ley habla indistintamente, y así no debemos distinguir; y en usar de la potestad que ésta le confiere, no grava, ni injuria á la madre. Lo II, porque ésta tiene igual obligacion que el padre, habiendo gananciales; y como legítimo administrador de ellos, y de los demás bienes de la sociedad conyugal, evacua por sí solo lo que la ley impone á entrámbos. Lo III, porque la muger no adquiere dominio perfecto en los gananciales, ni se puede afirmar que los hay, ni quántos, hasta que el matrimonio se disuelve, y se liquidan; y como quando vá á adquirirlo, ya se hallan enagenados por contrato irrevocable y oneroso á un tercero, que lo tiene adquirido en ellos, y para el caso es lo mismo que si no se hubieran ganado: por eso está destituida de toda accion para reclamarlo, é intentar su revocacion, pues nada de lo suyo les dá el padre, y así no se constituyen de mejor condicion que su madre; ántes bien es lo mismo que si su padre se lo hubiera dado todo de su capital, porque en los gananciales tiene el própio dominio que en éste,

durante el matrimonio, y los puede enagenar sin dolo. Y lo IV, porque el que los hijos sean muchos, ó uno solo, no altera la disposicion legal, ni exîme á la madre de la obligacion de dotar de los gananciales, ni quita, ni limíta al padre la potestad que le da la ley: la colacion es solo para entre los hijos, y descendientes legítimos, y no para con la madre, con la qual no ha lugar, por no ser heredera del padre, ántes sí extraña de su sucesion, como diré en en el cap. 3. del lib. 2. de este tratado. A mas de que aun quando hay muchos hijos, retienen los colacionantes la mitad correspondiente á la madre hasta que muere, y solo colacionan con sus hermanos la de su padre quando fallece; por lo que en ningun caso vuelve, ni debe volver á su poder lo que éste dió de los gananciales al hijo único, ó hijos de ámbos en dote, ó donacion *propter nuptias*, si no excede de su legítima respectiva: y es una preocupacion el querer hacer distincion indebida de casos, y confundirlos con la colacion que es privativa, y peculiar de los hijos, y descendientes legítimos entre sí: obligar con este pretexto al hijo único á que colacione la mitad con su madre, como si fuera su hermana, y se quede solamente con la otra mitad respectiva á su padre: y por este medio hacer ilusorias, é ineficaces la donacion hecha por el padre, la potestad que la ley le concede y la obligacion de la madre. Todo lo qual es constante, he practicado y se aprobó, no obstante la oposicion de algunos, que fundados en la colacion, y en el perjuicio de la madre, y aparente mejor condicion del hijo, defendian que éste debia quedarse con la mitad tocante á su padre, y colacionar con su madre la otra mitad.

116 Mejorando el padre á un hijo en el tercio de sus bienes con consignacion en finca ganada durante su matrimonio, y entregándosela ¿valdrá esta mejora en el todo, ó solamente en la mitad correspondiente al mejorante? Esta duda pende de la resolucion de dos qüestiones disputadas por nuestros AA. La I, si el dominio de los gananciales se transfiere, ó no á la muger, y la II, si el marido puede enagenarlos con titulo de donacion, de que hice mencion en los núms. 29. 30. y 63. al 65. Y tratando de ella *Ayora* (1), distingue de este modo: Si el pa-

(1) Part. 2. quæst. 41.

dre hizo la mejora en su testamento, ú otra última voluntad, valdrá solamente en la mitad, porque surte su efecto, disuelto el matrimonio; en cuyo caso adquiere la muger dominio perfecto, é irrevocable en la suya, y es visto por lo mismo que no quiso mejorar sino en sus bienes própios; y esto es indubitado. Si la mejora fué por contrato en sanidad vuelve á distinguir: habiéndola hecho con ánimo de defraudar á su muger, no la perjudicará en su mitad; con cuyo dictámen me conformo. Pero no habiendo sido con ánimo fraudulento, (que no es presumible, y mucho ménos siendo hijo de ámbos el mejorado) dice que si el marido dexó otros bienes con que reintegrarla de su mitad, valdrá la enagenacion de la cosa comun por via de mejora del tercio: y que si no los dexó, podrá repetir la muger su mitad del hijo ó hija mejorados, ó del que posea la cosa comun, en que su marido consignó el tercio. Dudo de esta opinion en los términos absolutos con que se sienta, por las razones expuestas en el número anterior, y en los 30. 63. y 64. de este capítulo; y digo que la competirá este regreso solamente en el exceso de la parte que despues de deducida su legítima, importe la mejora, ya sea hecha ésta en finca raiz, ó en dinero, ó alhajas muebles adquiridas durante el matrimonio, y entregadas, porque no puede ser mejorada la hija en contrato en sanidad por uno, ni por otro, ni la madre está obligada á mejorar al hijo, pues de lo contrario era ilusoria, é ineficáz la facultad que la ley 53. de Toro le concede para dotar, y hacer donacion *propter nuptias* á sus hijos de los gananciales, es así que la dote, ó donacion *propter nuptias* se dan en cuenta de legítima, y no de mejora, á efecto de que los hijos se establezcan, ó pongan en estado, y les sirvan de auxîlio para alimentarse: que el padre está autorizado para darlas, sin que necesite el consentimiento de su muger: y que ésta tiene la misma obligacion de hacerlo de ellos; luego hasta en lo que importe la legítima, valdrá, y el hijo estará obligado únicamente á reintegrar á su madre del exceso, ó ésta tendrá el regreso por él contra los bienes de su marido; por lo que solo colacionará por muerte del padre la mitad de lo que importe lo recibido, pues el que suene mejora, ó donacion *propter nuptias*, no altera la substancia, y sí el exceso á su legítima, para cuya donacion de los gananciales no le dá potestad la ley, y no se

debe ampliar á lo que no expresa, en perjuicio de la madre. Pero si el hijo es del anterior matrimonio del marido, en este caso procederá la opinion de *Ayora* con la limitacion que he sentado en el núm. 66 (1). Lo mismo, y con superior razon concibo debe practicarse quando marido y muger dotaron, ó hicieron donacion *propter nuptias* á algun hijo ó hija, y despues de casados les dió ó prestó el padre solo alguna suma: pues deberá imputárseles ésta íntegra en parte de legítima paterna, y no la mitad solamente, porque la madre no estuvo obligada á mas que á dotarlos, por lo que lo que despues les dió, ó prestó su padre, es deuda á favor del caudal, que se les debe cargar en cuenta del haber paterno, y no defraudar á su madre, ni privarla de su mitad que no les dió, ni tuvo obligacion de dársela, ni prestársela, con pretexto de beneficiarlos ó mejorarlos, porque ya estaban puestos en estado, lo qual he visto declarado así.

117 No habiendo gananciales en el matrimonio, si el padre promete dote á su hija legítima, se presume prometérsela de los suyos própios, aunque administre y tenga en su poder bienes adventicios de ella, y proteste que la dota de éstos, y no de los suyos, porque por esta protesta no se exîme de la obligacion que teniendo facultades para dotarla le impone el derecho, pues en quanto alcancen, está obligado, y en el exceso se entiende dotarla de los adventicios; lo que al contrario, no siendo hija legítima (2).

118 Lo mismo procede en quanto á la donacion *propter nuptias* que ofrece á su hijo, no obstante que administre bienes adventicios de éste, porque versa identidad de razon y causa onerosa, y de sus bienes no necesita que le haga donacion, porque en el instante que se casa debe entregárselos, siendo capaz, para que los goce en propiedad y usufructo, y le sirvan de ayuda á superar las cargas matrimoniales (3); pues por ser peculiar del oficio y cargo del padre el dotar á sus

(1) Morquech. lib. 2. cap. 13. desde el núm. 5. al 11. (2) Ley 8. tit. 11. Part. 4. y la glos. 2. ley final, Cod. de Dotis promission. ley Cum pater 1. ff. de Jur. dot. Morquech. lib. 2. y cap. 17. dichos n. 14. (3) Roman. Immol. Aretin. y Alex. en la ley 1. ff. Solut. matrimon. Menoch. consil. 370. n. 7. lib. 4. Socin. Senior. consil. 100. n. 8. lib. 3. Corn. consil. 3. lib. 2. Morquech. dicho n. 14.

hijas, y hacer donacion, ó alimentar á sus hijos (1), siempre se presume que les promete de sus própios bienes la dote y donacion, aunque estén emancipados (2). Y lo mismo milita para con la hija viuda dotada segunda vez por su padre (3).

119 Si el padre, legítimo administrador de los bienes adventicios de su hija, la prometiere dote de éstos y de los suyos, se presume, segun el órden de caridad y aficion, y por la obligacion que el derecho le impone, que la dota de los suyos própios, y en lo que éstos no alcancen, de los de la hija (4); excepto que sea pobre, pues entónces es visto haberla prometido de los de ésta (5); y si la dota simplemente, es visto dotarla de los suyos própios en cumplimiento de su obligacion, aunque la hija tenga algunos adventicios (6); y una vez constituida la dote, no puede declarar despues que se entienda haberla dotado de los adventicios de ella, y no de los suyos (7). Y para quitar toda duda es muy conveniente, y aconsejan los AA. que el padre diga quánto le ofrece de sus bienes, y quánto de los de ella, ó que la ofrezca cantidad cierta, computado é incluso en ella todo lo que la debe por sus bienes paternos y maternos, y que se exprese así en la escritura dotal; en cuyos casos se observará el pacto, porque cesa la razon de dudar (8); pues en las cosas claras no ha lugar á congeturas (9); lo que tendrá presente el Escribano para prevenirselo, y evitar pleytos.

120 Si el padre ha casado una hija, y la ha dado cierta dote, y despues casa otra, y la ofrece tambien dote cierta de

(1) Ley 9. tit. 11. Part. 4. ley Qui liberos, ff. de Rita nuptiar. y ley fin. Cod. de Dotis promission. (2) Doctor. cit. Rip. en la ley 1. ff. Solut. matrim. y en ella Socin. Junior. n. 166. (3) Alex. in leg. Hujusmodi, §. Si pater. n. 7. ff. de Legat. 1. Menoch. præsumpt. 15. n. 13. lib. 3. Socin. Junior, consil. 79. n. 85. lib. 3. Ayor. part. 3. quæst. 14. n. 45. y sig.

(4) Ley Gallus, §. 1. ff. de Liber. et posthum. DD. in leg. fin. Cod. de Dotis promission. Morquech. dicho cap. 17. n. 22. (5) Ley fin. et ibi DD. Cod. de Dotis promission. Menoch. præsumpt. 15. dicha, n. 28. Baez. de Non meliorand. filiab. cap. 11. n. 134. al 138. y 156. (6) Ley fin. Cod. de Dotis promis. y ley Profecticia, §§. penult. y ultim. ff. de Jure dot. (7) Angel. consil. 209. Aretin. in leg. 1. ff. Solut. matrim. Baez. ibi, num. 133.

(8) Hieronym. Gabriel, consil. 156. n. 26. Socin. Junior, ibi n. 177. y 178. Corn. consil. 16. n. 4. lib. 3. Menoch. præsumpt. 15. cit. n. 24. y consil. 370. n. 32. lib. 4. Morquech. ibi, n. 23. y 24. (9) Ley Continuus 137. §. Cum ita, ff. de Verbor. obligation.

sus bienes, y de los de la misma hija, se debe conceptuar dotada ésta en iguales términos que aquella; por lo que si la dote primera se satisfizo de los bienes própios del padre, y de los adventicios de la hija, se ha de satisfacer la segunda en la misma forma (1), porque se presume que el padre quiso guardar igualdad entre las hermanas (2): bien que puede dar á una hija mas dote que á otra, y con tal que no exceda la dada á aquella de la legítima que la puede corresponder por parte de su padre, valdrá, y solo tendrá ménos que percibir por su muerte, y la ménos dotada mas (3), pues no está obligado á darla en dote todo lo que la ley permite, sino á no exceder de su permision, y conteniéndose en los límites de ésta, no resultará mejora, ni infraccion de la ley.

121 El padre natural está obligado á dar alimentos á sus hijos naturales (4); por lo que lo está tambien á dotar á su hija natural, porque la dote sucede en lugar de alimentos (5). Lo mismo procede para con la madre y abuelo en los casos en que por derecho (6) tienen obligacion á dotar á la hija y nieta, los que expliqué en el cap. 4. de la primera parte, núm. 15. En quanto á si el padre, madre y abuelos pueden ó no mejorar á sus hijas y nietas naturales por via de dote ó casamiento en contrato entre vivos, lo explicaré en el cap. y lib. de este tratado.

122 Si la madre curadora de su hija, y administradora de sus bienes la dota, se entiende dotarla de ellos como tal curadora y administradora, y no de los suyos, si no lo expresa, porque está exênta de esta obligacion. Lo própio milita para con la abuela que es tutora de su nieta, y administra sus bienes; y así pueden imputarlas los que las dieron no solo en dote, sino para su manutencion; constando que con esta intencion lo expendieron (7), porque teniendo bienes suyos de

(1) Socin. Senior y Ruin. in leg. 1. ff. Solut. matrimon. n. 144. et ibi Rip. n. 93. (2) Ley final, Cod. Communia utriusque judic. y ley Ut liberis, Cod. de Collation. Menoch. dicha præsumpt. 15. n. 2. Marquech. dicho cap. 17. n. 25. (3) Baez. de Non meliorand. filiab. cap. 1. n. 25. y cap. 11. n. 161. y 162. (4) Ley 5. tit. 19. Part. 4. cap. Cum haberet de eo, qui duxit in uxor. (5) DD. in dict. leg. 1. ff. Solut. matrimon. Menoch. ubi proxim. n. 33. (6) Salicet. en la ley fin. Cod. de Dotis promission. Menoch. ubi supr. (7) Ley 4. tit. 19. Part. 4. y ley 36. tit. 2. Part. 5. et ibi glos. 6.

que poder vivir, no están obligadas á criarlas, ni dotarlas (1).

123 Pero si las ofrecieron en dote mas de lo que importan sus bienes, es visto haberlas prometido de los suyos el exceso (2); excepto que con error, y en inteligencia de que los de la hija y nieta eran bastante quantiosos, les hubiesen prometido tanto: pues probado el error, no estarán obligadas á la entrega del exceso, porque el error quita el consentimiento (3). Y si no son curadoras, ni administradoras de ellas, deben satisfacerlo de lo suyo, porque se presume haberlas hecho la oferta por razon de la natural conjuncion y afecto materno (4).

124 Ofreciendo el padrastro y la madrastra, ó el padre y la madrastra juntos dote, ó donacion al entenado ó hijastro de alguno de ellos, no se ha de entender que se obligaron por mitad de sus própios bienes, sino los del entenado ó entenada; y si no los tenia, se presume que la prometieron con ánimo de repetirla. Y la razon es, porque así como el padrastro no tiene obligacion de alimentar, ni tener en su poder á los hijos de su muger, ni patria potestad sobre ellos, y en caso de hacerlo, se colige ser con dicho ánimo; así tambien por la própia razon, no es visto darles, ni ofrecerles la dote ó donacion sino en los términos expuestos, á ménos que claramente, ó por vehementes congeturas conste que su intencion fué no repetirla, y ántes sí dársela de sus própios bienes (5).

125 Pero es de advertir que para poder repetir el padrastro los alimentos dados al entenado, son precisas dos cosas: la I, que proteste se los da con este ánimo, ó por otros medios conste de ello: y la II, que no se sirva de él, pues no constando de su ánimo, se entiende alimentarlo por piedad y afecto á su madre: y sirviéndose de él, se han de compensar los alimentos con su personal trabajo (6). Bien que si el padrastro es pobre, no es necesaria la protesta.

(1) Ley 6. tit. 19. Part. 4. y ley Si quis à liberis, §. Sed si filius, ff. de Liberis agnoscend. (2) Ley Cum post mortem, §. 1. et ibi glos. DD. ff. de Administrat. Tutor. Gom. en la 53. de Toro, n. 24. (3) Acev. en la ley 8. tit. 9. lib. 5. Rec. n. 20. Morquech. cap. 17. dicho n. fin. (4) Gom. en dicha ley 53. y n. 24. vers. Si vero mater. Baez. de Non meliorand. filiab. cap. 11. n. 155. (5) Castill. en dicha ley 53. litter. G per text. in leg. Si paterno, ff. de Negot. gest. n. 6. Siguenz. de Claus. lib. 2. cap. 11. n. 219.

(6) Ley final, tit. 12. Part. 5. et ibi glos. 1. y 4.

126 Si muertos los padres habitaren hermano y hermana juntos poseyendo sus bienes en comun ó proindiviso, y durante esta proindivision se casáre la hermana, y su hermano la dotáre, sin expresar de qué bienes, ¿se entenderá dotada de los suyos própios, ó de los de su hermano? Parece que de los de éste, porque la conjuncion de la sangre hace que se presuma donacion, y de los que la tocan no necesita que la dote (1).

127 No obstante, lo contrario es lo cierto: y así la dote percibida por la hermana se la debe imputar en su haber al tiempo que entre los dos se haga la division, y tanto ménos llevará (2): Lo I, porque nunca se presume donacion (3); y siempre que pueda darse interpretacion ó congetura, por leve que sea, á favor del donante, y contra la donacion, se debe hacer (4). Lo II, porque el hermano que tiene bienes en comun con su hermana, se presume que la dota de los de ella como su administrador, y entónces cesa la presuncion de donacion (5). Y lo III, porque si expendiendo algo el padre en nombre de su hijo, mas se presume que lo hace de los bienes de éste, que de los suyos (6); con superior razon se debe presumir del hermano, en quien no reside tanto amor ácia su hermana, como en el padre ácia sus hijos, pues ninguno iguala de éste (7).

(1) Ley Procula magnæ 26. ff. de Probation. Salicet. en la final, Cod. de Dotis promission. (2) Ley 1. §. Filiam, ff. de Collation. dot. (3) Ley Si cum aurum 50. ff. de Solution. ley Campanus 47. ff. de Oper. libertor. y ley Cum de indebito 25. ff. de Probation. (4) Ley Eleganter 24. §. Qui reprobos, ff. de Pignorat. action. Jason en la Si fundum, n. 19. ff. de Legat. 1. (5) Ley Nesennius 34. ff. de Negot. gest. (6) Ley ultim. ff. de Hæreditatis petition. (7) Ley Isti quidem 8. ff. Quod metus causa, y ley fin. Cod. de Curator. furios.

CAPITULO V.

DEL MODO DE DIVIDIR LOS FRUTOS DE BIENES libres y vinculados que el testador dexa pendientes ó cogidos; ya sea entre su viuda y herederos, ó entre otros; y los bienes se hayan llevado al matrimonio, ó adquirido durante él.

§. I.

Cómo se han de dividir, y á quién pertenecen los frutos de la finca vendida por el testador, y no entregada al comprador.

1 Como entre los bienes de los difuntos suele haber frutos, unos cogidos, y otros pendientes en ellos, para que el contador no cause perjuicios en su distribucion, debo suponer como inqüestionable é indubitado, que hay dos clases de frutos: unos se llaman própia y adequadamente *naturales*, y son los que producen las posesiones rústicas, v. g. tierras, viñas, olivares, árboles, &c. ya intervenga ó no trabajo é industria para su produccion. Y otros se llaman imprópiamente *frutos*, y con propiedad *réditos*, *pensiones* ó *accesiones civiles*, porque no son producidos naturalmente: v. g. los alquileres de casas, tabernas y otras posesiones *urbanas*, las pensiones de naves, y otras cosas que se arriendan y alquilan, y los réditos de juros, censos y otros efectos, acciones y derechos semejantes; y así no depende de la naturaleza, sino de la convencion, industria y disposicion del hombre su produccion (1). Qué se entiende con el nombre apelativo de *frutos* lo explican los AA. (2).

2 Supuesto lo referido, digo: que si el testador quando murió tenia vendida y no entregada al comprador alguna finca, y éste y los herederos de aquel se convienen en el modo y forma de dividir sus frutos y pensiones, se ha de observar

(1) Valasc. de Partit. cap. 28. n. 9. Guerreir. tract. 4. de Rationib. reddend. lib. 2. cap. 10. (2) Barbos. in Appellativis, verb Fructus, appellat. 105. ex n. 1. al 23. Thusc. litter. F, conclus. 484. Rom. Sing. 555. Garcia, de Expens. cap. 23. ex n. 1. al 7.

íntegramente su convenio (1), porque éste prescribe regla, y constituye ley inviolable entre ellos (2), siendo justo y arreglado.

3 Si los frutos estaban cogidos y separados del suelo al tiempo que falleció, le corresponden sin la menor duda, y no al comprador, y por consiguiente deben llevarlos sus herederos (3): porque se entienden percibidos, y en poder del dueño que los cogió; por lo que como separados del fundo que los produxo, no lo siguen, ni se contemplan una cosa con él (4).

4 Estando pendientes en el predio vendido los frutos, ya se hallen verdes ó maduros al tiempo de la venta, pertenecen al comprador (5), porque los pendientes son parte integral de la cosa vendida, atendido su estado, y con respecto á él, pero no absolutamente, como he sentado en el cap. de este lib. núm. 91 (6), y así han de pasar al sugeto á quien pasa ésta; y además se contemplan comprehendidos en la venta y precio prometido por la finca, pues por ellos se le acrece su valor y estimacion (7).

5 En estos casos no hay que dividir los frutos, porque segun sea el caso, pertenecen íntegramente al comprador ó vendedor, excepto que pacten otra cosa. Y aunque en este último muera el testador ántes de entregar la cosa vendida, respecto estaba obligado á su entrega, segun el estado en que la habia enagenado (que era con los frutos pendientes), y de lo contrario al total interés (8) estarán obligados á lo mismo sus herederos, pues la venta se entiende perfectamente celebrada, no obstante que no haya tradicion de alhaja, ni numeracion

(1) Ley 1. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec. Ley Qui fundum, §. Fundi, ff. de [illegible] empt. y ley Contractus 27. ff. de Reg. jur. (2) Ley Depo[illegible] §. Si convenit 6. ff. Depositi, vel contra. (3) Ley Defuncta 58. [illegible] et quemadmodum quis utatur, y ley Si stipulatus 4. et ibi [illegible] fruct. (4) Ley Fundi 17. §. Sed et vinum, ff. de Ac[illegible]. (5) Ley 11. tit. 15. Part. 5. Ley Julianus 13. §. Si fructibus, [illegible] empt. ley fin. §. Fructus, ff. Quæ in fraudem creditor. [illegible] fructos pendentes 44. ff. de Reivindicat. Covar. lib. 1. Var. [illegible] (7) Ley in lege Falcidia, ff. Ad leg. Falcid. Gom. lib. 2. [illegible] 1. y en la 40. de Toro, n. 74. vers. Tertio facit. Gutier. [illegible] cap. 38 n. 28. Sr. Molin. de Hisp. Primog. lib. 3. cap. 11. n. 16. [illegible] ley Ex empto, ff. de Action. empti. Alex. consil. 69. lib. 4. [illegible] tionibus, ff. de In litem jurand.

de precio, con tal que conste realmente de ésta, y del cierto en que se ajustó (1): y la tradicion y numeracion pertenecen á la translacion del dominio, y no á las cosas que vienen y se comprehenden en la venta.

6 Y si al tiempo que se trató la venta no tenia frutos pendientes la finca vendida, pero despues de perfecta por el consentimiento de los contrayentes, constitucion del precio cierto, y ántes de su tradicion nacieron, se ha de distinguir: si el vendedor no fué moroso en hacer su entrega, le pertenecen (2); pero si lo fué, porque ya habia recibido el precio del comprador, tocan á éste (3). Y por el contrario, no le corresponden, quando ántes de satisfacerlo percibió los de la que compró y se le entregó (4); y así como que en el caso de morosidad no son del vendedor, ni tocan por consiguiente á su testamentaría, no se deben inventariar, ni tener por caudal suyo; y aun quando se inventarien por ignorancia, debe separarlos de éste el partidor para no dividirlos, expresando la razon de su separacion. Y si el precio de la venta no se declara al tiempo de su celebracion, y se remite al arbítrio del Juez, ó de un tercero, y ántes que éstos lo declaren percibe el comprador los frutos, le pertenecen, si paga el precio, porque el contrato es condicional, y cumpliéndose luego la condicion, se retrotrae al tiempo que se hizo (5). Todo lo referido procede quando los frutos son naturales ó industriales; pero si consisten en arrendamientos ó pensiones de la cosa locada, y al tiempo de la venta estaban vencidos, y cumplido el dia de su solucion, tocan al vendedor, y no al comprador, porque la accion personal no sigue al poseedor del fundo (6); y si no lo estaban, deben ámbos dividirlos á prorrata del tiempo transcurrido desde el último plazo vencido y satisfecho (*a*) (7). En quanto á cómo se han de dividir los frutos pen-

(1) Princip. Institut. de Emption. et venditior. y ley Quod vendidi, ff. eod. tit. Gom. dicho cap. 2. n. 1. (2) §. Venditæ, Institut. de Rerum division. (3) Glos. penult. in leg. Fructus, Cod. de Action. empti. (4) Ley Curabit, Cod. eod. tit. Gom. dicho cap. 2. y n. 11. vers. Aut tempore venditionis. Valasc. dicho cap. 28. n. 8. (5) Mantic. de Tacit. lib. 4 tit. 26 n. 10. Hermosill. en la ley 9. glos. 4. n. 5. y en la ley 28. glos. 2. tit. 5. Part. 5. Menoch. cas. 220. ex n. 22. Mart. part. 2. decis. 108. n. 3. (6) Ley 1. §. Si hæres, ff. Ad Trebellian. (7) Gom. dicho cap. 2. n. 11. vers. Et prædicta.

(*a*) Se sienta por el Sr. Gutierrez que no puede dexarse á arbitrio de

dientes en el fundo vendido con el pacto de *retrovendendo*, y recobrado por el vendedor, véase (1) lo que expliqué en el cap. 10. núm. 64. de la primera parte.

§. II.

Cómo se han de dividir los frutos de alhaja enfitéutica en caso de que el enfiteusi de nominacion *haya de volver al Señor del directo dominio por muerte del enfiteuta.*

7 Quando por muerte del enfiteuta ha de volver el enfiteusi, que llaman de *nominacion*, al Señor del dominio directo, si el enfiteuta fallece despues de cogidos los frutos de la alhaja enfitéutica, es indubitable que los hace suyos, y pasan á sus herederos (ya viva ó no todo el año), y no al sucesor en el enfiteusi, si no es heredero suyo, pues en este caso no se atiende á lo que vivió, sino solamente á que quando falleció ya tenia su dominio, por haberlos percibido en uso del derecho que le competia. Y lo própio milita, quando al tiempo de su muerte los habian cogido los colonos, á quienes la tenia locada, pues las pensiones que éstos le habian de satisfacer por ella, pertenecen á su heredero, aunque haya fallecido el enfiteuta ántes de cumplirse el de su solucion (2); por-

uno de los contrayentes el precio de lo que se vende, ni de persona incierta, pero vale la venta si es cierta, señalado que sea, debiendo arreglarse por el Juez en caso de ser mucho mayor, ó menor de lo que merece; en quanto á lo primero sienta lo mismo el Autor, *fol.* 364. *part.* 1. *cap.* 10. *num.* 1.: dice lo mismo Arnoldo Vinnio, §. 1. *inst.*, con lo que se conforma el Gomez *en el contrato de compra y venta*, *num.* 19, dándose la razon, porque la obligacion del uno no debe depender de la voluntad de alguno de los contrayentes; puede afirmarse no haber inconveniente en que se confiera á la voluntad de uno de éstos; por qualquiera que se señale el precio, si es mucho el exceso de lo que merece, ó ménos de su valor, siempre compete la accion rescisoria, ó nulidad del contrato, y deducida seguirá el juicio por sus trámites regulares, en el que serán los inteligentes ó peritos los que hagan la regulacion, y en su vista determinará el Juez la causa; en este supuesto parece que no hay mérito para que no subsista la facultad que concede el vendedor al comprador, ó al contrario, para que señale el precio, y se dé por ruto el contrato; pues por eso no se priva al engañado de las acciones que el derecho prescribe para estos casos; en dicho §. se explica el Vinnio con tan buenos fundamentos, que leido con reflexion, parece se procede de pura sutileza en la negativa de dicha facultad.

(1) Escobar, comput. final. (2) Ley Defuncta fructuaria, ff. de Usufruct.

que así el usufructario como el enfiteuta los perciben por la del dominio útil que en la alhaja tienen, el qual basta tener al tiempo de la recoleccion, sin embargo de que con su muerte se extinga (1): pues no se mira á lo que vive en aquel año, sino á si vivia quando se recogieron, y tenia derecho para su percibo, al modo que en el usufructuario (2); y por no militar razon de diferencia entre ámbos, debe valer el argumento de uno á otro (3).

8 Y aunque se objete que las pensiones se han de pagar mucho despues de la recoleccion (que es quando cumple el plazo), no obsta; porque en el mismo instante que se celebra el contrato de locacion, nace la accion á la pension íntegra de todo el tiempo estipulado, y la obligacion del conductor á pagarla (4); por lo que, y porque el enfiteuta la percibe por razon del útil dominio que tiene en la finca enfitéutica, no se atiende al dia en que se ha de satisfacer.

9 Si el enfiteuta cultivó por sí mismo las fincas enfitéuticas, ó las arrendó, y á mediado el año, ó ántes de recoger los frutos, ó estando pendientes, ó sembrados, murió, y el enfitéusi ha de volver por su muerte al dueño del dominio directo, por haberse extinguido todos los llamados á su obtencion, pertenecen sus frutos á éste, si á él devuelve, porque consolidan el usufructo con la propidad, y el dominio útil con el directo: y solo estará obligado á pagar las expensas de labores, y demás hechas, graduándole en este caso por la regla que al usufructuario: y así por militar la própia razon, vale el argumento de uno á otro (5).

10 Y si hay alguno llamado, y el enfitéusi ha de pasar á él, le tocan los frutos pendientes en alhaja enfitéutica: porque como son parte de éste, y por la tradiccion que de ella se hizo al enfitéuta primero, es visto habérsele hecho en nombre de

Speculat. in tit. de Emphiteusi, n. 19. Alex. in leg. Divortio, ff. Solut. matrimon. et ibi Jason, n. 5. al fin. Valasc. de Partit. cap. 31. num. 3.

(1) Paul. en dicha ley Divortio. (2) Ley Si usufructuarius messem, ff. Quibus modis usufructus amittat. y ley Si pater, Cod. de Usufruct.

(3) Valasc. dicho cap. 31. n. 4. (4) Ley Si a colono, ff. de Fidejussorib. ley Sed addes, §. Si quis cum in annum, ff. Locati, y ley Si servus communis, § fin. ff. de Stipulation. server. (5) Jason in leg. 2. n. 18. y 100. Cod. de Jure emphiteutic. Valasc. dicho cap. 31. n. 7. al 10.

todos los nombrados, al modo que la concesion (1), siempre el siguiente llamado adquiere por virtud de ella su dominio, muerto el posedor: y por esto le petenecen incontinenti todos los frutos *pendientes*, baxo la obligacion de entregar á los herederos las expensas de siembra, y labores hechas, las quales en todo evento se deben deducir primero, y satisfacer al que las hizo, porque á todos está prohibido lucrarse con detrimento de otro, y así no se llaman frutos, ni los hay, hasta que se deducen las expensas referidas (2).

11 Procede tambien lo expuesto, en caso que el enfiteuta haya arrendado el fundo: recibido al instante del conductor las pensiones de todo el tiempo del arriendo: y muerto, pendientes los frutos, ó pensiones; pues no obstante, pertenecen al sucesor, ó al Señor del directo dominio, si el enfiteusi ha de volver á él, el qual no está obligado á pasar por el arriendo (al modo que tampoco el sucesor en el mayorazgo, como he sentado en el cap. 9. de mi primera parte, n. 27.) y así los herederos del enfiteuta deberán restituir al conductor las pensiones que su causante percibió anticipadas de mas tiempo, que el que vivió, cuyo tiempo, y la paciencia que prestó para hacer el arrendamiento, nada pueden obrar á efecto de dividirlas; pues tampoco lo obran para con el usufructuario, por el qual se debe gobernar el contador en este caso, porque se equipáran (3).

12 Si por delito cometido por el enfitéuta cae en comiso el enfiteusi, ha de hacer retroceso éste al Señor del directo dominio: y si al tiempo de la perpetracion del delito hubiere frutos pendientes en la alhaja enfitéutica, pertenecen al Señor todos por la própia, y aun mayor razon que la de su muerte. Y si los percibieron despues el enfiteuta, ó sus herederos, están obligados á devolverlos al Señor como dueño propietario de ámbos dominios directo, y útil, porque por la perpetracion del delito se consolidan éstos, y el enfiteuta lo pierde todo (4).

(1) Alex. in leg. Ex facto, §. Si quis rogatus 1. n. 22. ff. Ad Trebellian. (2) Ley Fructus, ff. Solut. matrimon. Ley Fundus qui, ff. Familiæ erciscund. (3) Valasc. dicho cap. 31. n. 12. (4) Ley Si pater, Cod. de Usufruct. Speculat. in tit. de Emphiteusi, n. 19. cit. Socin. in ley Divortio, n. 8. Valasc. dicho cap. 31. n. fin.

§. III.

Cómo se han de dividir los frutos, y pensiones de Beneficios Eclesiásticos entre los herederos del Beneficiado y el sucesor.

13 Los que gozan Beneficios, Dignidades, y pensiones eclesiásticas pueden fallecer á los principios, medio ó á fines del año, y dudarse cómo se han de dividir los frutos que dexan pendientes. El Clérigo puede gozar tres clases de bienes: *patrimoniales*, son los que hubo de sus padres, y parientes, ó adquirió con su industria, y trabajo, ó por donacion, testamento, ú otro contrato lucrativo, al modo que el lego (1): y en ellos se gradúa como éste, y así en estos Reynos de Castilla puede disponer de todos á su arbítrio á falta de herederos forzosos (2).

14 *Quasi patrimoniales*, que son los que adquiere por razon del Orden, y oficio clerical; v. g. por la limosna de la Misa, predicar, cantar las Horas canónicas, y por otros actos, y exercicios espirituales: de cuyos bienes como adquiridos con su personal trabajo puede testar, y disponer igualmente, porque se reputan como patrimoniales (3); y así se sucede en estas dos clases de ellos, y en sus frutos segun las leyes, y reglas de la sucesion de los legos, y del mismo modo vienen al juicio divisorio que los de éstos; porque son bienes profanos, ó temporales, y no espirituales, ni sagrados.

15 Y los adquiridos *intuitu Ecclesiæ*, v. g. por razon de Prebenda, Beneficio simple, ó curado, Obispado, ú otra dignidad eclesiástica: y acerca de la sucesion de los frutos de éstos es la dificultad. Y dexando á parte las opiniones que sobre ello hay, digo que estos frutos pendientes, atendido el rigor de derecho, tocan íntegramente al sucesor en el Beneficio, y el

(1) Cap. Cum dilectus de Jure patronat. cap. Episcopus, cap. Manifesta, y cap. Sint manifestæ, quæst. 1. (2) Cap. Fixum 12. quæst. 5. cap. 1. y cap. Quia nos, de Testam. y cap. Relatum, quæst. 2. eod. tit. vers. Cæterum. Valasc. de Part. cap. 35. n. 1. al 3. (3) Peras. in Rubr. de Testam. col. 30. et in 6. n. 56. Navar. in Apolog. quæst. 1. monit. 21. y 22. n. 1. y 3. Abb. in cap. Cum esses, n. 26. de Testam. Valasc. ibi n. 4.

Beneficiado hace suyos solamente los que dexó cogidos quando murió, que se llaman así, aunque no estén encerrados en la troxe, ó parage en que se custodian, pues basta que estén segados, y separados del suelo (1), los quales se han de dividir entre sus herederos como los de su patrimonio, porque en estos Reynos de Castilla puede testar, y se sucede en ellos por testamento, y abintestato por costumbre, que está mandada observar por una ley recopilada (2). Los pendientes tocan al sucesor, porque el Beneficiado se equipára al usufructuario, y fideicomisario; por lo que lo dispuesto, y ordenado acerca de éstos, milita para con aquel sin diferencia (3).

16 Pero sin embargo, se observa en estos dominios como mas equitativo el prorratear entre los herederos del Beneficiado, y el sucesor del Beneficio así de los frutos pendientes, como de los cogidos dentro del año de su fallecimiento: de suerte que hasta que espira el año civil (que es en el dia último de Diciembre) no los hace suyos íntegramente el Beneficiado, aunque los tenga recogidos, por lo que percibirán únicamente sus herederos á proporcion del tiempo que en aquel año vivió, porque como alimentos le tocan hasta entónces, y con la misma proporcion deberán cumplir las cargas por cuyo medio se evitan muchos pleytos, gastos y perjuicios (4), y sobre todo se estará á la costumbre del Obispado en que exista el Beneficio, ó Capellanía colativa.

17 Del mismo modo se ha de dividir la pension que alguno tiene sobre Beneficio, ó Dignidad eclesiástica, porque se le concede por via de alimentos (5): y no debiendo darse éstos al alimentario por mas tiempo que el que vive (6), pues por el transcurrido despues de su muerte, como que no los lu-

(1) Valasc. de Partition. cap. 33. n. 11. y cap. 36. eod. num. Tiraquel. lib. 2. Retract. §. 5. glos. Gutier. Canon. quæst. cap. 33. n. 4. Ganun. Jecis. 309. n. 6. (2) Ley 12. tit. 20. lib. 10. Nov. Recop. (3) Dicha ley Si usufructuarius messem, ley Si in singulos, ff. de Annuis legat. al fin. ley Si fur, y ley Defuncta, ff de Usufruct. y §. Is vero, Institut. de Rerum division. Alex consil. 15. n. 13. lib. 2. Valasc. de Partition. dicho cap. 36. n. 1. y 2. (4) Sr. Covar. lib. 1. Var. cap. 15. num. 22. Avendañ. respons. 5. n. 1. concl. 1. Boer. consil. 23. n. 7. Gutier. Canon. quæst. cap. 33. n. 9. y sig. Sr Molin. de Primogen. lib. 3. cap. 11. n. 4. Valasc. dicho cap. 35. n. 9. y 10. (5) Roman. consil. 388. Gig. quæst. 51. (6) Ley Cum hi 8. Cod. de Transaction.

cró, no pasan á sus herederos (1), se sigue que solo por la vencida hasta que fallezca, tiene derecho, y así nada mas llevarán éstos (2).

§. IV.

Cómo se han de dividir los frutos pendientes del mayorazgo entre el sucesor, y herederos del poseedor.

18 Sobre el modo de dividir los frutos pendientes en los bienes vinculados, ó de mayorazgo entre el sucesor, y herederos del último poseedor, hay varias opiniones. Unos se han gobernado por los feudos (3), y dicen que si el feudatario muere, ántes del dia primero de Marzo, pertenecen íntegramente los frutos al Señor: y si despues hasta fin de Agosto, al heredero del feudatario, y que esta misma regla se ha de observar en los frutos del mayorazgo (4).

19 Pero esta opinion no debe seguirse: Lo I, porque del feudo al moyorazgo no es seguro el argumento (5), pues aunque en algunas cosas se parezcan, se desemejan en muchísimas (6), y una de ellas es acerca de los frutos. Lo II, porque la disposicion feudal no se debe alegar en otras causas que en las feudales (7). Y lo III, porque lo ordenado en el citado §. ni aun en los feudos se debe observar, excepto en donde por costumbre estuviere recibido, pues habla quando el feudo hace reversion al Señor, y no quando pasa al siguiente agnado; por lo que mucho ménos se puede adaptar al mayorazgo (8).

20 Otros resuelven que los frutos, y pensiones, ó rentas

(1) Ley Si cum præfinitione, ff. Quando dies legati cedat. (2) Sr. Covar. dicho lib. 1. y cap. 13. n. 13. Sr. Molin. y Gutier. cap. cit. Valasc. cap. 55 cit. n. 19. y 20. (3) Cap. 1. His consequentur, lib Feudor.
(4) Palac. Rub. in Rub. de Donation. inter vir et uxor. § 69. Suar. in Quæstion. de Majorat. Tiraquel, y otros en sus Tratados de Primogen
(5) Paul. consil. 164. col. penult. vers Nec obstat. lib. 2. Cirier. de Primogen. lib 3. quæst. 4. col. fin. (6) Burgos de Paz en el Proem de las leyes de Toro desde el n. 72. (7) Cap. 1 de Fœnsi cognit. y cap. 1. An ille qui inter fratres in lib. Fœndor. Bart. in leg. Ut juris jurandi, §. Si liberi, ff. de Oper. liberror. Burg de Paz in Proem. leg. Taur. n. 76. (8) Sr. Covar. lib. 1. Var. cap. 15. num. 14. Acost. de Succession. regn. pag. 144.

pendientes del mayorazgo pertenecen al sucesor, en quien se transfiere su dominio, ya sea erigido, y constituido de bienes de la Corona dados, ó por el Rey, ó de patrimoniales (1), fundándose para opinar de esta suerte en que los frutos cogidos despues de adquirido el dominio por causa del fideicomiso, pertenecen al fidecomisario, aunque haya transcurrido la mayor parte del año ántes de la adquisicion del fideicomiso (2).

21 Cuya ley parece viene al intento, si se considera que el dominio, y posesion civil, y natural del mayorazgo pasan por disposicion de la ley 45. de Toro á los sucesores en él, sin mas aceptacion, ni aprehension que la del primer llamado, porque es visto haberse transferido tambien en ellos, y no en el primero solamente. Y respecto de que por la ley citada despues que el fideicomisario adquiere el dominio, pasan á él los frutos: con superior razon deben pasar al sucesor del mayorazgo, en quien de derecho se transfirió; porque (3) el dueño de la alhaja debe percibir sus frutos miéntras la tiene, y como ya lo es al tiempo de la recoleccion, le tocan.

22 A mas de que (4) no pertenecen al usufructuario los frutos pendientes, aunque estén maduros, sino al propietario, en quien se consolida el usufructo con la propiedad, porque con su muerte se extingue, y acaba éste (5); cuya razon milita en el poseedor del mayorazgo, por muerte del qual el derecho de usufructuar, y su dominio se extinguen, y pasan al sucesor; por lo que, y porque los frutos pendientes se estiman parte integral del fundo que los produce, atendido su estado (6), deben pasar al sugeto á quien aquel pasa (7), pues entre el poseedor del mayorazgo, y el usufructuario hay grande similitud, y así vale el argumento de uno á otro (8); y quando el caso especifico no se halla terminantemente decidido por derecho, y la razon legal está clara, no solo se puede argüir de uno á otro semejante, sino que el Juez debe proceder, y juz-

(1) Gamm. decis. 308. num. 6. y decis. 356. Gom. en la ley 40. de Toro, n. 74. Pelaez de Majorat. lib. 4. quæst. 24. n. 2. Acost. ibi pag. 145.
(2) Ley 42. ff. de Usuris. (3) §. Item ea, Institut. de Rerum divis.
(4) Ley defuncta fructuaria 58. ff. de Usufruct. (5) §. Finitur, Instit. de Usufruct. (6) Ley Fructus pendentes, ff. de Reivindication. Escobar, de Ratiocin. comput. 19. n. 3. (7) Ley Si quis sciens 11. Cod. eod. tit.
(1) Sr. Molin. de Primogen. lib. 1. cap. 7. n. 8. y cap. 19. n. 15.

gar por el que expresamente está resuelto (1). Por lo que atendidas la disposicion de derecho, y razones potísimas en que ésta opinion afianza, es la que parece se debe seguir.

23 Y otros afirman que los frutos pendientes del mayorazgo se deben dividir entre los herederos del último poseedor, y el sucesor, á prorrata del tiempo que aquel vivió en el año de su fallecimiento, y observarse la regla que por derecho comun, y de las Partidas está prescrita para la division de los dotales en el último año en que el matrimonio se disuelve (2): fundándose algunos en que así como se conceden al marido con el fin de que pueda superar las cargas matrimoniales, así tambien por la propia razon es justo los perciba el heredero del poseedor del mayorazgo, porque éste sufre las de servir al Príncipe en paz, y en guerra, alimentar á sus consanguineos, y conservar la nobleza, y gloria de su familia.

24 La notable diferencia que media entre unas, y otras cargas, manifiesta quán fútil que es la opinion referida, y que no se deben equiparar, porque las matrimoniales no solo son incomparablemente mas pesadas, además de ser (3) necesarias; sino que exceden en sumo grado á la comodidad que el marido experimenta (4); por lo que el título de la dote se llama con propiedad *oneroso* respecto del marido (5), aun quando se haga pacto de ganarla (6). Pero las de los poseedores mas tienen figura de cargas que lo son en el efecto, y realidad (7). A mas de que el heredero sufre las cargas de la herencia, como el poseedor del mayorazgo las de éste (8), y con todo si muere estando pendientes los frutos, pasan al fideicomisario, á quien debe ir la herencia, y nada de ellos per-

(1) Ley 12. ff. de Legib. (2) Burg. de Paz in Proem. leg. Taur. n. 74. vers. Præterea. Sr. Molin. lib. 3. de Primogen. cap. y n. 11. Avendañ. respons. 5. num. 4. Ayor. part. 1. cap. 9. n. 6. y sig. Sr. Covar. lib. 1. Var. cap. 15. n. 14. Garcia, de Expens. cap. 16. n. 6. Sr. Castill. de Usufruct. lib. 1. cap. 80. per. tot. (3) Ley Pro oneribus 22. Cod. de Jure dot. (4) Cap. Salubriter, de Usuris. (5) Ley Si donaturus, §. 1. ff. de Donation. ob caus. ley fin. §. Si à socero, ff. Quæ in fraudem creditor. ley Ex promissione 19. ff. de Obligation. et action. y ley penult. ff. de Except. doli. 6) Ley Si donaturus 9. ff. de Condit. caus. dat. (7) Acost. in dict. tract. pag. 148. Navar. in Apolog. de Redditibus, quæst. 2. monit. 15. al fin. Valasc. de Partition. cap. 30. n. 10. (8) Ley Pro hæreditariis 2. Cod. de Hæreditariis actionib. y ley Neque 1. Cod. Si certum petatur.

cibe su heredero; por lo que es preocupacion el equiparar las del mayorazgo con las matrimoniales.

25 Y aun quando quieran equipararlas en el caso solo de que el poseedor del mayorazgo esté obligado por disposicion del fundador á dotar á sus hermanas, y alimentar á sus hermanos, no por eso se convence que la division de frutos se debe practicar en iguales términos que la de la dote, porque militan diversas razones: La I, porque de esta obligacion impuesta por el fundador no se deduce otra cosa que el que por este gravámen le dexó menor renta, al modo que ninguna pudo haberle dexado; y en haciéndose este cargo, ningun gravámen tiene, pues lo que gaste con sus hermanos, no es suyo, sino de ellos, por habérselo dexado su causante con la calidad de recibirlo de su mano. Y la II, porque el marido no hace suyos los frutos por razon del dominio que tiene en los bienes dotales; sino por la de las cargas matrimoniales que superan (1): por lo que solo se le conceden con atencion al tiempo que las sufrió; pero el poseedor del mayorazgo los lleva no por razon de éstas, sino por la de aquel (2), y por lo mismo para ganarlos se debe atender únicamente al dominio, el qual se extingue con su muerte, por lo que de ningun modo pueden pertenecer á su heredero, y así la única accion que á éste corresponde, es la de que si el poseedor hizo algunos gastos, y pagó algunas cargas de aquel año, le abone su importe el sucesor de los frutos pendientes, porque de lo contrario se enriqueceria en su detrimento, lo qual es iniqüo, y como tal está reprobado (3), pues no se llama fruto, sino lo líquido despues de deducidos los gastos.

26 No queda duda por los fundamentos alegados en que no debe hacerse la division por prorrateo. Pero hay otros, por los quales es justo se dividan proporcionalmente los frutos pendientes del mayorazgo, prorroteándolos entre la testamentaría, y herederos de su último poseedor, y el sucesor; y son la quietud, y la tácita y presunta voluntad del instituyente: pues habiéndolo erigido no solo con el fin de perpetuar su memoria, sino con el de que todos sus poseedores se

(1) Socin. in leg. Divortio, n. 7. ff. Solut. matrimon. (2) Ley non ideo ff. de Reinvindication. Pinel in leg. 1. Cod. de Bon. matern. part. 2. n. 5.
(3) Leyes 74. y 206. ff. de Regul. jur. Navar. loco cit. al fin.

alimentasen con lustre todo el tiempo que viviesen: si se les privaba en el último año del percibo de sus frutos á pretexto de estar pendientes, se les quitaban indebidamente los alimentos que les había dexado, se procedia contra su voluntad, que siendo arreglada, es ley inviolable, y no se verificaba el fin principal de la fundacion. Y atendidas estas razones, y lo que aun quando no intervinieran, dicta la equidad: y asimismo á que el poseedor del mayorazgo no es mero usufructuario, como algunos quieren, sino usufructuario con dominio en los bienes de él mientras lo posee, lo que no sucede al mero usufructuario, pues solo tiene el usufructo, ó comodidad, y otro la propiedad, y dominio: y á mas de esto atendiendo al perjuicio que se irrogaba al poseedor último, pues era iniquo que quasi todo el año estuviese sufriendo las cargas del mayorazgo, y luego por la casualidad de fallecer ántes que se finalizase, se le privase de los frutos, y en detrimento suyo los percibiese el sucesor: se ha introducido por costumbre general en estos Reynos de Castilla, y executoriado repetidísimas veces el prorrateo. Cuya costumbre por contener los cinco requisitos legales, á saber: 1°, ser general: 2°, estar tolerada por el Soberano: 3°, puesta en execucion por sus Tribunales Supremos no solo en los dos juicios que prefine la ley, sino en muchísimos: 4°, usada por mas tiempo que el de los 20 años que ésta dispone: y 5°, no oponerse al derecho divino, natural, ni positivo del Reyno, ni tampoco al bien comun (cuyos cinco requisitos deben concurrir para que valga, y no se gradúe de corruptela) tiene fuerza de ley, y á veces suele derogarla (1).

27 Pero como suele haber diversas clases de frutos pendientes en los bienes vinculados, ó de mayorazgo, y los AA. no especificaron mucho de lo que en la division de cada clase, y caso se debe practicar, yo procuraré hacerlo, y así digo: que si al tiempo de la muerte del fundador quedan frutos pendientes, ya sean de los bienes que por sí labraba, ó de los réditos, ó pensiones que debian los conductores, censuarios, ó enfiteutas, y nada dispone éste acerca de tales frutos, ó pen-

(1) Leyes 4. 5. y 6. tit. 2. Partid. 1. Escobar, de Ratiocin. comput. 20. n. 11. y sig. Castillo de Usufruct. cap. 80.

siones, y solo vincula las propiedades, y capitales que los producen: ni tampoco dexa mejor, ni herederos legítimos, ni extraños; son todos del primer llamado, sin que tenga obligacion de dexar otros tantos al sucesor, ni de agregar su importe al vinculo, ó mayorazgo; porque por su nocturnidad es visto haber querido los gozase libremente para sí, y como pendientes, y accesorios son, y se estiman parte de la misma cosa, y la siguen, y á su dueño (1), segun en quanto al usufructuario diré en el cap. 7. §. 2. Pero si los mandare agregar, ó instituyere á alguno por heredero de ellos, ó dispusiere en otros términos, se observará su voluntad.

28 Si no dexa viuda, pero sí hijos, ú otros descendientes legítimos por herederos, y mejora por via de vinculo á uno de ellos en el tercio, y quinto, consignándoselos en bienes determinados, cuyo valor en propiedad, atendido el caudal del difunto, completa el total de la mejora: ó le mejora solamente en bienes señalados que no exceden de ella, imponiendo el gravámen de vinculacion, y llamando á otros á su goce para despues de los dias del mejorado con arreglo á la ley 27. de Toro, y al tiempo de fallecer quedan frutos pendientes en los mismos bienes, los llevará el mejorado desde el dia de la muerte de su padre, (que es desde quando adquirió en los bienes su dominio) y no mas, por razon de tal; y así se estimarán, ó apreciarán en el estado que entónces tengan: será caudal partible de su testamentaría el valor que se les dé: y cederá privativamente á beneficio del mejorado el aumento que despues adquieren hasta su recoleccion los de dichos bienes consignados, sin perjuicio de la parte que por su legítima le corresponda en los restantes; y los gastos que se ocasionen hasta enrroxarlos, se harán proporcionalmente, cargando al mejorado la parte que atendido el mayor valor, tengan, y en cuerpo comun de la testamentaría el residuo de ellos. Por exemplo: quando falleció el mejorante, valian los frutos 1@ reales, y quando se cogieron 1500, y en su recoleccion se gastaron 150. En este caso los 1@ reales son caudal de la testamentaría, que agregado al demás de ésta, se ha de dividir como

(1) Sr. Greg. Lop. en la ley 22. tit. 11. Part. 4. glos. 3. vers. Quid autem. Ayor. de Part. part. 1. cap. 9. n. 6. vers. Ideo judicio meo.

libre entre todos los interesados en ella, incluso el mejorado: y los 500 restantes tocan privativamente á éste, por cuya regla la testamentaría satisfara 100 reales de gastos, y el mejorado como tal 500; pues de los de barbechos, y siembra no se hace mérito, porque salieron del caudal de todos ántes de fallecer el testador, y están refundidos en su herencia.

29 Si ántes de la recoleccion falleciere con hijos el mejorado, ó primer llamado, entrarán éstos á la particion con sus tios, llevando, y pagando los que su padre llevaria, y pagaría, y percibiendo para sí solo el inmediato los frutos desde la muerte de su padre hijo del mejorante: de modo que se deberá formar otra cuenta separada entre el inmediato, y la testamentaría de su padre por la misma regla que la anterior, y con igual proporcion, así en quanto al percibo de frutos, como al pago de gastos, valuándose nuevamente aquellos en caso de tener aumento, para evitar perjuicios á los interesados. Previniendo que en toda particion de frutos se deben deducir préviamente los gastos ocasionados, porque hasta que se deducen no los hay, ni lo son sino lo líquido partible despues de separados (1); al modo que no hay herencia hasta que se pagan las deudas y cargas que contra sí tiene, como dexo sentado.

30 Pero si el fundador, ó mejorante, que no dexó muger, falleciere, acabada la recoleccion, y las tierras quedaren barbechadas, y sembradas, sin aparecer los frutos; en este caso pertenecen los cogidos al cuerpo comun de su testamentaría, y los que nazcan despues en las sembradas, son próprios del mejorado con obligacion de satisfacer á la testamentaría los gastos de barbechos, semillas y siembra, ó los que sean, segun lo que se haya hecho; los quales se apreciarán, y pondrán por caudal comun, y á proporcion de la institucion se dividirán entre el mejorado, y demas coherederos; y no teniendo dinero con que satisfacerlos, se le aplicarán en vacío, ó entrada por salida como recibido su importe en cuenta de la parte que le corresponda, al modo que si los colecionára; y en este caso no se hará mérito de los de recoleccion, ni de la

(1) Ley Fructus 7. ff. Solut. matrimon. y ley Si à dominio, §. fin. ff. de Petition. hæreditat.

utilidad, ó pérdida que en ellos pueda haber, pues todo queda de su cuenta y riesgo, y viene á ser lo mismo que si él por sí própio las hubiera barbechado: v. g. importan los barbechos, y siembra de los bienes de la mejora 3@ reales, que agregados al líquido igualmente partible de la herencia, compone el total de ésta 30@ reales, y los hijos son tres: en este caso se darán efectivos al mejorado 7@ reales, que con los 3@ que debia aprontar, y retiene en el valor de las labores, suman los 10@, que como uno de tres le tocan en la herencia igualmente partible. Y si ántes de la division pagare los 3@, se le darán quando ésta se haga, los 10@ íntegros, y no llevará tercio, ni quinto en frutos, porque solo fué mejorado en aquellos bienes señalados, y no en los demás de su padre, por lo que percibirá en éstos su legítima, y en los señalados su mejora vinculada. Otras muchas especies en quanto á la division de frutos de mejora tocaré en el cap. 2. §. 4. lib. 2. de este tratado, por ser su própio lugar, á donde remito al contador para su radical instruccion.

31 No siendo primer llamado el poseedor del vínculo ó mayorazgo, y dexando frutos pendientes, ó mostrados en las tierras, viñas ú olivares de éste labra por sí, ó en otros árboles, ó las tierras barbechadas, ó sembradas solamente; y pensiones de otras que tenia arrendadas, y asimismo alquileres de casas, y otros edificios, y réditos de censos, juros y otros efectos semejantes, cuyos plazos de pagas no han cumplido, se ofrece la dificultad de cómo entre sus herederos, y el sucesor, se han de dividir estas tres clases de sus frutos, y gastos. Para resolverla procederé con distincion de casos. Los herederos del último poseedor han de percibir los pendientes y mostrados á prorrata del tiempo que éste vivió en aquel año, y tuvo dominio en los bienes vinculados.

32 Es de advertir que este año no ha de ser, ni contarse el *civil*, que empieza en Enero, y concluye en Diciembre, sino el *natural*, que desde la cosecha de cada fruto, segun el tiempo en que se coge en cada País, ó Provincia al modo que por derecho (1) antiguo está dispuesto acerca de los

(1) Ley 26. tit. 11. Part. 4. en las palabras *Este año*. Ley de Divis. y ley Fructus 7. §. Divortio facto, ff. Soluto matrimonio.

frutos de la dote, v. g. Agosto, siendo trigo, Octubre, siendo uba: Enero, si es aceituna, &c. porque una vez que la naturaleza no los produce, ni sazona sino en estos respectivos tiempos, se debe observar en quanto al pago, y contar el año, (imitándola, y siguiéndola) segun ella misma nos enseña. Por lo que si el poseedor del mayorazgo fallece, v. g. en fin de Mayo, y los frutos son de trigo, uba, y aceituna, deben llevar sus herederos, y testamentaría la parte correspondiente de trigo desde Santa María de Agosto del año anterior, hasta el dia de su fallecimiento, que son nueve meses y medio. De uba desde primero de Octubre del própio año, que es quando regularmente se vendimia) y son ocho meses. Y de aceituna desde Enero, que son cinco meses, si á sus principios se coge; y si no desde el dia en que se acostumbra coger. Y así los demas frutos, segun los respectivos tiempos de cada país, y de las fincas, ya produzcan, ó no todos los años. Y lo mismo procede con la lana de cabaña lanar; pues se ha de contar el año de esquileo á esquileo para el prorrateo así de gastos, como de producto líquido, segun diré en el número siguiente.

33 Antes de repartir los frutos se han de deducir respectivamente del total, cúmulo y valor de cada especie los gastos hechos en el barbecho, siembra, caba, poda, siega, recoleccion y demás que haya: abonar á la testamentaria del último poseedor los que por parte de éste y de ella despues de muerto se hayan hecho en su beneficio, y al sucesor los que hiciere: y luego dividir lo líquido en dos partes, aplicando á cada interesado la que le corresponda á proporcion del tiempo que poseyó; v. g. en trigo, despues de pagado el diezmo quedan 1500 fanegas: y todos los gastos ascienden á 20 reales, de los quales suplió 500 el sucesor, y los 1500 el poseedor y su testamentaría. En este caso se aplica á cada uno en trigo segun el precio que á la sazon tenga, lo que importan sus expensas, y el residuo del trigo se divide á prorrata del tiempo que poseyó. Previniendo que para hacer la division se ha de esperar á la cosecha, porque de lo contrario podia suceder que el que ménos hubiese suplido, llevase mas, y el otro quedase perjudicado, lo qual es injusto. Pero en quanto á los gastos no se atiende al tiempo, sino al desembolso líquido respectivo, y trabajo hecho en utilidad de lo que se ha de partir; y así no se

prorratean como los frutos, sino que cada uno exîge préviamente del cúmulo los que satisfizo, y el resto es lo que se divide á prorrata, porque no pueden tener incremento, ni decremento como éstos. Y lo próprio se ha de observar en la division y prorrateo de la lana de cabaña lanar vinculada, y crias de ella, que son sus frutos, si están pendientes al tiempo que fallece el último poseedor, verificando préviamente por los herederos de éste el reintegro de las crias que falten, y hayan perecido, pues debe entregar la cabaña completa, segun la recibió.

34 Quedando barbechados solamente, ó sembrados por el poseedor las tierras sin aparecer los frutos, debe el sucesor satisfacer á los herederos del predecesor los gastos hechos en sus labores y siembra, y nada percibirán éstos de la cosecha próxîma futura, porque á causa de no estár mostrados, ignorarse si nacerán ó no, y haber muerto en tiempo en que no se conocian, no adquirió el último poseedor derecho á ellos: pues para el caso lo mismo es que muera, hechos solos los barbechos, que sembradas las tierras, una vez que no se ven nacidos los frutos al tiempo que fallece; porque puede perderse la semilla, por lo que no se reputan por tales hasta que nacen: y aunque luego aparezcan, como ya entónces tiene el sucesor el dominio de las tierras por sí solo, y los frutos pendientes siguen el fundo, y se contemplan parte de él, por lo que tambien lo tiene en ellos, pues es el que presta el título para su adquisicion: por eso debe llevarlos íntegros y cumple con hacer el expresado pago; á diferencia de quando están mostrados, pues en este caso como adquirió y tuvo dominio en ellos, y en el fundo el tiempo que vivió, y este dominio se dividió, se deben dividir tambien, y prorratear entre los que lo tuvieren. Todo lo qual se entiende, no pactando otra cosa unos y otros interesados, pues en este caso será la ley su pacto, y se deberá observar.

35 Con la misma proporcion y equidad se deben repartir las pensiones que provienen de locacion ó arrendamiento de las heredades vinculadas, y contarse no desde el dia en que se celebró el contrato entre el locador y conductor, sino desde el tiempo ó mes en que éste ha de recoger los respectivos frutos, y la naturaleza los pone en esta disposicion, porque como los

labra por representacion de su dueño, se entiende practicarlo éste: y así se ha de observar la própia regla que en quanto á los dotales está dispuesto por derecho comun (1).

36 Si el poseedor del mayorazgo falleciere despues de cogidos los frutos por el colono, y de nacidos ó aparecidos los de la cosecha siguiente, llevará á proporcion del tiempo que vivió, la pension correspondiente á esta cosecha, sin que para hacer el prorrateo sea necesario esperar á que llegue el de cogerlos el colono, porque no hay que pagarle, ni á los herederos del último poseedor gastos algunos, por no haberlos hecho. Lo qual se limita en caso que el arrendamiento esté hecho á esterilidades; pues entónces no se puede hacer, hasta que los peritos con vista de los frutos al tiempo oportuno declaren quánto debe satisfacer el colono. Y si éste tuviere barbechadas solamente las tierras, ó aunque estén sembradas, si no aparecieren los frutos, nada llevarán los herederos del último poseedor por las razones expuestas en el núm. 34, y porque su causante nada expendió en su cultivo y beneficios, sino el colono, ni adquirió dominio en los frutos, porque no los habia, y así para en quanto á la percepcion de la pension (que es fruto civil) es lo mismo que si su causante cultivára por sí própio las tierras sin vista de frutos; todo lo qual se observará respectivamente en la division de los de fundos rústicos que no producen si no se cultivan, y en lo de sus pensiones, quando están locados.

37 Siendo casas ú otros edificios los bienes arrendados ó juros, censos ú otros efectos y derechos semejantes, se han de prorratear sus alquileres, réditos ó pensiones, contando lo que vivió el poseedor desde el último dia en que cumplió el alquiler de la casa, ó el plazo de la escritura de locacion, consignacion ó imposicion; y no se ha de atender á que el año sea civil ó natural, porque los frutos de estos bienes como civiles, convencionales y no naturales corren, y se vencen, y devengan todos los dias: no dependen de la naturaleza, sino de la voluntad y convencion é industria del hombre: se estipúlan sus pagos de otra suerte muy diversa en las escrituras: y no

(1) Molin. de Primog. lib. 3. cap. 11. y Ayor. part. 1. cap. 9. desde el n. 6. al 13.

hay que esperar al tiempo en que la naturaleza los produce, ni que prepararlos, ni expender en su beneficio y cultivo lo que en las tierras, viñas y olivares, para que los produzcan, ni mirar si están ó no pendientes, porque jamás se ven, ni pueden ver mostrados, ni son parte de la misma cosa, como los naturales, aunque vienen por ella, lo qual es muy diverso; por lo que el contador observará distinta regla, y se gobernará siempre por el plazo prefinido en la escritura para el pago. Cuyo método y forma de dividir los frutos y pensiones de bienes de mayorazgo observan los inteligentes, por ser conforme á razon y equidad, y como corroborado por repetidas executorias, tiene fuerza de ley; pues en lo ambigüo, ya sea por falta de ésta, ó porque si la hay no decide el caso con claridad, se ha de estár á la costumbre (1).

§. V.

Cómo se han de dividir los frutos pendientes en los bienes del marido y muger, disuelto su matrimonio, ya sean libres, ó vinculados, y llevados á éste, ó adquiridos durante él por uno de los dos, ó por ámbos.

38 Ya que en el párrafo precedente he tratado con bastante extension de la division de frutos de bienes vinculados, quando el poseedor y el fundador del mayorazgo no dexaron muger: corresponde explicar en el presente cómo se hará entre ésta y su marido, ya sean vinculados ó libres los que los producen. En estos Reynos de Castilla no solo hacen suyos marido y muger, viviendo juntos, los bienes que con su industria y trabajo compran, adquieren y multiplican durante su matrimonio, segun queda sentado en el cap. 4. de este libro, sino tambien los frutos que éstos producen, y se encuentran por muerte de alguno de los dos, en caso que no renuncien los gananciales; pues renunciándolos, es visto renunciar igualmente los frutos, porque lo accesorio sigue lo principal.

39 Se amplía la conclusion referida á los frutos de los bienes que cada uno lleva al matrimonio, ya sean muchos ó po-

(1) Leyes 33. y 38. ff. de Legib.

cos, ó el uno los lleve todos, y el otro ninguno: y á los de los que durante él heredan, ó adquieren ámbos, ó cada uno por título lucrativo, y entran en su sociedad conyugal; pues los que de ellos sobran, y se hallan al tiempo que se disuelve su matrimonio, y los comprados y adquiridos con su importe, ya los bienes sean dotados, ó parafernales, y éstos los entregue ó no la muger á su marido, y ya sean castrenses, quasi castrenses, hereditarios ó de otra qualquiera calidad sin excepcion, se comunican por mitad en estos Reynos de Castilla á entrámbos cónyuges, como utilidades de su sociedad, segun he sentado en el cap. 2. de la primera part. n. 8., y se prueba de la ley 3. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec. que indistinta y absolutamente dice: *Maguer que el marido haya mas que la muger, ó la muger mas que el marido, quier en heredad, quier en muebles los frutos sean comunes de ámbos á dos; y la heredad, y las otras cosas dó vienen los frutos, hayalas el marido ó la muger cuyas ántes eran, é sus herederos*; y de la quinta del mismo título y libro que en su segunda parte dice: *Pero que los frutos y rentas de ellos, y de todos otros qualesquier oficios, aunque sean de los que el derecho tuvo por casi castrenses, y los otros bienes que fueran ganados durante el matrimonio, y los frutos y rentas de los tales bienes castrenses, y oficios, y donadíos, que ámbos los hayan de consuno.* Lo qual era al contrario por derecho comun (1).

40 Se entiende y procede lo expuesto no solo quando acabados de recoger los frutos muere alguno de los dos cónyuges, sino quando al tiempo de su fallecimiento están parecidos, y pendientes en los bienes comunes, ó en los libres própios del uno, aunque sean dotales, si el fundo es viña, huerta con árboles, olivar, monte de encinas, castañar ú otra finca, que naturalmente produce sin precision de cultivo, ni industria: y asímismo aunque sea mere rústico, si en él está sembrado trigo, cebada ú otra semilla, pues estándolo á costa de ámbos durante su sociedad, son tambien comunes los frutos sembrados, y se han de dividir con igualdad, como si estuvieran cogidos, satisfaciendo comunalmente las expensas de recogerlos, (hasta cuya recoleccion han de estár proindiviso) al modo que hicieron las de cultivarlos y sembrarlos, segun se prueba de la ley 10.

(1) Gomez en la ley 53. de Toro, n. 70: y el cap. 3. n. 57. al fin en este lib.

tit. 4. lib. 5. del Fuero Real, que está en uso, y al principio dice: *Porque acaesce muchas veces que ante que los frutos son cogidos de las heredades, ó muriere el marido, ó muriere la muger, establecemos, que si los frutos parescen en la heredad á la sazon de la muerte, que se partan por medio entre el vivo é los herederos del muerto.* Y lo mismo se debe observar por la própia razon con la lana de las ovejas y carneros que todos los dias crece: y con los partos de ellas, y de otros animales productivos, como diré en el núm. 44.

41 Pero si los frutos no están parecidos ó mostrados al tiempo de morir uno de los cónyuges, ni la muger renunció los gananciales, se ha de distinguir: siendo de árboles, viñas, olivos y otros semejantes, en que no es necesario hacer siembra para su produccion, pertenecen privativamente al dueño del fundo, en que están los árboles, cepas, olivos ó cosas que los producen, porque como el cónyuge no adquirió derecho á ellos á causa de no tener sér, ni haber puesto trabajo en su produccion, no pudo adquirirlo despues de muerto; y así deberá llevar únicamente la mitad del importe de las labores ó gastos que en ellos se hayan hecho, v. g. de caba, poda, &c. como prosiguiendo lo ordena dicha ley del fuero, ibi: *E sino aparecen, hayan los frutos cuya fuere la raiz, é dé las misiones que fueren fechas en la labor, al que las labró, y esto sea, si la labor fuere viña ó árboles.*

42 Y si fuere tierra, y estuviere sembrada, se partirán por mitad los frutos que despues nazcan, no obstante que no estén mostrados, segun se colige de la misma ley, ibi: *Cá si fuere tierra, ó fuere sembrada, maguer que no aparezca el fruto á la sazon de la muerte, pártase por medio quanto ende hubiere::::* y la razon de diferencia consiste en que quando son árboles, viñas, olivos, &c. obra mas la naturaleza, que el trabajo é industria, por lo que como el cónyuge no lo tuvo, ó si alguno se hizo, fué leve, no adquirió derecho á ellos, y sí solamente á la mitad de gastos suplidos por ámbos, en caso de haberse hecho alguna labor; pero en la tierra que se siembra, no basta la virtud de la naturaleza para que dé fruto, ántes bien son indispensables la industria, semilla y expensas: y como al tiempo de la muerte ya el cónyuge habia puesto su trabajo, empleado su caudal, y hecho quanto habia que hacer

para la produccion, y dexado la tierra en perfecta disposicion para que ésta se verifícase: por eso debe llevar la mitad de frutos, aunque no estén mostrados, y esperar para su division á su recoleccion.

43 Siendo la heredad solamente rústica, y estando barbechada, y no sembrada, cumple su dueño con pagar al otro cónyuge la mitad de los barbechos, beneficio y gastos hasta entónces hechos, con cuyo pago hace suyos íntegramente los frutos que luego siembre, y nazcan en él. Así lo manda la citada ley en sus últimos periodos, ibi: *E sino fuere sembrada, é fuere barbecho, el que no há nada en la heredad, haya la meitad de las misiones que fueren fechas en el barbecho.* De suerte que el importe de los barbechos se pone por caudal, se aplica su total al dueño del fundo en cuenta de su haber, y al otro se dá otra cosa en pago de la mitad que en ellos le corresponde (1).

44 Si los frutos son de rebaños ó animales productivos libres de qualquiera de los cónyuges, aunque la ley del fuero nada habla acerca de ellos, se comunicarán como industriales á entrámbos en iguales términos por idéntica razon, no obstante que no estén nacidos, si exîsten en los vientres de sus madres, pues para su produccion mas obra la solicitud, trabajo é industria, que la naturaleza (2); y en quanto á la lana del rebaño, ó cabaña lanar, si está próxîma á esquilarse, ó crecida, se esperará al esquileo, y los gastos que en éste y en la manutencion del ganado se causen despues de la muerte de uno de los cónyuges, se baxarán del cúmulo, y el resíduo será lo líquido comunicable y partible entre ámbos, porque la lana es fruto que el ganado produce como la leche, manteca y crias. Y si la lana no está crecida, ni se puede estimar con justificacion por su nimia cortedad, cederá á beneficio del dueño de la cabaña, de cuya cuenta será la manutencion de ésta desde el dia de la muerte del uno de los cónyu-

(1) Ayor. part. 1. cap. 9. n. 1. Gom. en la ley 53. de Toro, n. 71. Matienz. en la 4. tit. 9. lib. 5. Recop. glos. 1. n. 4. Escobar, de Ratiocin. computat. 20. n. final. (2) Gom. ibi al fin. Matienz. dicho n. 4. al fin. Montalv. en la ley del Fuero inserta. Palac. Rub. in Repet. cap. Per vestras ibi 28. col. 2. Joann. Lop. in Rub. extra de Donation. inter vir. et uxor. §. 62. num. 11.

ges, y no de su testamentaría; pues lo poco por nada se reputa: bien que lo mejor es prorratear su valor, para evitar escrúpulos. Todo lo qual es corriente en la práctica, por estár en uso en estos Reynos de Castilla la ley del fuero inserta; pues aunque por derecho comun (1) se dispone lo contrario en órden á los frutos de los bienes dotales, no se observa, porque no es derecho nuestro.

45 Lo explicado en los precedentes números milita, y se entiende quando fallece uno de los cónyuges; dexando frutos pendientes en sus própios bienes, ó en los del supérstite, ó en los comunes de ámbos, sembrados, nacidos y cultivados á costa de los dos: pues por razon de su conyugal sociedad, expensas é industria los deben partir con igualdad, segun lo ordena la ley del fuero. Pero si la muger lleva á su matrimonio algunos bienes raices con frutos parecidos, ó demostrados, y muere ántes que se recojan, sin embargo que hay varios pareceres por no decidir la ley tal qüestion, se deben distinguir dos casos: I, quando los frutos se estimaron con estimacion que causó venta. En este caso los hace suyos el marido en virtud de la obligacion que constituyó de responder de su valor, al modo que en quanto al comprador, senté en el núm. 4. de este capítulo: y por transferírsele enteramente su dominio, es de su cuenta, y riesgo su incremento, y decremento. II, quando se entregaron simplemente al marido sin apreciar; en cuyo caso se debe atender si la muger acepta los gananciales, ó si los renuncia, como puede. Si los acepta, se ha de dividir el valor de los frutos entre ella, ó sus herederos, y su marido en esta forma: á los herederos se ha de aplicar sin descuento como parte integral de la finca dotal el que se regule, y considere tenian en el dia en que casó; del aumento que hayan adquirido desde éste hasta la recoleccion, (á cuyo tiempo se ha de esperar como oportuno para su verdadera regulacion, y liquidacion) se han de deducir los gastos ocurridos, y de lo líquido dar al marido la mitad de lo que se estime haberse aumentado hasta el fallecimiento, como ganado durante su matrimonio, lo qual le corresponde no por razon de dominio que tenga en la finca, ni por la industria, ni gastos hechos en su

(1) Ley Divortio facto, ff. Solut. matrimon.

siembra, y cultivó, sino por las cargas de la que sufrió, miéntras estuvo casado: pues de la naturaleza de los frutos dotales es el que sirvan para este efecto, porque para él se conceden; y la otra mitad, y el mayor valor que desde la disolucion del matrimonio hasta la recoleccion se verifique tener, será para la muger, ó sus herederos, porque con la muerte espiró la sociedad, y por no haber puesto el marido industria, trabajo, ni gastos en la siembra, y labores de la finca, ni ser suya ésta, carece de accion al incremento que desde su acaecimiento tengan los frutos, como igualmente á lo que valian quando se casó (1) (*a*). Y lo mismo se ha de observar por la

(1) Escobar, de Ratiocin. comput. 19. n. 6. al 8.

(*a*) El Señor Gutierrez, por no dexar de decir alguna cosa, manifiesta en la adicion á éste número, que se engañaron Ayora, Escobar y nuestros Jurisconsultos en afirmar que la ley citada del fuero no habla del caso propuesto; para asegurar el engaño, expresa que la ley es general, y por este motivo, y no hacer distincion, es el caso, en ella comprehendido; de consiguiente habla del presente, y que se ha de decidir conforme á ella: no hay una sola palabra que le excluya; por lo mismo entran bien los insinuados axiomas ó jurídicos proloquios; pero añade que estos *son únicamente en la teórica, y no en la práctica de nuestros intérpretes, en su fantasía, y no fuera de ella*: que en caso de no hacerse expensas algunas, por ser una casualidad de que no debe hacerse mérito, ha de seguirse la ley, y últimamente que si el error de los comentadores ha motivado el no seguirse, no hay obligacion de observarla, pues que estas leyes no lo son si no están en observancia.

Mucho dixo el Señor Gutierrez en esta nota, y nada dixo: mucho, quando expresa que se engañaron nuestros Jurisconsultos en afirmar que la ley no habla del caso; y nada, porque dice por último que sin su observancia es dicha ley como si no existiera. Si se engañaron, ¿donde está el desengaño que ha propuesto? ninguno; ¿presenta algunas expresiones que demuestren el caso? no por cierto; estriba su aserto en la universalidad; y ninguna distincion que en ella se encuentra, por lo mismo el caso lo comprehende; si se aplican como deben estos axîomas ó reglas de derecho, no hay duda que conforme á ellas han de ser los dictámenes ó determinaciones, y es clara la razon, porque estos, y otros axîomas jurídicos son de consideracion en lo legal, siendo como son unas reglas que en pocas palabras dicen mucho, como originarias de lo establecido en derecho, de que se forman; de suerte que en ellas y cada una se comprehenden muchos casos y determinaciones ordinarias por varias leyes: *ex g.* al sexô femineo se le excluye por las leyes de *ser fueces, de ser tutoras, de ser fiadoras, &c.* y estos cargos y otros semejantes, y de igual razon se comprehenden en la regla 2. ff. de reg. jur. ¿Qué importa que á las leyes de que tratamos, (del fuero digo) se apliquen con poco fundamento los insinuados axîomas? No se alcanza qué efecto pueden producir: se trata de una ley que para el

própia razon, si el matrimonio se disuelve por fallecimiento del marido. Pero si la muger renuncia los gananciales, en este caso como cesa la razon de sociedad, no se ha de dividir por mitad el aumento líquido, (pues el valor que tienen los frutos al tiempo del casamiento, siempre toca peculiar, y privativamente á la muger por haberlo entrado como patrimonio suyo en el matrimonio) sino con atencion al que duró éste; y así se aplicará al marido lo que importe, ya sea mucho mas, ó ménos que la mitad, dividiéndolo, baxados gastos de recoleccion, y demas, en tantas partes quantos dias, meses ó semanas mediaron desde el de la boda hasta la cosecha, y dando al marido las correspondientes á los que superó las cargas matrimoniales, y el residuo será para la muger. Cuyo modo de prac-

presente caso se necesita que mande lo que se ha de hacer, y además que se haya observado lo que se mandó, ley 3. tit. 2. lib. 3. Novis. R. *ibi*: *en lo que son y fueron usados, y guardados*; la ley citada, segun el Autor y el Reformador, pasó en silencio, no expresó el caso de que se trata: de consiguiente ¿qué cosa será sobre la que habia de caer su observancia, si nada dispuso? ningun caso propone el Señor Gutierrez que haya ocurrido y en que se haya hecho particion con inclusion del caso como comprehendido en la ley del fuero; por todo lo qual se echa de ver que de los mencionados proloquios ó axîomas es frustranea y de ningun efecto su aplicacion, y dexando á un lado los fundamentos que motivan dicho repartimiento que bastantemente se indican, mejor podria asegurarse ha estribado su execucion en dicha forma, en el uso y práctica observada, que no por comprehendido en dicha ley.

Pudiera extender la pluma sobre lo hasta aquí manifestado, pero es suficiente para que se note que no se engañaron dichos Jurisconsultos; ¡qué no podria decirse en vista de que no se penetra la intencion del Señor Gutierrez en la extension de las palabras rayadas al medio de su nota! ¿Qué es lo que entiende baxo del nombre de teórica y de el de práctica? Las reglas de derecho, ó legales axîomas, como que (hablando generalmente) es el mismo derecho, versan en una y otra clase; de imponerse los profesores en sus principios y reglas, juegan indispensablemente dichos axîomas, y ¿pasando á enterarse del método de enjuiciar, seguir los litigios y fórmula de las acciones, y excepciones, objeto de la práctica, prescindirán de valerse de ellos? no puede concederse; tienen facultad de apoyarlos con leyes patrias, respecto que serán pocas las reglas, que no puedan corroborarse con ley terminante que afiance su concepto, bien aplicado. *Véase parte* 1. *tom.* 1. *en el prólogo, especialmente al* §. 7.; á que se añade que si está permitido que los libros de los derechos de los sabios antiguos se lean en los estudios generales (ley citada 3. del mismo tit. y lib.) no hay ni puede darse razon para despreciar dichas reglas. Acerca de la interpretacion a las leyes (entre otros) reconózcase en la parte 1. cap. 4. §. 1. 2. 3. 24. la doctrina del Padre Josef Biner en donde se previene quanto á este fin conduce.

ticar la division en estos dos casos es el justificado, y arreglado respectivamente á nuestras leyes, no obstante lo que dicen algunos fundados en una ley (1) que no es para nosotros, y que habla de caso diverso, en estos términos se debe entender en el segundo caso lo dispositivo de la ley 26. tit. 11. Part. 4. cuyo literal contexto es: *E porque podria acaescer duda sobre los frutos de la dote, que es dada al marido sin apreciamiento, cuyos deben ser los de aquel año, en que se departe el matrimonio, queremoslo aquí demostrar. E decimos que los deben partir desta manera: que debe el marido tomar tanta parte de los frutos de la dote del postrimero año, quantos meses, é quantas semanas duró el matrimonio en aquel año. E todos los otros deben fincar en salvo á la muger, ó á sus herederos, si se ella finase, sacadas las despensas de aquel año, que fizo el marido en labrar la cosa que le era dada en dote. E este año se debe comenzar á contar desde el dia que se cumplió el matrimonio por palabra de presente, é fué entregada la dote al marido, quando acaesciese que en aquel mismo año que fuere fecho el casamiento, se departiese. E la parte sobredicha que diximos que debe haber el marido, entiéndese tambien de los frutos que fuesen ya cogidos al dia del divorcio, como los que fincasen por coger adelante en este mismo año. Eso mismo sería si fuese la dote de tal natura, que llevase dos vegadas en el año fruto, ó si fuese á tal que en tres años no diese mas de un fruto* (2).

46 En conseqüencia de lo expuesto en el número precedente, digo que si la muger que renunció los gananciales, traxo á su matrimonio bienes raices, falleció sin dexar descendientes, v. gr. á los quatro meses de casada, y en su testamento instituyó por herederos á sus padres, legando á su marido con arreglo á la ley 6. de Toro el tercio de sus bienes, y los frutos de los dotales estaban mostrados, mas no maduros quando murió, se dividirán á prorrata del tiempo que duró su matrimonio; y así el marido, como tal, llevará la parte correspon-

(1) Ley Divortio 7. ff. solut. matrim.: Escob. de Ratiocin. comput. 19. n. 9. y 10. (2) Véase la ley 13. tit. 4. lib. 10. Nov. Recop., y la circular de 14 de Abril de 1804 que está en la nota primera, por las que queda abolida la ley o costumbre prohibitiva de que las mugeres cordobesas participen de los gananciales adquiridos durante el matrimonio, y en la part. 1. c. 11. donde se hallan á la letra.

diente á los quatro meses, pues los hizo suyos íntegramente, mediante no adquirir gananciales su muger, por lo que no se partirán con arreglo á la ley del Fuero Real, por causa de la renuncia que hemos supuesto que hizo (1).

47 Por lo respectivo á las dos terceras partes de frutos correspondientes á los ocho meses restantes, parece que como legatario del tercio de los bienes de su muger, debia llevar tambien el de ellas. Pero se observa lo contrario: y así nada percibirá de frutos por razon de su legado, porque en el de tercio, quarto, quinto ó de otra qüota no vienen los frutos desde la muerte del testador, como en otros legados específicos, en que inmediatamente se transfiere en el legatario el dominio de lo legado, sino desde el tiempo de la demora de los herederos (2). Y la razon porque no vienen, es, porque el legatario no tiene la qüota legada en qualquiera cosa hereditaria, ni se le transfiere su dominio, pues se le puede pagar á arbitrio del Juez en dinero, ó en algunos bienes de la herencia estimados (3); y así por ignorarse quáles le aplicará el Juez, ó el que en virtud de su comision evacue la particion, y no transferírsele por consiguiente su dominio, que es el que presta título para su adquisicion, no los llevará, como mas latamente explicaré en el cap. 2. §. 4. del lib. 2. de este tratado desde el n. 116. al 134. A mas de que el heredero no está obligado á tener los frutos del tercio en sus tierras, y criarlos, para que el marido lleve la tercera parte de ellos, hasta que maduren.

48 Pero debe tenerse presente que para la deduccion de esta tercera parte legada se han de valuar no solo los bienes muebles, y raices que la muger dexó, sino tambien el aumento que estos recibieron con los frutos, en el estado que se hallen al tiempo de su muerte: y despues de baxado, y separado lo que al marido corresponde como tal por razon de frutos, atendido el tiempo de su matrimonio, se agregará el resto de éstos al valor de los bienes, y hecho un cuerpo, se sacará el tercio legado para aplicárselo del mismo modo que si todos fueran bienes muebles, ó raices, y no hubiera frutos (4).

(1) Ley 26. inserta, y ley Divortio, ff. Solut. matrim. (2) Ley Si quis bonorum, ff. de Legat. 1. Parlad. different. 131. n. 13. (3) Ayor. de Partit. part. 2. quæst. 39. (4) Ayor. part. 1. cap. 9. n. 2. y 3. Gom. en dicha ley 53. de Toro, n. 33. vers. Adde tamen circa superiora.

49 Se limíta la conclusion sentada en los nn. 38. y 39. quando el marido ántes de contraer matrimonio por palabras de presente, percibió frutos del predio de la esposa; pues éstos aumentan su dote, y aunque vivan juntos, no tocan al marido; pero si vistió, y mantuvo la esposa en el intermedio que se celebró la boda, y ésta tardó en efectuarse despues de contraidos esponsales de futuro, v. gr. porque no tenia la edad competente para casarse, ó por otro motivo, ó se anularon los esponsales, y no se efectuó, hace suyos los frutos percibidos en compensacion de los gastos hechos en mantenerla (1).

50 Se limíta igualmente quando el marido lleva al matrimonio, ó durante éste hereda, ó le donan alguna finca con frutos sazonados, ó maduros, y próximos á su recoleccion, pues éstos aumentan su capital; por lo que si falleciere la muger ántes que se cojan, los llevará el marido íntegramente como suyos; y lo própio sucederá á su muger, si la finca es suya, por haberla llevado inestimada en dote, ó heredado durante el matrimonio con frutos en estado de cogerse, porque como pendientes la siguen, y son una cosa con ella, considerado su actual estado, y no en otros términos. Y si el dueño del fundo falleciere acabada de hacer la recoleccion, se observará lo mismo, sacando en este caso de su total valor la mitad de los gastos hechos en ésta para el otro cónyuge, por haberlas suplido de su caudal, y lo líquido será para el dueño de la finca. Y aunque parece que estos frutos debian dividirse indistintamente por mitad, como los demás, no será así, porque milíta diversa razon, y es la de no haberse sembrado, ni cultivado á costa de la compañía, ni nacido, ni sido producidos, ni aumentados en ella; y siendo como es el motivo de conceder la ley la mitad, el que se produzcan, ó aumenten durante la sociedad, y se siembren, y cultiven á costa de ámbos cónyuges, y no del uno solo (como se prueba de la ley 2. tit. 3. lib. 3. del Fuero Real, que cerca del fin dice: *Cá así como la costa es comunal, así lo que ganáren, sea comunal de ámbos*; y se colige de la 10. tit. 4. del mismo libro, inserta en los precedentes nú-

(1) Ley 28. tit. 11. Partid. 4. ley Si ante nuptias, ff. Solut. matrim. y ley Dotis fructus, ff. de Jure dot. Matienz. en dicha ley 4. tit. 9. lib. 5. glos. 1. n. 3.

meros) cesando esta razon, debe cesar su disposicion, por no hablar en este caso.

51 Pero si los frutos estuvieren parecidos solamente en el fundo heredado por el marido, ó por su muger durante el matrimonio, ó llevado á éste: y sin repudiar los gananciales falleciere qualquiera de ellos despues de su recoleccion, cuyo caso es diverso del propuesto en el n. 45. ¿cómo se dividirán? El dueño de la finca llevará el valor que se estime tenian quando la entró en el matrimonio sin descuento, y el aumento que tuvieron hasta la cosecha se dividirá por mitad, deducidas de éste las expensas de cogerlos, por haberse ganado, y acrecentado durante la sociedad conyugal (1). Y si el fundo de la muger fué estimado con estimacion que causó venta, en este caso como que los frutos lo fueron con él, y se transfirió el dominio de todo al marido, los hará suyos éste, atenta su obligacion de responder de su valor, y estimacion (2).

52 Si la finca ya sea del marido, ó de su muger, estuviere arrendada, y al tiempo de fallecer su dueño, ó el otro cónyuge, tuviere frutos pendientes sembrados, y beneficiados á costa del colono, se dividirá la pension, ó renta que éste debe pagar, á prorrata del que en aquel año natural duró el matrimonio, y la restante será privativa para el dueño de la finca, ó para sus herederos, y no se partirá por mitad entre los dos, porque el cónyuge que no es dueño, ningun trabajo puso en su siembra, cultivo y beneficio, ni hizo gasto en ellos: y como falta este requisito tan preciso, y no tiene dominio en el fundo, debe percibir únicamente utilidad de él miéntras dura la sociedad, por cuya extincion espira el lucro, y su derecho á él; v. gr. murió en fin de Enero, y la pension que el conductor paga anualmente, son 1200 reales: en este caso el dueño llevará toda la pension que se devengue desde primero de Febrero hasta Santa María de Agosto de aquel año, en que se coge la mies, y se estipula el pago: y la vencida desde Santa María de Agosto del anterior, en que empezó el natural, hasta fin de Enero, se dividirá por mitad entre ámbos cónyu-

(1) Ley Per hoc judicium 4. §. Sicut autem 3. vers. plane, ff. Communi dividundo. Ayor. dicho cap. 9. n. 2. y 3. Escobar, de Ratiocin. cap. y comput. 19. n. 6. Acev. en la ley 4. tit. 9. lib. 5. Rec. n. 27. (2) Escobar, ibi n. 5. vers. Quod ad veritatem, y otros que cita.

ges, como socios. Lo qual procede, aunque la finca sea de la muger, y el marido la haya arrendado, porque en estos contratos, y otros semejantes, no obstante que el marido solo los celebre, siendo celebrados con buena fe, se conceptúan hechos por ámbos para acrecentar las utilidades de la sociedad; pues como dueño de sus bienes, administrador legítimo de los de su muger, y cabeza de ésta, y de la sociedad conyugal, lo gobierna todo á nombre de los dos, y es lo mismo que si juntos concurrieran. Y si el arrendamiento fuere de viñas, olivares, ú otras cosas semejantes, se girará la cuenta contando desde la última cosecha hasta el dia del fallecimiento del cónyuge (1); pues así lo practican los contadores inteligentes como justo.

53 Siendo vinculados, ó de mayorazgo los bienes, cuyos frutos pendientes se han de partir, se debe distinguir: si estando ya casados, recae en qualquiera de ellos el mayorazgo, y los frutos están próximos á su recoleccion, debe ser privativo del que entra á poseerlo, lo líquido que le toque en la particion con los herederos del último poseedor, sacados los gastos, sin que á ello tenga el otro cónyuge el mas leve derecho, porque como no fué ganado á costa del trabajo de ámbos, ni aumentado durante la compañía á causa de hallarse ya maduros, y perfeccionados, no versa la razon, y motivo de la ley para su division por mitad. Pero si no estuvieren en esta disposicion, llevará la mitad de lo que toque al cónyuge sucesor, por el incremento que hayan adquirido, pues lo que valian hasta el dia inclusive que falleció el último poseedor, toca á sus herederos, y el aumento desde allí en adelante al sucesor, ó á su testamentaría, si muere ántes que se dividan: baxándose, y pagándose proporcionalmente así por éste, y por su muger, como por la testamentaría del último poseedor los respectivos gastos hechos en labores, siembra, recoleccion y demás, aplicando su importe á quien lo hubiere desembolsado; de suerte que si el sucesor, y su muger hicieron solamente los de recoleccion, y el último poseedor todos los demás, ha de exîgir cada uno ante todas cosas del total cúmulo los suyos, y el resíduo líquido es lo partible, y respectiva, y proporcionalmente comunicable á la testamentaría del último

(1) Ayor. dicho cap. 9. n. 4. y 5.

poseedor, y al sucesor, y á su muger. Bien entendido, que para hacer esta division, se ha de contar siempre el año natural desde cosecha á cosecha, y no el civil desde Enero á Enero, por la razon expuesta en el n. 32.

54 Si estando poseyendo el mayorazgo el marido, muere, dexando frutos pendientes, y mostrados en los bienes de él, que labraba por sí, tocará á su muger la mitad de lo líquido de ellos correspondiente al tiempo que su marido vivió, y tuvo el dominio, y posesion de sus fincas, pues lo demás hasta su recoleccion es del sucesor, á cuya mitad no tiene derecho, porque en el instante que falleció su marido pasó el dominio de estas á otro, lo qual no sucede quando son libres, porque se quedan en la herencia, y como de éste son partibles; por lo que y porque continúa la sociedad conyugal, subsisten proindiviso hasta que se cogen los frutos: pues todos los interesados tienen derecho cumulativa, é indistintamente á todo lo partible, y á nada determinado; lo que al contrario siendo vinculados, porque inmediatamente se transfieren su dominio, y posesion en persona cierta, que es el sucesor, el qual aunque sea hijo único del poseedor, es reputado como extraño para el caso, porque no entra en la del mayorazgo por derecho hereditario, como en los bienes libres, ni adquiere con este respecto su dominio, por no ser de su padre; por lo que no se puede decir que en quanto á sus fincas continúa la sociedad conyugal como si su padre viviera.

55 Si la muger es la que fallece, y el mayorazgo es del marido, toca á sus herederos por su representacion la mitad de lo líquido de dichos frutos pendientes, y mostrados de qualquier clase que sean, como sembrados, y nacidos durante la sociedad, y á costa de ámbos; y lo mismo procede con los hijos de animales productivos, que exísten en los vientres de sus respectivas madres: y con los frutos sembrados, y no nacidos, como dexo expuesto en el núm. 42. porque milita idéntica razon, y la ley habla generalmente; sin que se atienda á si vivió, ó no hasta su cosecha, porque como el dominio de los bienes queda en el marido, y por consiguiente en la sociedad: la ley del fuero la concede la mitad quando están pendientes, y son sembrados por ámbos en sus bienes, ya aparezcan, ó no, sin distincion de libres, ó de mayorazgo: y aquí

no hay translacion de su dominio á tercero, como en el caso precedente; por eso lo mismo es que sean libres, que vinculados, pues militando igual razon, debe obrar la misma legal disposicion. Pero si la finca estuviere barbechada, ó cultivada solamente al tiempo de la disolucion del matrimonio, percibirán los herederos de la muger la mitad de los gastos hechos en sus labores: y el marido la otra mitad con su finca, y tambien los frutos que de lo que siembre, nazcan; y nada de éstos tocará á la muger, ni á sus herederos, al modo que quando es libre, segun senté en el núm. 43. Lo própio debe observarse para con el marido en los casos propuestos, quando fallece ántes, ó despues de su muger, y el mayorazgo es de ésta, pues como correlativos se gobiernan en quanto á los gananciales, y sus frutos por una regla, excepto en los casos referidos en este capítulo, y en el anterior, en los que hay razon de disparidad; lo qual como legal, y justo he visto practicar, aunque en ningun autor tocado con esta distincion, y proligidad.

56 Si los bienes fructíferos del mayorazgo están arrendados se dividirán las pensiones á prorrata del tiempo que vivió el difunto, y no mas, ya muera primero, ó despues su poseedor: y el difunto no llevará mas que la mitad de las devengadas en su vida, porque no puso trabajo, ni hizo gasto en sus labores, ni siembra, como en los casos precedentes, segun dexo sentado en el n. 52. en quanto á los bienes libres. Lo própio milita siendo alquileres de casas, réditos de censos, juros ú otros efectos semejantes por la misma razon. Previniendo que por lo concerniente á las pensiones de bienes fructíferos se ha de contar el año natural de cosecha á cosecha: y por lo respectivo á las de censos, juros, casas y demás efectos, ó consignaciones, al plazo en que cumple el contrato, y se deben satisfacer, por las razones expuestas en los números 35. 36. 37. y es lo que practican los inteligentes.

57 ¿El marido hará, ó no suyo como fruto dotal el tesoro hallado en la finca que su muger llevó en dote, y se estimará aumento de ésta, y deberá por consiguiente restituírselo? Supongo lo I, que el tesoro es un depósito antiguo de dinero, que no hay memoria entre los hombres de quándo se escondió, ó puso en aquel sitio, ni quién, ni tampoco se sa-

be á quién pertenece (1). Lo II, que para llamarse con propiedad tesoro verdadero, deben concurrir copulativamente ámbas circunstancias: pues si consta que ha poco tiempo que el dinero se escondió, no se juzgará serlo, ni lo hará suyo el inventor (2); y lo mismo sucederá, si por algun papel, ó instrumento puesto con él, se acredita quién lo escondió, en cuyo caso tocará á sus herederos; á los que no se podrá oponer la excepcion de prescripcion, porque la alhaja clama siempre por su dueño en qualquiera parte que esté: y no habiéndolos, lo llevará el fisco como bienes vacantes (3). Y lo III, que el tesoro no es fruto natural, ni civil de la finca (4), ni parte de éste, sino una cosa totalmente separada, que nada de comunion tiene con él (5).

58 Supuesto lo referido, digo que si el marido halla el tesoro en la finca dotal de su muger, lo retendrá todo, la mitad para sí como su inventor, al modo que si lo hubiera hallado en el de otro extraño: y la otra mitad para su muger como dueña de la finca en que estaba depositado (6); y si no lo halla, percibirá solamente la mitad como tal marido, la que en este concepto retendrá miéntras subsista su matrimonio; pero disuelto éste, la restituirá quando la finca, y demás bienes dotales á su muger, ó á sus herederos, porque no es fruto de él, sino aumento de la dote, el que no le está concedido como los frutos de ésta para superar las cargas matrimoniales, por cuya razon no lo hace suyo (7). Todo lo explicado en órden á tesoros, es arreglado al derecho comun; pero hoy el inventor del tesoro tiene solamente la quarta parte, si da cuenta, como debe á la Justicia de su invencion, segun lo ordena la ley 3. tit. 22. lib. 10. Nov. Rec. posterior á la 45. tit. 28. Part. 3. que disponen en otros términos: pues los tesoros son del Rey, y no de los dueños de las fincas en que se hallan.

(1) Ley Nunquam 31. §. Thesaurus, ff. de Acquir. Rer. Domin. Bursat. consil. 209. n. 1. (2) Ley A tutore 67. ff. de Reivindicat. ley Thesaurus, ff. Ad exhibend. et ibi glos. 1. ley Si uxori, §. Cum ita, ff. de Aur. argent. legat. Garcia de Expens. cap. 22. n. 56. (3) Leyes 1. y penult. Cod. de Bon. vacant. lib. 10. (4) Ley Divortio 8. §. Si fundum al fin, ff. Solut. matrimon. (5) Ley 5. §. Neratius, ff. de Acquir. posses. et ibi glos. vers. Cœpisse. (6) Glos. en la ley Unic. Cod. de Thesaur. Barbos. en dicha ley Divortio, y §. Si fundum, n. 23. (7) Dicho §. Si fundum, et ibi glos. Gutier. de Tutel. part. 3. cap. 26. n. 15. 16. y 19.

59 Las canteras, ó pedreras de la finca dotal, de donde se sacan jaspes, mármoles y otras piedras, si no están abiertas al tiempo del casamiento, y son de tal naturaleza que crecen, y renacen, tocará al marido el producto de las que de ellas corte, y extraiga, porque son frutos (1). Lo qual se entiende, aunque la finca sea esteril, y ninguna otra cosa produzca (2). Y lo mismo será, si las piedras no renacen, pero por su extraccion se constituye la finca mas útil, y fructifera que ántes, de modo que se puede cultivar, y dedicar á otro destino mejor (3). Mas si la finca no se hizo mas fructifera, y provechosa, pertenece á la muger el producto líquido de las piedras que se extraigan, el que aumentará su dote, y no lo hará suyo el marido, porque por no ser fruto, á causa de no renacer, ni poderse compensar con otra utilidad de la finca, no le está concedido para superar las cargas de su matrimonio (4). Pero si quando éste se contraxo, estaba abierta la cantera, ó vena, corresponderá al marido, porque es visto habérselo dado en dote su muger con este ánimo, excepto que conste expresamente lo contrario de su voluntad; pues quando alguna cosa que está destinada á cierto uso, se da para que se disfrute, se entiende darse para el que siempre tuvo (5). Lo própio milita para con los minerales, y otras cosas que no renacen.

(1) Ley fin. ff. de Fundo dotal. ley Divortio cit. §. Si vir in fundo, vers. Nisi talis sit :: (2) Alex. In leg. Si fundus, n. 3. ff. Solut. matrim. Campec. de Dote, part. 2. quæst. 31. Barbos. in dict. §. Si vir in fundo, n. 3. Gutier. de Tutel. part. 3. cap. 25. n. 2. (3) Sr. Molin. de Primog. lib. 1. cap. 23. num. 8. y 9. Garcia dicho cap. 22. n. 48. Barbos. ibi 1. Gutier. ibi n. 8. al 13. (4) Dicho §. Si vir in fundo, et ibi DD. Gutier. ibi n. 17. y 18. (5) Ley Si fundus 9. ff. Solut. matrim. et ibi glos. ley Item si fundi, ff. de Usufruct. Gutier. dicho cap. 25. n. 14. y 15. y cap. 27.

CAPÍTULO VI.

De dónde se deben baxar las arras, joyas, alimentos, luto y vestido ordinario de la viuda, y el lecho quotidiano de ámbos cónyuges.

§. 1.

Cómo, y de dónde se han de deducir las arras, y joyas, ó preséas, y vestidos que el novio da, ú ofrece á su muger futura.

1 Separado del cuerpo del caudal inventariado el importe de los respectivos capitales que los cónyuges entraron en su conyugal sociedad: baxadas las deudas que miéntras duró, contraxeron: y liquidadas, y partidas con igualdad las utilidades, ó ganancias que resulten: lo que debe practicar el contador partidor, es unir la mitad de éstas á todo lo que por sus derechos toca á la muger, y la otra mitad á lo que por el suyo corresponde á su marido: y del total privativo haber de éste, y no del caudal comun deducir las deudas que ántes de casarse contraxo, por incumbirle peculiarmente, y no á la sociedad su satisfaccion, como dixe en el cap. 3. §. 3. n. 69. de este libro.

2 Entre las deudas particulares, y privativas del marido están las arras que ofreció á su muger futura soltera, ó en su nombre su padre, ú otro con título de recompensa, cautela y mayor seguridad de su dote, ó por honor del matrimonio, ó en remuneracion de su virginidad, y prendas personales (1); pues aunque es voluntario el dárselas, ú ofrecérselas, por no obligarle á ello ley alguna, como he sentado en el cap. 4. de mi primera parte, núm. 27. y 28. pero despues de ofrecidas, está obligado eficazmente á su solucion, porque (2) á quanto se obliga el hombre, á tanto lo queda; por cuya razon se han de exigir de sus bienes própios como deuda contra ellos, pues

(1) Parlador. Different. 125. n. 7. y 8. (2) Ley 1. tit. 1. lib. 10. Nov. Recop

la muger las hace suyas, y por su muerte tocan á sus herederos legítimos, y extraños si no dispone expresamente de ellas (1): ó no intervino pacto contrario al tiempo de su oferta, el qual puede poner el promitente entónces, y no despues á su arbítrio, ó hacerla simplemente, como que es donacion puramente voluntaria, y graciosa, procedente de liberalidad, y generosidad del novio.

3 Puede el marido, ó esposo ofrecer arras á su esposa, ó muger ántes de contraer matrimonio, y aumentarlas despues, si ella aumenta su dote, y valdrá la promesa, con tal que no exceda de lo que la ley permite, pues su constitucion no es donacion simple, sino *propter nuptias* (2); y el marido no debe enagenarlas, ni disiparlas, aunque sea con su permiso; y si ella se muere, y dexa hijos, miéntras vivan éstos, excepto que se las dé apreciadas, ó ella concurra al contrato de enagenacion, y lo jure, renunciando el derecho hipotecario que tiene contra los bienes de él, al modo que en la dote, porque tocan á sus herederos, como he sentado en dicho cap. 4. de mi primera parte, §. 1. núm. 32. No me detengo en explicar en qué convienen, y se diferencian las arras (que hoy son lo mismo que la donacion *propter nuptias*, como subrrogadas en su lugar) de la donacion *ante nuptias*, que antiguamente se usaba: de ella tratan *Antonio Gomez* (3), y otros muchos.

4 Ántes que trate del modo de deducir las arras, es indispensable explicar qué cantidad puede dar, ú ofrecer con este título el novio á la novia, ya tenga bienes libres, ó vinculados, ó ningunos, quando se casa. En los Pueblos, y Provincias en que no rigen las leyes del fuero, se observarán las suyas, ó el uso, y costumbre que haya, ó lo que los contrayentes pacten en los contratos nupciales, aunque éstos se otorguen fuera de ellos, si se casan para irse á vivir allá, ó con arreglo á las leyes, uso y costumbre de los referidos Pueblos. Pero en estos Reynos de Castilla en que acerca de las arras, joyas y vestidos están en observancia las leyes del Fuero Real, ningun novio puede dar,

(1) Leyes 1. y 2. tit. de las Arras, lib. 3. del Fuero Real, y 2. y 3. título 3. lib. 10. Nov. Rec. (2) Ley 1. tit. 11. Part. 4. Ley Cum multi, §. Si igitur, y ley Si constante, Cod. de Donation. ante nupt. §. Est, & aliud. Institut. de Donation. (3) En la ley 50. de Toro desde el n. 9. al 13. Castillo en ella, n. 6. Parladorio differ. 128.

ni ofrecer á la novia soltera por via de arras, ó donacion *propter nuptias* mas que la décima parte líquida, y efectiva (deducidas deudas) de los bienes libres suyos própios, que tiene quando se casa (1); la qual puede consignar en finca, ó alhaja determinada que la importe: ó en el total de los que tiene, y tuviere en adelante indistintamente: ó *en los mejores, y mas bien parados que tenga*: de cuyos casos en el I, la aplicará su importe el contador en la misma alhaja como su hipoteca especial consignada: en el II, en qualesquiera bienes de la herencia, porque en todos se las ofreció indistintamente; por lo que si dexa deudas á su favor, se la aplicará en ellas lo que proporcionalmente la corresponda de buenas, malas y medianas, que es á lo que en este caso tiene derecho, y no á que todo su importe sea de lo florido, y mas efectivo: y en el III, en los mejores, y mas exêquibles, que son el dinero, plata y oro por su intrínseco valor, bienes raices, y derechos perpetuos redituables; y á falta de ellos en los mas útiles; pues esto significan las palabras: *mejores, y mas bien parados*, como á mi instancia se declaró. Lo própio milita para con el padre, ó madre del novio, pues tampoco pueden dar á su novia en arras mas que el diezmo de lo que de ellos herede su hijo, como lo ordena la ley 1. al fin. tit. 2. lib. 3. del mismo Fuero Real: *E si el padre, ó la madre quisiere dar arras por su fijo, no pueda dar mas del diezmo de lo que puede heredar dellos.* Y así se usa.

5 Aunque el novio ofrezca á la novia por mero título de arras mas que la décima, y renuncie la ley del fuero que se cita, no vale su renunciacion, por ser prohibitiva por la utilidad pública, ni tampoco la oferta en el exceso, ni el contador la debe abonar éste con dicho título, ni en ello puede dispensar el Consejo de la Cámara, y así se ha de reducir á la décima de los que tiene, ó tenia al tiempo de su oferta, segun se haya constituido ésta; y el Escribano que autoriza instrumento con renunciacion especial, y específica de dicha ley, incurre en perdimiento de su oficio; del qual no puede usar

(1) Ley 2. tit. 2. lib. 3. del Fuero Real; & ibi Rodrig. Suar. y Montalv. Com. en la 50. de Toro n. 13. Ayor. part. 1. cap. 7. n. 17. y 20. Matienz. en la ley 2. tit. 2. lib. 5. Rec. glos. 1. n. fin.

mas, sopena del falsario (1). Pero no incurrirá en ella no siendo especial la renunciacion, no obstante que contenga la general de las leyes del favor del otorgante, porque *las cosas que son dignas de nota*, ó especial atencion, *no se comprehenden en la renunciacion, si no se expresan*, y mucho ménos en lo penal, y correctorio (2). Y si la promesa se corrobora con juramento, dicen algunos que valdrá en el exceso de la décima, porque la prohibicion se estableció á beneficio del marido, el qual puede renunciarla con él (3). Á mas de que la ley del fuero no habla de este caso, y por la 7. tit. 1. lib. 10. Nov. Recop. se permite interponer juramento en este contrato, como he sentado en el cap. 4. de mi primera parte, n. 28. sin que por ello incurra el Escribano en pena alguna: pero entiendo lo contrario, y que la permision de la ley 7. se circunscribe á afirmar mas con el juramento lo que permite la del fuero, y no el exceso, como expone *Gutier.* en el lugar que se cita, n. 4.

6 Y si el novio ofrece á la novia en los contratos nupciales el quinto de sus bienes *para que lo haya por via de arras, donacion propter nuptias, ó como mas le convenga, ó haya lugar en derecho*, y fallece abintestato ántes que ella con hijos, ó sin ellos: ó baxo de testamento, sin revocar la oferta en el exceso de la décima; parece que el quinto se deberá limitar, y restringir á ésta, y que en el exceso será nula la oferta por la prohibicion que las leyes del fuero imponen, segun queda sentado: y porque en este contrato no puede ofrecerla mas, y de hacerlo, defrauda las referidas leyes, y las contraviene. Mas no obstante, lo llevará íntegro: su mitad (que es la décima) por razon de arras con arreglo á la ley del fuero: y la otra mitad como parte, y legado del quinto; lo I, porque para percibirlo todo la competen dos acciones, que aunque diversas por ser distintos sus respectos, son compatibles, y no contrarias, ni repugnantes entre sí, por lo que ni se confunden, ni la una excluye á la

(1) Leyes 1. y 7. cap. 2. tit. 3. lib. 10. y Ley 8. tit. 3. Libro 10. y ley 2. tit. 8. lib. 10. Nov. Rec. Gom. ibi n. cit. Matienz. ibi n. 1. y sig. glos. 2.

(2) Arg. leg. Item apud Labeonem, §. Hoc edictum, ff. de Injuriis. Castill. en la ley 50. de Toro, verb. Renunciar, num. 7. Matienz. en dicha ley 2. glos. 3. n. 1. (3) Gom. ibi vers. Item si talis. Gutier. in Authent. Sacramenta puber. num. 23. y de Juram. confirm. cap. 13. n. 2. Baez. de Non meliorand. filiab. cap. 29. n. 6. y 12. Matienz. en dicha ley 2. glos. 2. num. 6. Acev. en ella, n. 12. Castil. ibi. Ayor. part. 1. cap. 7. n. 19.

otra. Lo II, porque puede usar de las facultades que la ley del fuero citada, y la 28. de Toro le conceden, y en hacerlo, no las contraviene, y á nadie grava, ni injuria. Lo III, porque dicha ley 28. le permite disponer por contrato, ó en última voluntad del quinto, y no prescribe en qué contrato ha de ser, ni prohibe que sea en el de casamiento; y así en qualquiera puede donarlo, pues *lo que no está prohibido, se entiende permitido, y quando la ley no distingue, no debemos distinguir.* Y lo IV, porque la disposicion, y contrato dudosos se han de interpretar segun lo que es creible, regular, y verosímil quisieron el testador, y contrayente, y es mas á propósito para que tengan efecto su voluntad, y contrato (1), y respecto no infringirlo, y ser conforme la suya en esta parte con las leyes referidas por los distintos fines á que se dirigen, y por la amplitud; *ó como mas haya lugar en derecho* de la oferta; y deberse conciliar con ellas en todo lo que no se opongan: por eso la novia viuda del promitente debe percibirlo íntegro, si su difunto marido no revocó como pudo, el exceso de la décima, pues es diferente motivo, y respecto para su percibo. Á mas de que qualquiera quota se puede dividir en varias partes, sin que la una se confunda con la otra, ni la destruya; y así la del quinto, se dividirá en dos décimas, la una como dotacion, ó arras, y la otra como donacion revocable, que si no se revoca, se estimará por legado. Por lo que se advierte que si muriendo con testamento, dexa legados que consuman la décima íntegra, y tenia hijos quando se casó con su viuda, se aplicará á ésta una décima por razon de arras, y la otra décima se prorrateará entre ella, y los legatarios, si no la revocó, baxando previamente los gastos funerarios, misas, y demas sufragios: y si abintestato, la llevará toda, deducidos éstos. Y si no tenia hijos al tiempo de casarse, ó aunque los tuviese, si durante su vida murieron sin sucesion, llevará la décima, y del quinto íntegro de sus bienes se baxarán los legados, y gastos expresados, y el residuo de éste será para ella, pues á falta de legítimos descendientes, puede ofrecer la décima íntegra á la novia, y disponer despues del quinto, lo qual le está prohibido quando los tiene al tiempo de casarse, como diré en el

(1) Ley Cum in testamento 24. ff. de Reb. dub. y leyes Quotiens 20. in obscuris 114. y Ea, quæ 192. ff. de Reg. jur.

n. 28. bien que si los referidos gastos, y legados no consumen en este caso la mitad del quinto, será el sobrante de esta mitad para los herederos, porque la viuda no tiene derecho á mas que á la otra mitad que se le ofreció en el contrato dotal, y es visto que en nada mas quiso beneficiarla su marido, por lo que el contador no debe ampliar su voluntad á otra cosa que á lo que en vida, y muerte manifestó expresamente; y si consumen la mitad íntegra, y parte de la otra mitad, deberá contentarse con el residuo de ésta. Y para evitar disputas originadas de falta de inteligencia de las leyes, se dirá en la oferta, *que se la hace del quinto para que lo haya, la mitad que es la décima, por via de arras, y donacion propter nuptias con arreglo á la ley del fuero, y la otra mitad en caso de no revocarla, como donacion de parte de dicho quinto, segun se lo permite la 28. de Toro, ó como mas la convenga, y haya lugar en derecho, para que sea eficaz, y no se invalide en cosa, ni parte alguna.* Lo que tendrá presente el Escribano, pues nadie toca este caso, y se alucinan muchos en su resolucion, bien que sin fundamento sólido. Y lo mismo procede para con el tercio, teniendo ascendientes segun la ley 6. de Toro, porque militan las própias razones.

7 Sin embargo de que el novio ningunos bienes tenga quando se casa, puede prometer arras á su esposa de los que en lo sucesivo adquiera, y valdrá la promesa en la décima parte líquida de ellos, como lo dice la ley 2. tit. 2. lib. 3. del Fuero Real: *Si alguno fuere tan pobre en el tiempo que casare, que no obiere de que dar arras, é prometiere á la muger con quien casa, que gelas dará de aquello que despues ganare: mandamos que quando quier que demandare á su marido que le entregue las arras que le prometió, que se las dé, de guisa que no le dé mas que del diezmo de quanto obiere al tiempo que gelas demandare.* Pues entónces se atiende al tiempo en que se piden, y no al en que se prometieron (1); y así se practica, porque á todos está permitido obligar sus bienes futuros, al modo que los presentes, al cumplimiento del contrato que celebra.

8 Así como el novio mayor de 25 años, y capáz puede

(1) Gom. ibi dicho num. 13. Matienz. ibi glos. 1. n. 5. Baez. cap. 31. num. 10. al fin. Ayor. dicho cap. 7. n. 8.

dar, ú ofrecer arras á la novia, así tambien el menor de ellos hasta en la cantidad referida, sin que sobre ello deba ser restituido, porque hace lo que qualquiera mayor y prudente (1). Lo qual se entiende quando no tiene curador para la administracion de sus bienes, pues teniéndolo, ha de intervenir su autoridad, y de lo contrario será nula la donacion, y promesa (2), excepto que se confirme por su silencio despues que sea mayor de ellos. Y se entiende tambien quando la donacion consiste en dinero, ó en cosas que guardándolas, no pueden conservarse: pues consistiendo en bienes raices, no basta la concurrencia de su curador, por ser indispensable la licencia, ó decreto judicial (3). Bien que si ésta no interviene, y pasan años despues de cumplidos los 25 sin reclamarla, se confirma, y queda eficáz, al modo que la enagenacion de cosa inmueble que se hace por título oneroso (4).

9 Ofreciendo el novio á su futura esposa cantidad cierta en arras, confesando que cabe en la décima parte de los bienes libres, que entónces tiene, y caso que no quepa, haciéndole la consignacion en los que en adelante adquiera, aunque quando contraxo matrimonio, no cupiese en ella, si al tiempo de su disolucion tiene cabimiento, se la debe aplicar, ó lo que de ella quepa (5), al modo que quando ningunos tiene, y le ofrece la décima de los que tenga, como dexo sentado en el n. 7. pues los pactos nupciales son válidos, y se deben observar, no estando expresamente prohibidos por derecho (6). Y lo própio milita si al tiempo de su oferta, expresa *que en el caso de que su esposa le premuera, ha de entenderse nula la oferta, y no pudérsele exîgir su importe aunque dexe herederos forzosos.* O siendo viudo, y teniendo hijos del anterior matrimonio, dice: *que si*

(1) Arg. leg. Non videtur, Cod. de In integrum restitution. ley 1. Cod. Si adversus donation. y ley Cum plures, §. fin. ff. de Administrat. tutor.

(2) Ley Si curatorem habens, Cod. de In integrum restitut. y ley 2. y ley Mulier 28. Cod. de Jure dotium. (3) Ley Lex, quæ tutores, Cod. de Administrat. tutor. y ley Prædia, Cod. de Prædiis minor. (4) Ley final, Cod. Si major factus alienationem factam. Gom. en la 50. de Toro n. 14. Matienz. en dicha ley 2. glos. 1. n. 3. Sr. Covar. Pract. cap. 28. n. 10. (5) Ayor. part. 1. cap. 7. n. 18. Rodrig. Suar. en la ley 1. y Montalv. en la 2. tit. 2. lib 3. del Fuero Real. Villadieg. in. Polit. cap. 7. de la instruccion n. 17.

(6) Ley unica, §. Illud, Cod. de Rei uxoriæ action. & ibi Barbos. Fontanel. de Pact. nuptial. part. 12. glos. 84. n. 5. Guerreir. de Division. lib. 8. cap. 5. n. 1. al 3.

su esposa falleciere ántes que él, se entienda nula la oferta, y no pueda pedírsele jamás su importe por los herederos legítimos, ni extraños que instituya, y solo por su muerte tengan derecho á él los hijos que procreare en ella, y quando se haga la division de sus bienes, puedan exigirlo de estos como crédito privilegiado: y para con otro pacto permitido que como donante quiera imponer segun puede, en la donacion al tiempo de hacerla; por lo que el contador para abonarla, ó dexarla de abonar, ó á sus herederos las arras, debe tener á la vista lo capitulado en las escrituras nupciales, y arreglarse á ellas.

10 Pero si en la escritura de promesa no habló de sus bienes presentes, ni futuros, y solo dixo simplemente, *que ofrecia en arras á su esposa tanta cantidad*, y al tiempo que se la prometió, no cabia en la décima de sus bienes, ó por ser pobre ningunos tenia, no valdrá la oferta en la décima de los que despues adquirió, porque *en los contratos siempre se presume que cada uno quiere gravarse, y á su heredero en lo ménos que pueda, y las obligaciones no se deben ampliar fuera de la voluntad de los contrayentes, ni interpretarse en su detrimento con ampliacion, sino con restriccion*; y así á esto se reduce, y debe reducir la suma ofrecida (1).

11 Se entiende lo explicado en el número precedente aunque el novio obligue en la escritura sus bienes presentes, y futuros: pues por esta obligacion general no se induce que quiso ampliar la promesa á mas de los que tenia quando la hizo, porque ésto mas es seguridad de la precedente, que ampliacion, y extension de la promesa: y las palabras que se refieren á la execucion, no alteran, ni mudan la disposicion (2).

12 Si al tiempo que el marido, ó esposo ofreció las arras á su futura esposa, y al de su muerte tenia bienes, y la prometió indistintamente á su eleccion la décima parte de ellos, se ha de atender, y mirar para su deduccion, y abono al que sea mas útil á la muger, ó á sus herederos (3), porque tienen ac-

(1) Ley Semper in stipulationibus, ff. de Regul. jur. ley Cum certum, ff. de Tritico, & oleo legat. y ley Si quis à filio; §. 1. ff. de Legat. 1. Ayor. dicho n. 18. vers. Sed quid erit. (2) Clementin. 1. de Præbend. Alex. in leg. Quæ dotis 34. n. 12. y Jason. num. 41. ff. Solut. matrim. Sr. Covar. in Rubr. de Testam. part. 2. n. 38. vers. Tertia conclusio. Carlev. de Judic. tit. 1. disp. 5. n. 34. (3) Castill. en la ley 50. de Toro, num. 9. vers. Secundo casu. Ayor. part. 1. cap. 7. n. 18.

cion á elegir el que quieran, segun les convenga, con arreglo á la promesa, y obligacion del prometente, cuya voluntad fué beneficiarla, para lo qual han de hacer constar qué bienes tenia en ámbos tiempos; al modo que quando la muger posee las arras que le dió su marido, incumbe á los de éste probar que exceden de la décima, para anular el exceso (1). Y si su oferta se limitó á la décima de los que entónces tenia, y eran suyos, no se debe ampliar á los que despues adquirió, porque no los obligó, ni por consiguiente la concedió accion á la de éstos.

13 No solo puede el novio ofrecer arras á su futura esposa, siendo soltera, sino tambien siendo viuda, sin diferencia, porque no se deben por derecho, sino por pacto voluntario, y contrato celebrado entre los dos, que debe observarse, por no haber prohibicion de que se la dén, ni ofrezcan; pero teniendo hijos de dos, ó mas maridos la muger, no han de percibir los del uno parte alguna de las arras que el otro la ofreció, sino llevar cada uno las prometidas por su respectivo padre (2). Lo que observará el contador, pues por haberse vuelto á casar, debe reservárselas, como en su lugar diré. Y aunque la tercera del mismo título hace mencion de la manceba, (que entónces llamaban así á la que ahora doncella, ó soltera) es porque por lo regular mas se ofrecen á las doncellas, que á las viudas; pero si el novio las diere, ú ofreciere á éstas, las harán suyas como aquellas (3). Y como la misma ley 1. hablando con la muger, dice: *E si la muger habiendo fijos de aquel marido, finase, puede dar por su alma la quarta parte de las dichas arras á quien quiera, é las tres partes finquen á los hijos de aquel marido de quien las hubo*, se duda, ¿si podrá mejorar á alguno de sus hijos procreados en aquel matrimonio, en el tercio, y quinto del importe de las arras, ó legar el quinto á extraño: y por consiguiente si su total se deberá juntar con los demás bienes suyos para deducir el tercio, ó quinto, ó entrámbos? Y digo que en ámbos casos se debe juntar, no mandando lo contrario, ó

(1) Rodrig. Suar. en la ley 1. tit. de las Arras, lib. 3. del Fuero Real, fol. 6. vers. Circa hanc partem, al fin. Sr. Covar. lib. 2. Var. cap. 6. n. 7. Matienz. en dicha ley 2. glos. 2. num. 7. y 9 (2) Ley 1. tit. de las Arras, lib. 3. del Fuero Real. (3) Palac. Rub. in Repet. fol. 7. col. 3. vers. Advertendum. Rodrig. Suar. en dicha ley 1. fol. 25. vers. Præmitte. Gom. en la 50. de Toro, n. 13. cerca del fin. Ayor. de Partit. part. 1. cap. 7. n. 31.

no probándose estár en observancia la dicha ley (1); porque todos son bienes suyos, de los que no se ha de hacer distincion ni separacion, excepto que intervenga su precepto, ó el uso contrario; lo qual he practicado, y visto practicar, y prevengo al contador partidor para su inteligencia.

14 Ofreciendo el novio á la novia mucho mas que lo que importa la décima parte de sus bienes, (v. g. siendo viejo, y rico, y ella jóven, hermosa, pobre y noble) no por via de arras, sino como dote, ú donacion, premio, y remuneracion de su nobleza, hermosura y juventud, valdrá, porque es donacion remuneratoria, la qual está permitida (2), y no simple, porque ésta está prohibida por derecho entre marido, y muger (3); por lo que se la aplicará, con tal que si tiene descendientes legítimos, no exceda del quinto, y si ascendientes, del tercio, en que respectivamente los puede perjudicar (4); pues careciendo de unos, y otros, la puede instituir heredera. Y sin embargo de que algunos dicen que esto es defraudar la ley socolor de remuneracion, porque una vez que se conforma la novia en casarse con el viejo, ya se constituyen iguales, y no hay disparidad, (pues lo demás será casarse por interés, y no por amor segun debe celebrarse el matrimonio, y venderse por la donacion, lo qual es roburoso) se debe seguir, no obstante, lo expuesto, excepto que se pruebe haberse hecho con el ánimo de cometer fraude, porque una cosa es dar dote, y otra muy diversa dar arras; y aunque la dote que el padre da á su hija, y las arras que el novio da, ú ofrece á la novia, tienen tasa por las leyes Reales; mas no la que el marido, ú otro extraño dan á la muger; y así no excediendo en el caso propuesto del tercio, ó quinto, valdrá; y para evitar dudas, y disputas, se ordenará la cláusula de oferta en los términos, y con la adicion propuestos en la del núm. 6. porque milita aquí superior razon para que no se invalide (*a*).

(1) Escobar, comput. 1. n. 18. y 19. (2) Ley Quod autem 7. §. Si vir, ff. de Donation. inter vir. & uxor. (3) Ley 4. tit. 11. Part. 4. Leyes 1. 2. y 3. eod. tit. Ayor. part. 1. cap. 7. num. 30. y 31. Gomez en la 50. de Toro, n. 66. y lib. 2. Var. cap. 4. n. 23. & ibi Aillon. (4) Garcia de Donation. remunerator. n. 42. Sr. Covar. lib. 4. Decretal. part. 2. c. 3. §. 3. Cevall. in Specul. Pract. quæst. 273. y 502. Acev. en la ley 2. tit. 2. lib. 5. Rec. n. 11. Parlad. different. 125. n. 10.

(*a*) Aquí para expresar el Señor Gutierrez que no se conforma con lo ma-

15 Aunque el novio no tenga bienes libres quando se ca-

nifestado precedentemente por el Autor, traslada é inserta la decision de las leyes 1. y 7. tit. 3. lib. 10. Nov. Recop. que tratan del señalamiento de la quota en las dotes, que dan los padres á las hijas, de la de las joyas que dan los novios á las novias, y la de las arras que ofrecen aquellos á estas, y concluye afirmando no puede excederse dicha quota, aunque confiesa que dichas leyes no hablan de las insinuadas dotes, pues se tienen por comprehendidas en la expresion general *de contratos*, *pactos ó promesas* que de otra manera se hicieren, y asegura no ser necesario para su nulidad la prueba de haberse hecho con fraude.

Si el Señor Gutierrez hubiera hecho formal cotejo de la doctrina del Autor, habria sin duda omitido esta nota; ¿no confiesa que estas donaciones ó dotes no son comprehendidas en dichas leyes? así lo asegura; si primero es exîstir que obrar, nada puede tratarse de su comprehension; mucho mas á vista de confesar tambien que dichas leyes hablan de las dotes que ofrecen los padres á las hijas; falta por lo mismo el mérito para darse por nulas, é incidiriase en lo expuesto en la nota anterior del cap. 5. al final del numero que comienza *Pero si la muger* : : donde se ha hecho bastante insinuacion acerca de la aplicacion de las Reglas ó axîomas jurídicos. Se persuade que el exceso de estas donaciones, consideradas como dotes en las circunstancias que propone el Autor, está suficientemente justificado sin recurrir á otros fundamentos, respecto que quanto expresa el Autor, se halla autorizado por las citas puestas á este número, suprimidas por el Señor Gutierrez, como lo ha executado en otros lugares de esta obra, queriendo destruir la opinion del primero tan corroborada, por solo su antojo, y si sin embargo no se conforma con ella, poco importa.

Exâminese con madurez, y reflexîon las palabras de la ley 6. y las expresiones del Autor: dice aquella que todos *los contratos &c que se hicieren en fraude de lo susodicho* (habla de las joyas) y el Autor expresa, *sino es que se pruebe haberse hecho la donacion con ánimo de cometer fraude*; aquellas palabras no apelan sobre deberse probar el fraude, pues en el mismo hecho de exceder la oferta, ó su entrega de las joyas &c de la octava parte del importe de la dote que recibió el novio, como que es en fraude y contra lo dispuesto por la ley, es nulo, *vease la Reg. 83. certum est. in 6. de las decretales*, y es aplicable aquel proloquio de que no neccecesita de prueba lo que por sí se manifiesta; las palabras del Autor, en dicho número contenidas, se refieren al caso propuesto.

Si se considera y tiene por donacion remuneratoria ¿qué podrá oponerse á la doctrina del Autor, y mas insertándose la clausula de que se hace mencion á su fin? se persuade muy bien, nada la obsta para subsistir; trátase de contraerse matrimonio entre un viejo, y una persona de las qualidades prescriptas; ¿no merecen atencion para compensarlas en competencia de las cargas que trae consigo la mucha edad del donante? deberian ser atendibles, en tanto grado, que no obstante que se diesen ascendientes ó descendientes, no hacia mucha repugnancia excediesen del quinto ó tercio; es verdad que dichos descendientes se estiman condominos de los bienes del padre miéntras vive, pero puede disponer de ellos á su arbitrio, aun viviendo unos y otros; en estos términos, ¿seria extraño se beneficiase á la novia con alguna mas ventaja? Es pues seguro que tiene mas fundamento la opinion del

sa, puede (si quiere) ofrecer arras á la novia, no de los vinculados sin que intervenga real permiso, ni de los sujetos á restitucion, sino de su usufructo, ó aprovechamiento. Y para hacer esta regulacion, se tendrá presente su líquido efectivo producto anual, sacados los gastos, y lo que podrá vivir el novio segun su edad, y robustéz: y atendido esto, se formará un capital á la similitud del censo vitalicio personal, como si fuera de renta vitalicia, (que por tal se gradúa el producto de los bienes vinculados) ó de dinero puesto en fondo vitalicio, ó muerto, á razon de 10@ el millar, por ser por una vida, con arreglo á lo últimamente dispuesto á cerca (1) de estos censos: v. g. producen los bienes 8@ reales anuos líquidos, y el marido segun su edad, y robustéz podrá vivir diez años, que por 8@ en cada uno componen 80@ reales los réditos, ó renta de los diez: en este caso se forma capital de 8@, que son la décima de los 80@, los que si quisiere, podrá prometer por via de arras á su muger futura; y si se conceptuáre que puede tener vida mas larga, podrá ser mayor la promesa proporcionalmente (2). Lo mismo podrá practicar con otra renta, encomienda, ó pension vitalicia que goce, y con las joyas, preséas, y vestidos que la dé, con la diferencia de que la quota de éstas no debe exceder de la octava parte de la dote que con ella recibiere, como diré en el núm. 30. Previniendo que si el novio no viviere el tiempo regulado, deberá contentarse la novia con la respectiva parte que quepa en el que vivió, porque ni pudo, ni tuvo bienes para ofrecerla mas arras ántes ni despues de casarse, excepto que en este intermedio adquiera otros en que quepa lo ofrecido, y los obligue tambien á su satisfaccion, pues en este caso lo deberá percibir de todos; y en quanto á las joyas, y vestidos deberá volver el exceso, porque no pudo dárselo en contravencion de las leyes prohibitivas, sin embargo de que por estar consumado el matrimonio haga suyo todo lo que la

Autor que no la que ha formado el Señor Gutierrez. Conduce traerse á la memoria lo que se lee en el prologo part. 1. tom. 1. desde el fol. 13. al 17.

(1) Nota 2. tit. 15. lib. 10. Nov. Rec. (2) Ayor dicho cap. 7. n. 26. Sr. Molin. de Primogen. lib. 1. cap. 19. n. 41. Gutier. lib. 2. Pract. quæst. 17. al fin. Sr. Solorzan. de Jure Indiar. tit. 2. lib. 2. cap. 2. n. 51. Escobar, de Ratiociniis, computat. 2. n. 5. y 6. y otros que citan.

dé su marido, pues esto se entiende, y debe entender quando la donacion no excede de los límites legales, mas no quando es excesiva; pero si de otra parte tuviere el marido bienes en que quepa todo su importe, se la dexará íntegro, y así deberá pactarse en el contrato nupcial para evitar dudas y pleytos.

16 Es de advertir, que para que tenga derecho la muger á pedir estas arras, se le han de ofrecer al tiempo de casarse, pues disuelto su matrimonio, no puede pretenderlas á pretexto de que el marido pudo ofrecérselas, ni el contador se las debe abonar, si no precedió el pacto; y habiendo precedido, si no están arregladas á la ley citada, sin hacer caso de lo anteriormente dispuesto, pena de nulidad del contrato, y de privacion de oficio al Escribano que lo autorice en otros términos, y que tampoco pueda pedirse mas en juicio, ni fuera de él.

17 Ofreciendo el novio, y su padre, ú otro en virtud de poder de ámbos cantidad determinada en arras á la novia, si despues de casado muere ántes que su padre, y la cantidad prometida no cabe en la décima parte de los bienes que dexa, ¿la novia ya viuda tendrá que contentarse con lo que quepa, ó podrá repetir contra su suegro el residuo? De los bienes de su marido sacará la décima, y por el resto le competirá el regreso contra su suegro, porque éste se obligó omnímoda, é igualmente que aquel, y como obligado debe pagar lo que falte. Sin que sirva alegar que lo hizo en nombre de su hijo, que estaba en su poder, y que su obligacion no se estiende á mas que á las facultades de éste; porque viene á ser como fiador de su hijo: y por ser oneroso el contrato matrimonial que impele á disponer de la persona, y que tal vez á no intervenir la oferta no lo hubiera contraido la novia, debe responder de ello en defecto de bienes suficientes de su hijo; á cuyos hijos si los dexáre, se cargará su importe en la particion de los de su abuelo, no disponiendo éste otra cosa arreglada á ley. Lo qual practiqué en la particion de bienes del primogénito de un Grande, y sin embargo de la reclamacion se aprobó judicialmente: y luego se cargó su importe á los nietos quando se dividieron los de su abuelo, porque éste habia hecho la oferta por contemplacion de su hijo. Pero si en la escritura de promesa se limitáre la oferta al caso en que quepa en la décima

de los bienes que tenga el novio quando muera, y no mas, entónces llevará únicamente lo que quepa, y de nada deberá responder el suegro.

18 Si el novio ofreció á la novia la décima parte de sus bienes libres en inteligencia de que eran suyos porque los poseia por tales con buena fé, y despues de casado le quitaron parte de ellos en juicio sus verdaderos dueños: parece que dexando herederos legítimos, no tendrá cabimiento la oferta en mas que en la décima de los que realmente le quedaron, porque el marido no pudo ofrecer décima de otros, que de aquellos en que tenia pleno dominio; y siendo como es constante que la décima se entiende, y debe deducir de lo líquido, y efectivo del caudal del promitente, baxadas deudas, como queda sentado en el n. 4. por no llamarse, ni ser suyo lo demás; se sigue que verificándose luego no serlo los que su legítimo dueño reivindicó, y quitó al novio, no debe llevar décima de ellos la novia (1).

19 Pero no obstante estas razones, que en mi concepto concluyen, la opinion contraria tiene mayor séquito: lo I, porque en el nombre de bienes se incluyen, y comprehenden los que poseemos con buena fé, aunque sean agenos (2). Y lo II, porque por la oferta pudo condescender la novia en casarse, lo que tal vez no haria, á no intervenir, y no es justo sea defraudada; por lo que, y por ser deuda contra el caudal del marido contraida con buena fé en tiempo hábil por contrato oneroso, que obliga á disponer de la persona, dicen los Autores (3), que valen las arras ofrecidas, aunque las facultades del marido se hayan disminuido por la razon expuesta, ó por otra, pues se entiende al tiempo de la oferta, y no al de su exâccion, y peticion; al modo que quando ningunos tiene, y ofrece de los que adquiera, se entiende al en que se piden, y no al de su promesa, y así se las abonará el contador.

20 Siendo engañado el marido en la cantidad que la muger prometió llevar en dote, ya sea porque realmente no la llevó,

(1) Ayor. part. 1. dicho cap. 7. n. 22. al 25. (2) Ley Bonorum appellatio 49. ff. de Verbor. signification. (3) Gom. en la ley 50. de Toro, n. 13. vers. Ex quo infertur. Rodrig. Suar. en la ley 1. tit. 2. lib. 3. del Fuero Real. Baez. de non meliorand. filiab. cap. 28. n. 4. y cap. 31. n. fin. Matienz. en la ley 2. tit. 2. lib. 5. Recop. glos. 2. n. 4.

ó porque aunque aparezca importarla los bienes, en que consiste segun su valuacion, resulta lesion en ésta (como regularmente acontece), ó por otro medio se verifica engaño, no está obligado á pagarla enteramente lo que en inteligencia de la dote que prometió llevar, la ofreció en arras, ó por aumento de dote (1); y así le competirá excepcion de retencion de ello hasta en la cantidad en que fué engañado, por el dolo cometido (2). Lo qual entiendo quando la oferta se hizo por atencion, y contemplacion á la dote solamente, mas no quando fué por la de su virginidad, ó buenas prendas, y honor del matrimonio, como regularmente se hace; y así tendrá derecho á ellas hasta en lo que quepan arregladas á la ley del Fuero en este caso, aunque no se verifique la promesa, ó ninguna dote lleve, pues á quanto se obliga el hombre, á tanto queda obligado, y su voluntad se debe observar en quanto no se oponga á las leyes. Véase lo que explicaré en el lib. y cap. 3. de esta 2. parte, quando hay promesa de un tercero, y no de la muger misma.

21 Para la deduccion de las arras del primer matrimonio del marido, se ha de mirar si éste las dió, ú ofreció á su esposa. Si las dió por aumento de dote, y ella las incorporó en este concepto en su carta dotal con los demás bienes suyos indistintamente, entónces como que son dote y no arras, porque pasaron á su dominio, y se mezclaron, y confundieron con la misma dote; se han de deducir del cuerpo del caudal al própio tiempo que ésta, sin diferencia (3): pues no está prohibido al esposo hacer donacion á su esposa ántes de casarse para aumento de su dote, y gozará de su privilegio del mismo modo que si otro qualquiera se la hiciera, porque en el instante que se la hace, se transfiere irrevocablemente en ella el dominio de lo donado, y se constituye caudal suyo, como lo demás que tiene: y como unido, y confundido todo, goza de un mismo privilegio desde la tradicion al marido por dote, y celebracion del casamiento.

22 Aunque se las haya dado, si no las incorporó en el contrato dotal, pero las entró en el matrimonio, como caudal su-

(1) Rodrig. Suar. en la ley 1. tit. de las Arras, lib. 3. del Fuero Real. Ayor. dicho cap. 7. n. 34. Valasc. consult. 3. Gam. decis. 370. n. 2.
(2) Ley 3. Cod. de Donation. ante nuptias. (3) Ayor. dicho cap. 7. n. 16.

yo, y en él las consumió, empleándolas en la manutencion de las cargas matrimoniales, ó en otra cosa útil á la sociedad conyugal, y consta esto, se deducirán como bienes suyos despues de la dote, al modo que los parafernales, y hereditarios, pues se constituyó dueña de su importe por la entrega; y por haberlas invertido en el matrimonio, se deben deducir ántes que los gananciales, como parte de fondo puesto en la sociedad. Lo que al contrario, si las consumió en usos própios, y agenos de ésta, pues no tendrá derecho á su deduccion ni abono, al modo que se hace con los bienes parafernales, quando no los entrega á su marido, como dexo expuesto en el cap. 3. de este lib. n. 43. y 44.

23 Si solamente se las prometió, ya sea en el mismo contrato dotal, ó en otro separado, se ha de distinguir: ó hay gananciales, y la muger los renuncia, ó no. Si no los hay, se han de baxar del caudal própio del marido hasta en la décima, y no mas, como una de las deudas contra éste, que debe responder de ellas. Si los hay, y la muger los renuncia, lo mismo es sacarlos del cuerpo de la herencia despues de la dote, que del caudal restante, sin distincion de si son, ó no del capital del marido, porque entónces todo es de éste, y no se la hace agravio, pues no se la pagan de sus próprios bienes llevados al matrimonio, ni de su parte de gananciales, porque no los quiere.

24 Pero si los acepta, en este caso despues de baxados la dote, bienes parafernales, deudas del matrimonio, capital del marido, y la mitad de gananciales que la tocan, se une numéricamente la otra mitad de éstos al capital del marido: y hechas un cuerpo estas dos partidas, se deduce de su total hasta en la décima el importe de las arras, (y no mas, aunque la oferta exceda á ésta) como deuda contra él, y el líquido residuo es legítimo haber del marido. Luego se unen la dote, arras, mitad de gananciales y demás derechos tocantes a la muger, y lo que sumen, es lo que la tocará, en caso que su marido nada la haya legado; porque si la legó algo, esto mas debe llevar, no excediendo del quinto, si tiene descendientes legítimos, ó del tercio, si ascendientes; pues de baxarse las arras ántes de dividirse los gananciales, se la satisfacía de éstos la mitad de su importe, en la que se perju-

dicaba, y como deuda contra su marido debe salir de sus bienes privativos, y no del globo, ó cúmulo de aquellos, cuya mitad íntegra la concede el derecho (1), segun dexo sentado. Pero es de advertir que aunque la haga legado del quinto, ú otro, no se debe deducir éste ántes que las arras, sino del residuo baxadas éstas, porque son deuda contra su caudal, que debe separarse primero como cosa agena, y de lo que deducidas quede, sacar el quinto, porque de lo contrario se la daría éste de caudal que no era de su marido, sino en parte suyo, en lo que se perjudicaba.

25 Si al tiempo de hacer la particion, estuviere casada segunda vez la muger, se la debe aplicar solamente el usufructo de las arras, y no su propiedad, porque ésta toca á los hijos del marido, y debe reservarla (2), como diré en el cap. 5. del lib. 2. de este tratado. Y aun quando no lo esté, debe contener su adjudicacion el aditamento: *de que en caso de volverse á casar dentro, ó fuera del año de su viudedad, deberá reservar su propiedad á los herederos del primer marido, segun por derecho se preceptúa, y está obligada.* Lo que tendrá presente el contador, pues por carecer de esta expresion las adjudicaciones, suelen no usar de su derecho los herederos del marido, como ignorantes de él, y quedan perjudicados.

26 Siendo viudo el marido, se ha de mirar si tiene, ó no hijos, ú otros descendientes legítimos del anterior, ó anteriores matrimonios. Si no los tiene, se observará lo própio que siendo soltero sin diferencia, pues uno, y otro pueden ofrecer las arras, ó en su defecto hacerla otra donacion quando se casan, y luego legarla por última voluntad el quinto, porque como al tiempo de casarse nadie tiene adquirido derecho á sus bienes, se les permite donar de ellos la parte que quisieren, con tal que no exceda de lo prefinido respectivamente por las leyes: y así se estimará su importe por caudal suyo, y como deuda contra éste se deducirá de su total, y el quinto del resíduo no parecerá diminucion, ni las arras se imputarán en él, por no ser visto haberlas ofrecido á su novia con ánimo de defraudar á los hijos que procrease, y si con el de procrearlos, por na-

(1) Ayor. dicho n. 16. (2) Ley 16. tit. 13. Part. 5. leyes Fœminæ, Cod. de Secund. nupt. ley Mater quæ, Cod. Ad Tertullian. Ayor. ibi n. 21.

tural afecto, y para manifestar á su madre el que la profesaba, y estimularla y obligarla por este medio á que se esmerase en su cuidado y crianza; por lo que los que nazcan, no revocarán la oferta de ellas.

27 Y si los tiene, se han de deducir las arras del quinto de sus bienes, que es de lo que se le permite disponer en vida y muerte por la ley 28. de Toro, teniendo descendientes legítimos: y si ascendientes, del tercio, segun la ley 6. tambien de Toro, y no del cuerpo de su caudal privativo por las razones expuestas en el capítulo 4. de mi primera parte, núm. 31. y así hasta en su importe se compensará el quinto, ó el tercio con ellas (1). Todo lo qual se debe observar y observa, no obstante decir *Ayora* (2) que no se sacarán del quinto, si segun la costumbre de la tierra no pudo el marido dexar de darlas, á lo ménos sin desdoro suyo: pues ninguno se le irroga de no darlas, ni ofrecerlas, ni está obligado á ello por título alguno, si no quiere, ántes bien es acto puramente voluntario, y su débito procede de la libre promesa del marido, y mas de urbanidad y liberalidad, que de obligacion coactiva (3): y así como no puede, ni debe perjudicar en mas que en el quinto á los que tienen adquirido derecho á sus bienes, por ser legítima suya las quatro partes, tampoco el contador en la deduccion que de ellas haga (*a*). Y lo própio milita para

(1) Gutier. lib. 3. Pract. quæst 43. Garcia de Donat. remunerator. n. 41. y 42. Parlad. different. 125. n. 13. Angul. de Melioration. in leg. 12. glos. 1. num. 17. y 18. Ceball. in Specul. Pract. quæst. 273. y 502. (2) Part. 2. quæst. fin. n. 56. (3) Ley ultim. al fin, Cod. de Donation. ante nupt. Sr. Castill. de Usufruct. cap. 46. n. 12. Sr. Covar. in cap. Officii, n. 4. de Testam. Tello en la ley 16 de Toro, n. 8. Angul. ibi, n. 16.

(*a*) Dice el Sr. Gutierrez que le parece es razonable la opinion de Ayora, pues en el caso de que habla, las arras no son una donacion del novio, sino una deuda suya, aun en caso de que no se le pueda apremiar á satisfacerla, siempre que de no hacerlo se le siga algun desdoro, porque esto entre personas de honor puede reputarse un motivo necesario, y porque el autor nada objeta al Ayora, pero no obstante la diferencia de casos, no asiente á lo que este propone; no se alcanza á qué viene este dictamen, quando está visto que el Autor no asiente al parecer de Ayora, y lo niega abiertamente, aunque no sin fundamento, como se expresa en la nota; ¿puede decir mas el Autor y con mas claridad, ni mas conforme á derecho? nadie afirmará lo contrario; si puede tener entrada la costumbre, es verdad que será deuda suya, por la obligacion en que constituye al novio ó marido de darlas; de consiguiente se le apremiará á satisfacerlas; ¿que caso pinta-

con las joyas ó preséas y vestidos por la misma razon.

28 De lo explicado en el número precedente se deduce, que si el marido viudo con hijos, ú otros legítimos descendientes ofrece cantidad determinada ó indeterminada en arras al tiempo de casarse á su futura esposa, aunque sea con título de remuneracion, y por última disposicion la lega el quinto íntegro, tendrá derecho á éste solamente, viviendo los hijos que quando se casó tenia su marido, ó alguno de ellos, ú otros descendientes legítimos de ellos, ya importe mas ó ménos que la cantidad prometida al tiempo de la boda (1). Y la razon es: Lo I, porque quando hizo la oferta, ya estaba privado de disponer de mas que de un quinto en vida y muerte, por prohibírselo expresamente la ley 28. de Toro, teniendo descendientes legítimos, y no ser suyo lo demas, sino de éstos, como he sentado en dicho cap. 4. de mi primera parte, n. 31. Lo II, porque de permitírselo uno y otro en este caso, no solo se infringia esta ley, que es posterior á todas las del Fuero, sino que á pretexto de la dotacion, y por beneficiar á la madrastra, ó madrastras, defraudaba en la décima ó cantidad prometida á sus descendientes legítimos, que ántes que se volviese á casar, ya tenian adquirido derecho á todos sus bienes, excepto el quinto, y eran quasi dueños de ellos; y si se casaba muchas veces, apénas le quedaria herencia. Lo III, porque las leyes del Fuero corregidas por la citada de Toro, están en títulos posteriores al que trata de las arras, aunque en un mismo libro: pues el de éstas es el segundo, y los de aquellas son el quinto y duodécimo del lib. 3. y así corregidas éstas, se entienden corregidas las anteriores, excepto en lo que se dexen y estén en su vigor. Lo IV, que aunque se alegue que no se entienden corregidas, porque las arras se dan y ofrecen por contrato oneroso, y los legados y donaciones son puramente

rá el Sr. Gutierrez para que en los términos que propone no se le pueda apremiar? es lo cierto que segun lo dispuesto por las leyes pueden ofrecerse las arras, y no ofrecerse; por lo mismo ¿que desdoro se padecerá de no hacerlo? ninguno; ántes bien será loable uno u otro, segun las circunstancias que concurran.

(1) Bayo Prax. Eccles. lib. 2. part. 3 quæst 89. Angul. en dicha ley, y glos. n. 18. García de Donation. remunerator. dicho n. 42. Parlad. different. l. 25. n. 11.

voluntarios y lucrativos; no obsta, pues no hay tal onerosidad sino para el marido, de cuya voluntad, y no de obligacion coactiva depende el darlas, ó no, como he sentado en el número anterior. Y lo V, porque aunque el contrato de arras fuera oneroso de parte de la muger, y hubiera ley del fuero que permitiese donarla todo en el caso propuesto, tampoco subsistiria, porque las leyes de los fueros solo tienen fuerza de tales en donde, y en lo que son usadas y guardadas, segun lo ordena la primera de Toro; y respecto no usarse, ni aun hablar de él ninguna, no debe contraerse á él la disposicion y permision de las demas, lo qual es justo; y lo contrario no debe seguirse. Otras razones expongo en dicho cap. 4. y núm. 31. que puede ver el contador. Lo própio milita para con el tercio, teniendo ascendientes legítimos (1): bien entendido, que en uno y otro caso se han de hacer previa y respectivamente del quinto ó tercio las deducciones del funeral, misas, entierro y legados forzosos en la forma que en los cap. 1. y 4. §§. 2. y 6. §. 3. del lib. 2. de este tratado explicaré, pues los legados profanos y voluntarios se sacarán de lo que quede, baxadas las arras, porque éstas, como deuda son preferidas en quanto quepan en él; y si nada sobráre, se quedarán los legatarios pios y profanos sin sus legados; pero sobrando, se prorrateará entre ellos, y la viuda el sobrante, en los términos que en dicho lib. 2. y cap. 6. n. 111. de este tratado expondré, no preceptuando el testador otra cosa.

29 Casándose el marido muchas veces (2) puede ofrecer en arras á todas sus mugeres la décima parte de sus bienes; pero no explica el Autor de este modo de pensar cómo se ha de hacer su deduccion, ni cómo se entiende esta décima segun nuestro Derecho Real. Y para que si ocurre el caso no yerre el contador principiante, digo que si ofreció á todas la décima, se ha de graduar por los respectivos bienes que por muerte de cada una le tocaban; y percibiria á haberse hecho particion: y no constando á quánto ascendian, entónces como que son créditos de una naturaleza y privilegio, el primero en tiempo

(1) Cevallos in Specul. Practicar. quæst. 273. y 502. Parlad. different. 125. dicha, n. 12. (2) Parlador. different. 125. n. fin. ley Cumaliis 4. Cod. de Secund. nupt. Authent. de nuptiis, §. Sed neque, collat. 4.

lo será en derecho, por lo que los hijos de la primera sacarán la décima de todos los que dexe, y los de la segunda la del residuo, y así irán descendiendo: v. g. dexó cien mil reales líquidos, llevarán los de la primera diez mil, que son la décima de ellos, y baxados, quedan noventa mil, de los quales sacaran su décima los de la segunda, &c. Y si á alguna ó algunas ofreció cantidad determinada, se ha de mirar si las cabe ó no; y asimismo si la consignó en sus bienes presentes y futuros, ó solamente en los presentes; si no cabe, se la abonará lo que quepa, y no mas; y si cabia en los que tenia quando la ofreció, y no en las que dexa, se la abonará el total con tal que no se grave la legitima de los hijos anteriores, pues en perjuicio de éstos nada mas que el quinto pudo donar, ni ofrecer. Lo qual se entiende y limíta para con los de la primera, pues si cabia la cantidad ofrecida en la décima de los que poseia al tiempo de casarse, como entónces nadie tenia adquirido derecho á ellos, se debe deducir íntegra, y abonársele como deuda contra el caudal de su padre, sin cuya deduccion no hay herencia paterna.

30 No queriendo el esposo ó marido futuro dar ni ofrecer arras á su futura esposa doncella, ó viuda, puede darla joyas ó preseas, y vestidos para su adorno ántes de desposarse, ó despues, cuya donacion (1) se diferencia de las arras, porque éstas regularmente se ofrecen, y no se dan, y las joyas se dan francamente por el novio á la novia ántes de casarse. Bien entendido, que el importe de todas estas cosas juntas no debe exceder de la octava parte del de la dote verdadera, numerada, y no confesada, que con ella recibiere: que todos los contratos, pactos y promesas que en contrario se hicieren son nulos, y el exceso se debe perder, y aplicar al fisco: que no se puede renunciar la ley que lo ordena: y que el Escribano ante quien se otorgue la escritura tiene obligacion de dar cuenta del tal contrato á la Justicia del Lugar en que se celebráre, y ésta de executar la pena y aplicacion, y sobre ello se les debe residenciar (2). Y si tiene hijos de otro matrimonio, no deben exceder del quinto de sus bienes, pues si exceden, es

(1) Parlador. differ. 125. n. 9. y 10. (2) Leyes 6. 7. y 8. tit. 3. lib. 10. Nov. Recop.

ineficaz la donacion en el exceso, aunque se vigorice con juramento, porque cede en perjuicio de tercero (1). Pero si la esposa no llevare dote, no ganará estas dádivas esponsalicias, porque falta la dote para tener consideracion y tasarlas.

31 Si el marido ofreciere arras, y tambien diere joyas ó preseas, y vestidos á su esposa viuda ó soltera, debe escoger ésta quál de las dos cosas quisiere (pues no puede pretenderlo todo, porque no se le concede) dentro de 20 dias de requerida por los herederos de su marido, y no haciendo la eleccion, toca á los herederos de éste; y muerta ella, la pueden hacer los suyos en el mismo término (2). Todo lo qual se entiende con arreglo á lo que queda sentado en quanto al importe de arras y joyas, pues ni aquellas han de exceder de la décima parte de los bienes libres líquidos y efectivos del novio, ni éstas de la octava de la dote de la novia; por lo que se debe atemperar ésta á la permision legal, pues en el exceso así como es nula é ineficaz la dádiva ú oferta, lo será tambien la eleccion que en otros términos haga. Previniendo, que despues de haber elegido, no pueden variar (3), excepto que la eleccion no hubiese tenido efecto por alguna causa (4).

32 Consumiendo ó deteriorando la muger con el uso los vestidos ó cosas que su marido la dió estando desposados, ¿podrá, ó sus herederos, dexarlas, y elegir y percibir las arras que le prometió disuelto el matrimonio? Aunque parece que no, porque en esta eleccion se defrauda á los hijos y herederos de su marido: puede elegirlas, porque se lo permite la ley, y en usar de su derecho á nadie injuria, ni defrauda (5). Pero en este caso afirma Ayora (6), que estará obligada, ó los suyos á volverlas tan buenas como el marido se las entregó, ó el importe de su deterioro: y la razon en que se funda, es,

(1) Gutier. De Juram. confirm. part. 1. cap. 14. n. 7. y sig. Matienzo, ley 1. tit. 2. lib. 5. glos. 6. (2) Ley 3. tit. 3. lib 10. Nov Rec. (3) Ley 25. tit. 9. Part. 6. Ley Servi electione al princip. & ibi glos. ff. de Legat. 1. ley Apud Aufidium 20. ff. de Option. legat. y ley 25. tit. 9. Part. 6. (4) Ley Qui per salutem, & ibi OD. ff. de Jure jurand. Tiraquel. in leg. Boves, §. Hoc sermone, ff. de Verbor. signification. limit. 1. (5) Ley 14 tit. 34. Part. 7. Ley Nullus videtur, y ley Factum cuique suum, §. Non videtur, ff. de Regul. jur. ley 3. §. 1. ff. de Libero homine exhibend. (6) Ayor. part. 1. cap. 7. dicho n. 35.

porque (1) no se entiende restituida la cosa si se vuelve deteriorada, y no se paga su menoscabo. Dudo de esta obligacion de la muger en el caso propuesto; y la razon es, porque el marido está obligado á vestirla y alimentarla segun su esfera y caudal: y como por usar los vestidos que la dió é hizo suyos, le ahorró otros, y á no haberlos usado, tendria que vestirla, estarian sin deteriorar, los hallaria conforme se los habia dado, y los llevaria como suyos privativos: por eso me parece no tiene lugar la restitucion, pues la disposicion legal citada de que se vale, aunque cierta, habla en otros casos muy diversos, y así no se puede contraer á éste sin mucha violencia.

33 Qualquiera esposa, de presente ó de futuro, disuelto el matrimonio, gana, y debe llevar la mitad de todo lo que ántes de consumarlo la dió su marido, si la besó despues de desposados, ya sea ó no precioso, preceda ó no el beso á la donacion, y ésta se haga á la novia en su casa ántes, ó al tiempo de la boda ó velacion, pues si la besó ántes del desposorio, nada ganará, porque el beso y cópula anteriores están prohibidos; y si el matrimonio se consumó, lo debe llevar todo (2), porque hasta que el marido la conduce á su casa, no pierde el nombre de esposa, aunque el matrimonio esté consumado (3); lo qual se entiende, con tal que no exceda de la octava parte de su dote, y no en otros términos (4). Y si el marido no la besó, nada gana, ni debe llevar, ántes bien todo debe volver á los herederos de éste; ni tampoco quando por su culpa no se celebró el matrimonio (5). En quanto á quáles se llaman vestidos preciosos, quáles supérfluos, y quáles quotidianos, se debe dexar al prudente arbitrio del Juez, atendida la calidad, esfera y caudal de las personas (6), y la costumbre del Pueblo.

(1) Ley Sed mihi videtur 3. §. Si reddita, ff. Commodati, & ibi DD. (2) Leyes 3. tit. 11. Part. 4. y 3. tit. 9. lib. 10 Rec. Gom. en la 50. de Toro, n. 5. y 6. vers. Sed his non obstantibus. Gutier. allegat. 11 n. 5. y 7. Matienz. en la ley 4. tit. 2. lib. 5. Rec. glos. 3. y 6. n. fin. Ayer. part. 1. cap. 7. n. 38. (3) Ley Cum in te, Cod. de Donation. ante nuptias, & ibi glos. & DD. (4) Ley 6. al fin, tit. 3. lib. 10. Nov. Rec. & ibi Matienz. glos. 6. Acev. en la 4. cit. Castill. en la 52. de Toro, verb. Sea precioso, & ibi Gom. Arias, n. 16. (5) Dichas leyes 3. de Part. y 3. Nov. Rec. y ley Cum veterum, Cod. de Donation. ante nuptias. (6) Immol. in leg. penult.

34 Milita y procede lo explicado en el número precedente, no solo quando la esposa es doncella, sino quando es viuda: Lo I, porque versa la própia razon, y así debe obrar la misma disposicion. Lo II, porque la ley 3. citada habla general y absolutamente en quanto dice: *Qualquiera esposa, ora sea de presente, ora de futuro*:: y no distingue de viuda ni doncella, y quando no distingue, no debemos distinguir (1). Lo III, porque ninguna prohibe al esposo que dé á la esposa las joyas ó preseas y vestidos: y lo que no está prohibido, se entiende permitido; ántes al contrario por el hecho de tasar la cantidad á que han de ascender, y de que no deben exceder, es visto concederle facultad para su donacion. Y lo IV, porque el motivo de conceder á la esposa la mitad de lo que el esposo la donó, si la besó, es porque siempre se entiende que ella dá el beso, aunque lo reciba, por quedar avergonzada, y él complacido y gustoso, segun lo dice la ley 3. al fin, tit. 11. Part. 4. Pues debiendo tener el mismo pudor y honestidad la viuda que la doncella, se sigue que se la debe, y gana lo própio que ésta en iguales circunstancias, lo qual es corriente. Por lo tocante á si la esposa gana ó no lo que la dan los consanguíneos de su marido, véase el cap. 4. de este libro, n. 25. en donde lo dexo explicado latamente.

35 Por el ingreso en Religion adquiere la esposa de presente ó de futuro la mitad de todo lo que el esposo la dió, del mismo modo que por la muerte de éste (2): porque así como el pacto de ganar la dote en caso de muerte, tiene lugar en el de entrar en Religion (3): así tambien debe tenerlo el de ganar la mitad de todo lo que el esposo la dió. Pero es de advertir que si el esposo enagenó las cosas que dió á su esposa,

§. 1. ff. Solut. matrimon. al fin. Palac. Rub. in Rubr. §. 11. de Donation. inter vir. & uxor. Sr. Greg. Lop. en la ley 33. tit. 11. Part. 4. glos. ultim. al fin. Matienz. en dicha ley 4. glos. 5. n. fin. (1) Ley De pretio, ff. de Publician. in rem action. & ibi glos. y ley Non distinguemus, ff. de Arbitr. Socin. regul. 292. Ayor. part. 1. dicha, cap. 7. n. 33. (2) Ley Deo nobis, Cod. de Episcop. & Cleric. Authent. de Sanctis Episcopis, §. Sponsalibus, collat. 9. & ibi glos. & DD. glos in cap. Decreta legalia, caus. 37. quæst. 2. (3) Jason in leg. Si discesserit, ff. Qui satisdare cogantur, col. 2. n. 11. Gom. en la 50. de Toro, n. 11. Sr. Covar. in 2. de Sponsalib. cap. 7. §. 4 n 12. Palac. Rub. in Rubr. de Donation. inter vir. & uxor. §. 3. n. 5. y en la 52. de Toro, Matienz. en la 4. tit. 1. lib. 5. Rec. glos. 2. n. 1.

no será preferida á los acreedores que tengan hipoteca anterior en los bienes de él (1); lo que al contrario en la dote, por el privilegio de prelacion que el derecho (2) la concede.

36 Al modo que el marido futuro puede ofrecer arras á la novia: del mismo modo ésta siendo mayor de 25 años, y libre, puede ofrecer dotacion al novio en los própios términos que él á ella, porque ningun derecho se le prohibe, y lo que no está prohibido, se entiende permitido; y si se la ofrece, tendrá obligacion de cumplir la oferta, porque á quanto se obliga el hombre, á tanto queda obligado. ¿Pero qué cantidad ha de ser? los AA. dicen (3) que por ser correlativos marido y muger, se deben entender con ámbos las leyes que hablan con el uno en igual caso y circunstancias, por identidad de razon. Yo venero su dictámen por el aprecio que se concilia su autoridad y literatura; pero no puedo ménos de hacer presente, segun mi sentir: lo I, que ninguna ley habla con la novia, ni prohibe á las mugeres hacer donaciones, ni por consiguiente pone tasa á lo que han de hacer, lo que sí al hombre, porque quando quiere casarse, es pródigo ácia la muger, y por eso los Legisladores se vieron precisados á refrenar su prodigalidad. Y lo II, que la muger es naturalmente avara y codiciosa, como (4) la experiencia nos lo enseña: todo lo quiere, y le parece poco, y está neciamente persuadida de que todo se lo merece: y así nada suelta, que no sea por su própio interés ó lucimiento, ó con el fin de adquirir mayor lucro, segun dexo sentado en el capítulo 4. de mi primera parte, núm. 20. De lo qual se prueba la diversidad de razon que en el presente caso milita entre los dos, por lo que no debe obrar la misma disposicion; y así me parece que careciendo de ascendientes, y descendientes legítimos, valdrá la donacion y oferta que haga al novio en qualquiera cantidad, (no siendo inmensa, pues ésta está justamente reprobada por la

(1) Ley de Rebus 13. Cod. de Donation. ante nupt. (2) Ley Assiduis 12. Cod. Qui potiores in pignor. habent. y §. Fuerat, Institut. de Action. Gom. en la 50. de Toro, n. 8. vers. Sexto quærit. (3) Palac. Rub. in Rep. cap. Per vestras, §. 54. Acev. en la ley 2. tit. 2. lib. 3. Recop. num. 1. Gutierr. de Matrimon. cap. 19. n. 16. (4) Ley 3. tit. 11. Part. 4. ley Si stipulatus, §. Si uxor. ff. de Donation. inter vir. et uxor. ley Si ego, ff. Ad Vellelan. y ley Si à Sponso, Cod. de Donation. ante nupt.

ley 69. de Toro) y porque es donacion por causa onerosa: y que solo teniéndolos, se debe limitar al tercio ó quinto, de que se le permite disponer en su perjuicio.

37 Si la esposa diere algo al esposo de futuro (lo que rara vez sucede) y falleciere ántes que el matrimonio se celebre, debe el esposo volver lo donado á los herederos de ella, ya la haya besado, ó no, como lo dice la ley 3. tit. 11. Partid. 4. citada, ibi: *E si acaesciese que la esposa ficiese don á su esposo, (que es cosa que pocas veces aviene, porque son las mugeres naturalmente cobdiciosas, é avariciosas) é si muriere ella ante que el matrimonio fuese acabado, estonce en tal caso como éste, quier sean besados, ó non, debe tornar la cosa dada á los herederos de la esposa.* Y la razon que dá la ley, es la expuesta en el núm. 34. y lo mismo dispone la 5. tit. 2. lib. 3. del Fuero Real, y segun la qual, si tuvo cópula con ella despues de casados, nada debe volverla, pues lo hace suyo, porque en el matrimonio se confirma la donacion (1).

§. II.

Si los herederos del marido están ó no obligados á dar alimentos á su viuda, mientras se hace la particion, y de dónde se deben deducir.

38 Los AA. están discordes acerca de si los herederos del marido deben ó no dar alimentos á su viuda, miéntras se concluye la division de su herencia, y se la entrega su haber. Para explicar este punto distinguiré de casos. El primero es, quando quedó preñada, en cuyo caso aunque sea rica es inqüestionable que se la deben los alimentos correspondientes á las facultades del difunto, y dignidad de ámbos (2). Y la razon es, porque es visto darse al póstumo que trae en el vientre, á quien su padre está obligado á alimentar, y no á ella; y así ya tenga ó no bienes de que vivir, y si traxo dote, se la restituya ó no, se la debe contribuir con ellos de los própios del difunto. Por lo que el importe de estos alimentos se ha de de-

(1) Matienz. en ley 4. tit. 2. lib. 5. Recop. (2) Ley 1. §. 19. ff. de Ventre in posses. mittend.

ducir del privativo caudal del difunto, como deuda contra él (1).

39 Procede tambien lo referido, ya haya ó no gananciales, porque el padre pudiendo, está obligado á alimentar á sus hijos. Y aunque la madre tiene igual obligacion, especialmente el tiempo de la lactancia, es en el solo caso de ser pobre el padre, mas no en el de tener bienes, como he sentado en el cap. 1. de mi primera parte adiccionada, desde el número 82. al 86., y cap. 15. núm. 29. 30. y 31., pues de sacarse del cuerpo del caudal comun, habiendo gananciales, se la perjudicaba en la mitad, que no debe pagar, por no ser deuda contraida durante su matrimonio. Y sin embargo de que la ley citada dice solamente, que se deduzca el importe de los alimentos como deuda agena, sin expresar cosa alguna de gananciales, y este modo indefinido de explicarse parece indica que se ha de deducir del comun, no es así: lo I, porque la obligacion de alimentar los hijos es del padre, y no se dan á la madre, sino al póstumo, y por eso la ley primera manda que se la contribuya con ellos segun las facultades del difunto. Y lo II, porque por derecho comun no adquirian gananciales las mugeres casadas, segun expuse en el cap. 4. núm. 1. de este tratado, por lo que no pudo hablar de ellos; pues á adquirirlos en los términos que por nuestro derecho, hubiera ordenado igualmente que de los bienes del padre se exìgiesen, como á quien está impuesta la obligacion legal y natural de alimentar á sus hijos, pudiendo: y del mismo modo que dexa ilesa la dote de la madre, dexaria los demás derechos que la correspondiesen, por militar la própia razon. Pero á la madre del póstumo extraño instituido heredero, no se deben alimentos como á la del legítimo, excepto en dos casos: el I, quando no tiene de que vivir (2): y el II, quando el testador manda que ya esté ó no indigente, se la contribuya con ellos, y dé la posesion de los bienes ó herencia que dexa á su hijo, pues deberá observarse su precepto inviolable y literalmente.

40 Y porque algunas mugeres despues que mueren sus maridos, dicen que están preñadas, no estándolo; para que los

(2) Lara, Compendium vitæ hominis. Leyes 4. 5. y 9. ff. de Ventre in posses. mittend. (2) Ley 6. ff. de Ventre in posses. mittend.

parientes que deben heredarlos, en caso de no verificarse la preñez, no sean perjudicados, ha establecido el derecho las precauciones, órden y forma de evitar todo engaño, de lo qual trata la ley 17. tit. 6. Part. 6. cuyo literal tenor es este: *Mugeres hí há algunas, que despues que sus maridos son muertos, dicen que son preñadas dellos: é porque en los grandes heredamientos que fincan despues de muerte de los omes ricos, podria acaescer que se trabajarian las mugeres de facer engaño en los partos, mostrando fijos agenos, diciendo que eran suyos: por ende mostraron los sabios antiguos manera cierta, porque se puedan los omes guardar desto. E dixeron, que quando la muger dixese que fincaba preñada de su marido, que lo debe facer saber á los parientes mas propinquos del, diciéndoles de como era preñada de su marido. E esto debe facer dos veces en cada mes, desde el tiempo que su marido fuese muerto, fasta que ellos envien catar si es preñada ó non. E si por aventura los parientes dubdaren en esto, deben enviar cinco buenas mugeres, que sean libres, que le caten el vientre, de manera que non la tengan contra su voluntad, é de sí pueden enviar quien la guarde si quisieren. E la guarda desta muger debe ser desta guisa. Cá el Juez de aquel Logar do esto acaesciere, si los parientes del muerto lo demandaren, debe catar casa de alguna buena dueña, é honesta en que more esta muger fasta que pára. E ella morando en casa desta buena dueña, quando asnare que debe parir, débelo facer saber á los parientes del finado treinta dias ante que encaezca, porque ellos envien otra vez algunas buenas mugeres, é honestas que le caten el vientre. E en aquella casa do obiere á parir, non debe haber mas de una entrada, é si mas tubiere, débenlas cerrar; é á la puerta de aquella casa do está la muger que dicen que es preñada, pueden poner los parientes del finado tres omes, é tres mugeres libres, é hayan ellos dos compañeros, é ellas dos compañeras que la guarden. E cada que obiere esta muger á salir de aquella casa á otra, que sea dentro en aquella morada para entrar en baño, ó para otra cosa qualquier que sea menester, deben catar aquellas que la guardan, toda la casa do quier que entrare, ó el logar do se quisiere bañar, de guisa que no sea dentro otra muger que fuere preñada, ó algun niño ascondido, ó otra cosa alguna en que pudiesen rescebir engaño. E quando algun ome ó muger quisiere entrar á ella, débenla escodriñar, de manera que en su entrada otrosí non pueda ser fecho engaño. Otrosí de-*

cimos, que sintiendo la muger en sí misma tales señales, porque entendiese que era cerca del parto, débelo aun facer saber á los parientes otra vez que la envien á catar é guardar, si quisieren. E quando fuere cuitada por razon del parto, non debe estár en aquella casa do ella está, ome ninguno: mas pueden estár hí fasta diez mugeres buenas que sean libres, é fasta seis sirvientas, que non sea ninguna dellas preñada, é dos otras mugeres sabidoras, que sean usadas de ayudar á la muger quando encaesce. E deben arder en aquella casa cada noche tres lumbres fasta que pára, porque non pueda, hí ser fecho algun engaño escondidamente. E quando la criatura fuere nascida, débenla mostrar á los parientes del marido, si la quisieren ver. E seyendo guardadas estas cosas en la muger, de que fuere duda, si era preñada ó non, heredará el fijo que nasciere della despues de la muerte de su marido, los bienes del. E si esta muger sobredicha de que fuere dubda, si era preñada ó non, non se quisiese dexar catar el vientre, ó non quisiere que la guardasen, así como sobredicho es, ó en otra manera que fuese guisada, é usada en el lugar do vive, maguer pariese, é viviese el fijo, non le entregarian de los bienes del muerto, á ménos de ser probado que la criatura nasciera della en tiempo que pudiera ser fijo ó fija de su marido. Pero es de advertir que todas las precauciones de esta ley no son necesarias, y así se estará á la costumbre que haya en el Pueblo, como ella misma lo insinúa.

41 No habiendo quedado preñada la muger, pero sí con hijos en su casa y poder, ya sean mayores ó menores, y subsistiendo todos juntos, comiendo y gastando sin cuenta, ni razon del globo ó cúmulo del caudal inventariado, se ha de deducir de éste lo gastado y consumido por todos en sus alimentos: pues aunque por la muerte de su marido es visto disolverse la sociedad conyugal, dura y se contrae tácitamente de nuevo con sus herederos en quanto al lucro: mediante la unánime comunion y proindivision de los bienes de todos, sin llevar cuenta de quién es lo que se gasta, ni hacer novacion (1); pues el contrato de sociedad se contrae con solo el consentimiento, y sin necesidad de palabras, especialmente entre los

(1) Arg. leg. 1. y todo el tit. ff. de Eo, qui pro tutor. negot. gessit. Ayor. part. 1. cap. 6. n. 5.

que en los términos propuestos habitan juntos (1), como he sentado en el cap. 4. §. 4. n. 86 y 90.

42 Si no quedó preñada, ni con hijos en su compañía, ni por consiguiente se mantuvieron juntos, se ha de distinguir: ó traxo dote, y hay gananciales, ó no. Si no traxo dote, ni hay gananciales, entonces como que no tiene comunidad con los herederos del difunto, ni que haber de la herencia, no deben alimentarla, porque no hay motivo para que se la pueda conceptuar acreedora á interés por dote retardada, ni á frutos de bienes dotales, ni por partícipe en la herencia, ni por otra causa (2).

43 Y aun quando haya gananciales, tampoco se la deberán alimentos en dicho caso, antes bien los gastos que en estos haga, se la descontarán de la parte que en aquellos la corresponda, no solo porque no es acreedora por dote retardada, sino porque el derecho ordena que no estando preñada, se mantenga de lo suyo (3). Bien que si en la buena fé de estar preñada hubiere hecho algunos en alimentarse, no se la han de pedir, ni exîgir (4); pues siempre que entre el alimentante, y el alimentario media algun parentesco, conexîon, amistad ó caridad, no ha lugar la repeticion de los alimentos dichos (5). Y lo própio milita para con los hechos dentro de los nueve dias siguientes al fallecimiento del marido, ya quede, ó no preñada, por ser costumbre inconcusa el contribuirla con ellos.

44 Pero habiendo traido dote, miéntras se la entrega ó no, ¿ se la debe alimentar ? (6). Supongo como incontrovertible, que los herederos del marido, ó éste premuriendo su muger, tienen obligacion (7) de volver al instante la dote consistente en bienes raices, por lo que no les corresponden sus frutos, y sí á ella, ó á los suyos; y dentro del año

(1) Ley Perceptione, ff. de His, qui dejecer. vel effuder. §. 1. Institut. de Societ. et ibi Faber. & in leg. Coiri, ff. de Societat. (2) Ayor. dicho cap. 6. n. 8. vers. Ad test. in dict. leg. 1. §. Mulier. (3) Ley 1. ff. de Ventre in posses. mittend. (4) Ley 3. ff. de Ventre in posses. mittend. (5) Leyes Cum tutores 1. Alimenta 11. Quod in uxorem 13. y Si paterno affectu 14. Cod. de Negot. gest. y leyes Ex duobus 27. y Is qui amicitia 44. ff. eod. tit. Garcia de Expens. cap. 4. n. 24. (6) Garcia de Expensis, cap. 8. n. 29. al 37. (7) Ley penult. tit. 11. Part. 4. Ley unica, §. Exactio, vers. Fructibus, Cod. de Rei uxoriæ action. Gom. en la 50. de Toro, n. 46. y 47. Garcia de Expens. cap. 8. n. 29. vers. Notissimum est.

siguiente al del fallecimiento, los muebles, semovientes y dinero; bien que el marido si es pobre, no está obligado á restituirla sino en quanto buenamente pueda, quedándole cóngrua sustentacion; ni debe ser preso por ella, porque goza del beneficio de *competencia*, como diré en el cap. 2. del lib. 3. de esta segunda parte, y su obligacion á restituirla se ha de constituir en estos términos. Y la razon porque se concede este término al marido, es por humanidad, para que no se vea precipitado, ni se le irrogue gravámen con su instantánea tradicion, ántes bien goce de su comodidad para honor, pompa y ornato de su casa (1). Lo qual se entiende, excepto que en el contrato dotal se limite el término para su restitucion, pues en este caso se ha de hacer con arreglo á la dilacion convencional pactada en él, y no á la legal.

45 En conseqüencia de lo expuesto, parece que no se deben dar alimentos á la muger que no quedó preñada: lo I, porque la ley primera citada lo preceptúa así. Lo II, porque muerto el marido, quedó libre de la sujecion de éste, á quien están concedidos los frutos dotales para superar las cargas matrimoniales (2): el término de un año se le concede sin gravámen, ni recompensa (3): y los bienes muebles, y dinero no producen frutos; y así no debe de tener derecho á ser alimentada durante esta concesion legal. Y lo III, porque la muger es acreedora por su dote, y ninguna ley manda que los deudores tengan obligacion de alimentar á sus acreedores (4).

46 Mas no obstante, concibo que deben los herederos del marido dar de sus própios bienes (y no de los comunes como algunos dicen, porque entónces se la pagaba la mitad de lo suyo) los alimentos á su viuda, durante el tiempo legal ó convencional prefinido para la restitucion de su dote, ya consista ésta en bienes raíces, muebles, semovientes, ó dinero, si los retienen, y no se los entregan. Lo I, porque es anexa á la misma dote la carga de alimentar (5); y así por lucro cesante, daño emergente, y por estarse utilizando los herederos, y

(1) Leyes Sed mihi 3. Sæpe etiam 4. y Si certo loco 5. §. Si de me petisses 14. ff. commodati. Garcia dicho cap. 8. n. 23. (2) Cap. penult. y fin. de Secund. nupt. (3) Arg. leg. Debitoribus. ff de re judicat. y leg. Si debitori, ff. de judic. (4) Ley Julianus, ff. Quibus ex causis in possession eant.
(5) Ley Si cum dotem, §. Sin autem in sævissimo, ff. Solut. matrimon.

reteniendo bienes que saben no son suyos, ni les tocan por título alguno como al marido (1), deben restituirlos con los frutos á la muger; y la competen los alimentos, pues está prohibido como injusto lucrarse con detrimento de tercero; pero no se deben á los herederos de ella, porque es privilegio puramente personal, y no se les transmite: por cuya razon si la muger es la que fallece, no tienen derecho á pedirlos (2). Lo II, porque miéntras la muger permanece viuda, contempla el derecho que subsiste en el mismo matrimonio (3), y para entregarla su dote, no es necesario hacer inventario, ni particion, pues como deuda líquida y privilegiada, se puede sacar inmediatamente del caudal, y luego darla lo demás que la corresponda, y aplicarla la dote como entregada. Y lo III, porque disuelto el matrimonio, retiene la dote los privilegios que constante él tenia, hasta que se restituya (4); es así que el marido estaba obligado á alimentarla miéntras vivió; luego lo están tambien sus herederos, que le representan, ínterin no cumplan con la restitucion (5). Lo qual milita y procede aunque se la constituya depositaria de todos los bienes de la herencia, miéntras se evacua la particion, porque sin embargo de que en este caso tiene en su poder su dote, y todo quanto la pueda corresponder, no lo tiene libremente como suyo, sino con obligacion de responder de ello; y así no hay tradicion con libre dominio, qual se requiere para que se entienda restituida, y entregada su dote, ántes bien es lo mismo que si los herederos fueran los depositarios.

47 Se entiende esto con las restricciones, y limitaciones siguientes. La I, quando la muger carece de otros bienes con que alimentarse, pues teniéndolos, no se la deben dar alimentos durente el tiempo legal, ó convencional para la restitucion de su

(1) Ley Bonæ fidei emptor. ff. de Acquirend. rer. dominio, y ley Divortio, §. Non solum, ff. Solut. matrimon. (2) Arg. leg. unic. Cod. de Privileg. dor. Gom. en la ley 20. de Toro, n. 48. Matienz. en la 3. tit. 1. lib. 5. Recop. glos. 2. n. 30. (3) Ley fin. Cod. de Bonis matern. (4) Ley Etiam, ff. de Fundo dotal. (5) Glos. 2. in leg. Divortio, ff Solut. matrimon. Gom. dicho n. 48. vers. Sed his non obstantibus. Garcia de Expens. cap. 8. n. 37. Ayor. part. 1. cap. 6 n. 7. y 8 Matienz. en la ley 2. tit. 9. lib. 5. Rec. glos. 1. n. 10. Capic. decis. 24. Rebulf. ad leg. Galicas, tom. 1. tit. de Sentent. provisionalib. artic. 3. glos. 1. n. 10.

dote (1): porque quando la ley manda á alguno que los dé á otro, no debe hacerlo, si tiene bienes, oficio, ú otra cosa de que poder vivir sin desdoro suyo (2). La II, quando el marido, ó sus herederos gozan del legal beneficio de la dilacion de un año; mas no, si al instante quieren entregar la dote; pues entónces como cesa la causa de la contribucion alimentaria, no están obligados á los alimentos; pero no basta su oferta verbal, pues debe ser real, y efectiva la entrega (3). La III, quando está alimentada, pues no puede pretender los alimentos pasados, á ménos que habiéndolos pedido á los herederos, y éstos tardado en dárselos, haya tenido que pedir prestado para alimentarse durante esta mora, en cuyo caso deben dárselos. La IV, quando la muger quiere compensar sus alimentos con los frutos de sus bienes dotales (ya sean muebles, semovientes, ó inmuebles) percibidos por los herederos, pues entónces si los frutos exceden á los alimentos, deberán darla el exceso: y por el contrario, si éstos son mayores, deben dárselos, y quedarse con los frutos sin repeticion de aquellos á éstos por el exceso (4). Y la V, quando se la comunican los gananciales durante la proindivision del caudal por alguna de las causas expresadas en el citado cap. 4. n. 91. y siguientes, pues ningun derecho se los concede, porque cederia en detrimento notable de los herederos; y así debe contentarse con su mitad de utilidades, y no pedir además alimentos algunos, excepto que quede preñada.

48 Pero es de advertir, que en los casos en que la muger tiene derecho á ser alimentada por los herederos de su marido, ha de trabajar, y estar en la casa de éstos; porque quando por disposicion de la ley se deben alimentos á alguno, debe trabajar en la del que tiene obligacion de dárselos (5): lo que

(1) Arg. leg. Extráneo, ff. de Ventre in posses. mit. Gom. en la ley 50. de Toro, n. 48. vers. Quod tamen limita. Matienz. en dicha ley 3. gl. 1. n. 27. (2) Ley 6. tit. 19. Part. 4. ley 5. ff. de Agnosc. lib. §. 7. (3) Bursat. consil. 9. n. 10. y sig. Negusanc. de Pignor. part. 5. memb. 3. n. 97. y 113. y sig. Bald. Novel. in tract. de Dote, part. 5. privileg. 1. n. 8. al fin. Jason, in leg. Si non sortem, §. Si certum al fin. n. 10. (4) Arg. leg. Insulam, §. Fructus, ff. Solut. matrim. & in leg. fin. ff. de Petition. hæreditat. & in leg. Nesenius, ff. de Negotiis gest. Gom. ibi vers. Quinto. Matienz. en dicha ley 3. glos. 2. ex n. 19. al 35. (5) Arg. leg. Sicut, ff. de Oper. libertor. Gom. ibi vers. Adde tamen.

al contrario quando se deben por disposicion del hombre (1). Lo qual se entiende, si cómoda, y honestamente puede vivir con ellos, pues no pudiendo, se los han de dar en la parte en que habite (2); bien que puede permanecer en la casa en que vivia con el difunto, hasta que se le entregue su dote; y una vez que se halla sin vicio en posesion de ella, respecto estár hipotecados todos sus bienes á su restitucion, puede retenerla, y debe ser amparada en ella, pues á quien se dá la action, con superior razon la excepcion (3).

49 Há lugar todo lo explicado quando los herederos del marido no entregan su dote á la viuda durante el año legal, en que no puede estrecharlos á su tradicion, ó durante la dilacion convencional, pues pasado este respectivo tiempo, no están obligados á darlas alimentos, porque tiene facultad para compelerlos judicialmente á su devolucion, y si no lo hace, échese á sí misma la culpa de su inaccion en no usar de su derecho. Pero si habiéndosela pedido, tardan en entregársela, puede pretender los intereses de dote retardada por culpa de ellos, porque milita igual razon que dentro del año (4).

50 Sin embargo de que la muger haya llevado dote, si los frutos de ésta no alcanzan para alimentarla, deben los herederos de su marido darla únicamente los alimentos hasta en el importe de sus frutos, y no mas (5); pues aunque se finge que subsiste el matrimonio durante la viudedad, y si viviera el marido la alimentaria enteramente, ya traxese poca, ó mucha dote, ó ninguna; no satisface esto, porque esta obligacion es mere personal del marido, y no comprehende á sus herederos sino en quanto alcancen los frutos de los bienes que la retienen, excepto que esté preñada; por lo que ninguna ley se la impone, pues no militan para con ellos las razones que en él para alimentarla en otros términos; y el verdadero motivo

(1) Ley Libertis quos, §. 1. ff. de Aliment. & cibar. legat. (2) Ley Cajo, §. Imperator, ff. eod. tit. Gom. dicho vers. Adde tamen: al medio.

(3) Gom. ibi vers. Item adde, hasta el fin. (4) Doctor. in leg. Divortio, ff. Solut. matrim. Gom. ibi vers. Post annum verò, Matienz. en dicha ley 3. y glos. 2. n. 28. y otros que cita. (5) Ley Communis, §. ult. ff de Aliment. & cibar. legat. ley Iasulam, §. Faustus, ff. Solut. matrim. y ley Ex annuo, ff. de Donation. inter vir. & uxor. Bart. in leg. unic. §. Illo procuidubio. Cod de Iadue. tollend. Paul. in leg. Divortio al princip. & ibi Alex. n. 19. Matienz. ibi n. 29.

porque deben practicarlo, es por humanidad, y porque no es justo que ellos se estén aprovechando de la comodidad, uso, frutos, y réditos de sus bienes muebles, raices, y semovientes, y de los intereses de su dinero dotal, y ella se halle sin ellos, y sin tener que comer; y así deben darla los correspondientes alimentos, ó los frutos, ó intereses de sus bienes, y dinero dotales, durante la dilacion anual, ó convencional, ó hasta que se verifique la restitucion de su dote (1).

51 Aunque haya gananciales en su matrimonio, si no traxo dote, no deben contribuirla los herederos de su própio caudal con alimentos algunos durante la proindivision del comun, porque ninguna de las razones que para los dotales milita, ni hay ley que lo mande, como he sentado en el n. 43. y así tendrá accion únicamente á pedirles la anticipen para mantenerse, lo necesario, miéntras se efectúa la particion, á cuenta del haber, que como dueña de la mitad del caudal ganado la corresponda; y si lo resisten, deberá el Juez compelerles á ello por la regla: lo que no te perjudica, y aprovecha á otro, se te debe obligar á que lo hagas (2); pues interviene la necesidad de alimentos, que es urgentísima, como que son para vivir (3), y el que los niega, parece que mata (4).

52 Estando ausentes los herederos del marido, si su viuda no solo se apodera de sus bienes, sino que como si fuera dueña, vende sin poder suyo algunos muebles, y semovientes, y cobra las deudas que tenia á su favor: y luego los herederos aprobando virtualmente la venta, y cobranza, la hacen cargo de todo lo percibido, y vendido, é intentan que lo reciba en parte de pago de su dote, lo qual resiste, pretextando debe ser en cuenta de los alimentos que la competen miéntras ésta no se le entrega: será oida, y por consiguiente deberá compensar el precio recibido de todo lo que vendió, y cobró, con el importe de éstos, y admitir el sobrante en parte de pago de su dote, respecto á que los herederos no reclaman, ántes bien

(1) Matienz. en dicha ley 3. tit. 1. lib. 5. desde el n. 19. al 35. y en la 2. tit. 9. glos. 1. n. 10. al fin. Alex. y Jason en dicha ley Divortio. Guerreir. de Inventar. lib. 3. cap. 12. n. 58. hasta 171. (2) Ley In Summa 2. ff. de Aqua, & aquæ pluviæ arcend. Sr. Olea, tit. 3. quæst. 2. n. 18. de Cesion. jur. (3) Ley 2. §. Item Varus 5. ff. de Aqua & aquæ pluviæ arcend. Garcia, de expens. cap. 8. n. 35. al fin. (4) Ley Necare 4. ff. de Liber. agnoscend.

aprueban tácita, y virtualmente la venta, y cobranza; pero se la deberá cargar por los bienes vendidos el precio que valgan á la sazon, y no el que tenian quando los vendió, aunque fuese muy poco, pues á no haberlos vendido, lo darian por ellos; y así por haberse excedido en venderlos sin poder, ni licencia de los herederos, debe sufrir el perjuicio, y menoscabo, y no éstos (1).

§. III.

De dónde se deben deducir el lutó de la viuda, y herederos del difunto, el vestido ordinario de ésta, y el lecho quotidiano que toca al cónyuge supérstite.

53 Tres puntos (bien que de poco momento, y entidad, y no tocados, ni resueltos por los AA. como corresponde) son los que intento tratar en este párrafo, á saber: luto de la viuda, y herederos del difunto: vestido ordinario de ésta: y lecho quotidiano del cónyuge supérstite. El luto ordinario ó quotidiano por razon de alimentos, y para que sirva á la viuda de recuerdo de su marido se lo deben dar los herederos de éste segun su calidad, y haberes (ó lo que la cueste, si á sus expensas lo hizo) á mas de su dote, bienes parafernales, y mitad de gananciales que por derecho la tocan; y la razon es, porque por alimentos no solo se entienden la comida, y habitacion, sino tambien el vestido, curacion, y otras cosas necesarias (2); y porque aunque esté vestida, se queda desnuda en el instante que enviuda, por no convenirla como tal el trage de casada. Lo qual se entiende, habiendo costumbre en el Pueblo de que las viudas lo traigan, pues si no, no puede pretenderlo. Pero si no obstante haberla, se casáre dentro del año de su viudedad, y el luto fuere apreciable, (pues si es vil, ó de poco valor, no se debe hacer mérito de él) estará obligada en pena á restituírselo en el estado en que se halle; al modo que el usufructuario de bienes, que se deterioran, ó envejecen con el

(1) Ley Si negotia absentis 11. ff. de Negot. gest. ley Titia 48. ff. de Solutionib. y ley Mater tua 3. Cod. de Reivind. Ayor. part. 1. cap. 6. n. 8. vers. Sed incidenter quæro, hasta el fin. (2) Leyes Verbo victus 43. y Et cætera 44. ff. de Verbor. significat. Surd. de Alim. tit. 4. quæst. 2. n. 13. y sig. Fontanel. de Pact. claus. 7. glos. 3. part. 4. n. 26.

uso, porque lo disfrutó legítimamente el tiempo que subsistió viuda; y pasado el año, no tendrá esta obligacion, ya sea vil, ó precioso, porque cumplió con el fin para que se lo dieron los herederos, y no incurrió en pena, por no estarle prohibido, y así lo hace suyo (1).

54 Dicen algunos que este luto, ó su valor se ha de deducir del quinto, siendo legítimos descendientes los herederos, y no del total del privativo caudal, ó haber del difunto (2); y la razon que dan, es, porque se entiende comprehendido en los gastos funerarios, y para que no se disminuya la legítima de los hijos. Pero á la verdad es fundamento muy débil, y como tal no me convence. Lo I, porque ninguna ley lo manda, ni el testador tampoco. Lo II, porque del quinto se deben deducir solamente los gastos de su funeral, misas, entierro, y legados píos, y graciosos, segun la ley 30. de Toro: es así que el luto no toca al funeral, ni es del caso para él, ni necesario que se dé, ni traiga: ni está comprehendido entre las cosas que la ley citada ordena se deduzcan del quinto, ni otra alguna civil, ni real lo numera, ni estima por tal: luego por ninguna de estas causas se debe baxar de él. Lo III, porque la ley 30. de Toro es correctoria del derecho comun, y como tal se debe ceñir, y limitar á las cosas, y casos que especifica, y no ampliarse á las de que ninguna mencion hace; por lo que aun dado, y no concedido que el luto fuese parte del funeral, respecto de que por derecho comun se deben deducir los gastos funerarios del caudal del difunto, se sacará de él, y no del quinto, su importe, por no especificarlo la citada ley 30. como las misas, cera y gastos de humacion del cadáver, ni ser preciso para ésta; y así se conceptuará solamente parte del fune-

(1) Palac. Rub. in Repet. §. 11. n. 8. Garcia, de Expens. cap. 8. n. 37. al 40. Valasc. de Partit. cap. 19. n. 58. y 59. Ayor. part. 1. cap. 6. num. 3. y 4. Gutier. lib. 2. Pract. quæst. 95. num. 2. al 6. Acev. en la ley 3. tit. 6. lib. 5. Recop. n. 6. y 7. Matienz. en la 3. tit. 1. lib. 5. glos. 2. n. 36. Guerreir. de Inventar. lib. 3. cap. 12. n. 89. al 92. Lara, in leg. Si quis à liberis, §. Si quis ex his, n. 127. ff. de Liber. agnoscend. Castill. en la 15. de Toro, n. 8. y 9. Sr. Covar. in 4. 2. part. cap. 3. n. 9. y 10. Bartolomé Bersano, de Viduis, cap. 2. quæst. 3. (2) Gutier. dicha quæst. 95. n. 10. y 11. Acev. dicho n. 6. Bayo, Prax. Eccles. part. 3. lib. 2. quæst. 152. n. 16. al 18. Siguenz. de Clausul. lib. 2. cap. 11. §. 27. n. 148. Abendañ. en la ley 30. de Toro, n. fin.

ral en quanto concierne á la tristeza que denota, mas no á la necesidad para el entierro, ni alivio del difunto, que es lo que la ley miró, y mandó sacar del quinto. Lo IV, porque éste es la única hacienda que tiene de libre disposicion el testador: y si lo distribuye todo en sufragios por su alma, ó por su intencion, por tener que hacer alguna restitucion á personas incógnitas, y usa de este medio honesto, y decente, (porque aunque está obligado á restituir, lo está tambien á hacerlo de modo que no decaiga de su honor, ni del christiano concepto en que fué tenido) y con el sobrante de su entierro contempla que hay caudal suficiente para descargar su conciencia: ¿se podrá autorizar de justo, que se disminuya el quinto, para que los hijos perciban algo mas de legítima, quando ningun trabajo les costó el ganarlo, y él lo adquirió con afanes, y fatigas, y ninguna ley lo manda, ni tampoco el testador, ni le sirve de sufragio para su alma, y que tal vez esté mas en el Purgatorio, porque lo dicen algunos AA.? Me parece que no. Y lo V, porque la costumbre de dar luto á las viudas no habla con él, sino con sus herederos que la introduxeron, y por el hecho de haberla introducido, se impusieron el gravámen, y obligacion de dárselo de su caudal, como parte de alimentos, y no del que la ley dexó al testador, que es el quinto; cuya obligacion tenian aun antes de crearse la ley 28. de Toro, en que sin comparacion era mucho menor su legítima, y mayor la libre disposicion de sus padres, como en su lugar diré; y así no se les defrauda, ni disminuye su legítima, porque el luto en donde hay costumbre de traerlo, es deuda contra ellos, y por esta costumbre, y por razon de alimentos deben dárselo (1). Por cuyas razones tengo por constante, que cesando la costumbre contraria, ó el precepto expreso del testador, y disponga, ó no del quinto, se debe baxar el importe del luto ordinario del cuerpo del caudal privativo, como deuda contra él, y no del inventariado, porque entónces pagaba la viuda la mitad; ni del quinto, porque se defraudaba éste contra su voluntad, y se ampliaba sin potestad, é infringia la ley, que prescribe

(1) Cordob. in leg. Si quis à liberis. §. Si quis ex his, n. 125. y 126. ff. de liberis agnoscend. Thesaur. decis. 43. Tondut. Resolut. civil. part. 2. cap. 155. n. 8. Bersan. de Viduis, cap. 2. quæst. 3. n. 1. al 4.

lo que de él se debe deducir. Cuyo dictámen (1) es el que en mi concepto debe seguirse, y en las varias particiones que hice, observé, y fué aprobado judicialmente; pues de esta suerte sale del mismo quinto la quinta parte como deuda, y no su total de las quatro partes de herencia. Previniendo que al marido no se debe luto, porque no tiene derecho á ser alimentado de los bienes de su muger difunta, ni en él se contempla tristeza, ni desamparo como en ésta, por lo que solo habiendo costumbre de dárselo, se le abonará (2)

55. Los herederos, no hay duda que si quieren traer lutos, deben costearlos de su privativo haber, y no del cuerpo del caudal inventariado, porque entónces pagaba indebidamente la viuda la mitad de su costo: ni del quinto de el del difunto, porque se quedan con ellos, miran solamente á su pompa, y honor, ceden en su privativa utilidad, pues mientras los gastan, ahorran otros, y no hay ley que les precise á hacerlos, ántes bien se traen por costumbre, y por ostentacion, ni son necesarios para la humacion del cadáver, y alivio del difunto, ni están comprehendidos entre los que el Jurisconsulto estimó por funerarios: ni tampoco la ley 30. de Toro hace mencion de ellos (3); y es lo que se practica. Advirtiendo que por bando publicado en esta Corte en 14 de Mayo de 1763 en observancia de la ley 23. tit. 13. lib. 6. Nov. Rec. se permite traerlos solamente á los parientes del difunto en los grados próximos de consanguinidad, y afinidad, que son: por padre, ó madre, hermano, ó hermana, abuelo, ó abuela, ú otro ascendiente, suegro, ó suegra, marido, ó muger, ó el heredero, aunque no sea pariente del muerto; y se prohibe darlos á los criados, y familia de éste, y á los de sus hijos, yernos, hermanos, parientes, y herederos: de suerte que á ninguno de la familia, aunque sea de escalera arriba, se deben dar, ni ellos ponerlos.

56 En el capítulo primero de este libro núm. 23. he sentado que el vestido ordinario de la viuda no se debe inventariar. Lo qual se entiende con la distincion siguiente: Si la muger llevó dote, y lo incorporó en su carta dotal, se debe

(1) Castillo, ley 30. de Toro, numer. 11. el que cita á Palacios Rubios: Tello Fernandez en ella, n. 4. y 5. Valasc. de Partit. cap. 19. n. 37.
(2) Tell. en la ley 6. de Toro, n. 27. y en la 15. n. 1. Siguenz. ibi n. 186.
(3) Ayor. part. 2. quæst. 12. n. 24. Tell. en la ley 30. de Toro, n. 4.

tasar, y aplicársele en cuenta de su haber dotal, ya haya, ó no gananciales, porque es parte de su dote; y si no lo incorporó, como es regular, ó no consta, no se ha de valuar, ni hacer mérito de él, porque así como entró vestida en poder de su marido, y esto mas traxo, debe quedarlo por su muerte, ya sea mejor, ó peor que el que llevó, porque cada uno en su tiempo se gradúa por ordinario, atendido el estado, calidad y facultades de la muger quando soltera, y las del marido quando casada. Y aunque no lleve dote, ni haya gananciales, se la debe dexar, porque (como queda expuesto) entró vestida en poder de su marido, y es parte de los alimentos que debia darla, por lo que lo hizo suyo; y lo própio milita en este caso para con los demás vestidos de su uso, porque son alimentos: con tal que no excedan del quinto, si el difunto dexó descendientes legítimos, ó del tercio, si ascendientes, ya se los legue, ó no. Y por vestido ordinario se entiende, y estima aquel con que la muger salia diariamente á la calle con decencia segun su esfera, y haberes de su marido, cuya designacion se debe dexar al arbítrio del Juez docto, imparcial y prudente. Así lo siento, y he visto practicar, y practiqué. Los vestidos preciosos, de que solo usaba la muger en dias de lucimiento (cuya graduacion se debe dexar tambien al Juez, atendida la calidad, y caudal del marido, y la costumbre del País entre personas iguales en el todo, por lo que no se puede dar regla fixa, como los AA. (1) exponen) deben quedar á beneficio del caudal de su marido, y luego se la aplicarán en cuenta de su haber, porque éstos no están comprehendidos en los alimentos que debia darla, y no debe resistirse á tomarlos en parte de pago, excepto que sean comprados por la muger con lo que se la dió con título de alfileres, pues entonces se observará lo que en dicho cap. 1. n. 23. de este libro dexo explicado.

57 Á la viuda corresponde el lecho, ó cama en que diariamente dormia con su marido: y este tiene igual derecho á él, quedando viudo, por concederlo á entrámbos la ley 6. lib. 3. del Fuero Real, que está en uso en las mas partes de

(1) Fontanel. de Pactis. nuptial. claus. 7. glos. 3. part. 7. n. 58. Rodrig. de Concurs. credit. part. 1. artic. 1. n. 136. Surd. decis. 166. n. 9. Menoch. de Arbitr. lib. 2. cont. 3. cas. 218. n. 5.

estos Reynos de Castilla, y dice: *Si el marido, ó la muger muriere, el lecho que habien quotidiano finque al vivo, é si se casare, tornenlo á particion con los herederos del muerto.* Y así aunque el difunto legue al supérstite el quinto, ó el tercio, se le debe abonar, y entregar el lecho, porque se lo concede el derecho, y no el testador, es deuda contra los bienes de éste á falta de gananciales, y ha de ser el mismo, y no otro por él, ni su valor. Pero es de advertir que el abono del lecho se ha de hacer quando se inventarió, porque de omitir inventariarlo, es visto haberse quedado con él el viudo, y así no se le debe abonar, pues serían dos lechos, y la ley no le concede mas que uno, que es el que usaban quotidianamente ámbos cónyuges.

58 Por lecho quotidiano, se entiende el de madera, los colchones, ó gergon, quatro sábanas, quatro almohadas, colcha, manta, y colgadura, si la usaban: sobre lo qual se ha de atender á las facultades, y calidad de las personas, y especialmente á la costumbre del Pueblo, la qual así en órden á darse al supérstite, como á lo que ha de contener, es la que rige, y mucho mas en quanto al uso de las leyes del fuero, como lo dice (1) la ley primera de Toro. Lo que es al contrario quando el marido lega la cama á su muger, pues en este caso viene únicamente la correspondiente á su estado viudal, y no el lecho precioso, por no convenir éste á la viuda, y deberse entender, é interpretar las palabras del testador, segun la condicion de la persona á quien su voluntad, y disposicion se dirigen (2).

59 Del contexto de esta ley del fuero resultan tres dificultades: La I, de dónde se ha de deducir el lecho que concede al supérstite; á la qual satisfago diciendo, que si hay gananciales en el matrimonio, se debe sacar del total cúmulo de éstos ántes que se proceda á su repartimiento entre ellos, porque era comun á los dos cónyuges, y ámbos lo usaban; ó del cuerpo de caudal comun, que es lo mismo, respecto contribuyen por mitad, y hay gananciales, y no del privativo

(1) Gutier. ibi 2. Pract. quæst. 95. n. fin. Quesad. lib. 1. Divers. quæst. cap. 28. col fin. n. 112. Siguenz. de Claus. dicho lib. 2. y cap. 11. § 28.

(2) Gutier. lib. cit. quæst. 93. n. 6. y 7. Ayor. part 1. cap. 3. num. 40. vers. Et quod lectus. Palac. Rub. in Repet. rubr. §. 11. n. 9.

del difunto; en cuyo caso el viudo paga la mitad; que es suya, como que sale del acerbo de ellos; por lo que en el de volverse á casar, solo deberá restituir la otra mitad á los herederos del muerto. Y si no hay gananciales, pero sí costumbre en el Pueblo de que sin embargo de no haberlos, lo lleve el supérstite, como en esta Corte sucede, se ha de deducir del privativo caudal del difunto: y en este caso si se volviere á casar, lo restituirá íntegro (1), lo qual se practica así respectivamente por los contadores inteligentes.

6o Y aunque algunos fundados en que es donacion, dicen que habiendo descendientes legítimos, debe sacarse del quinto, no me adhiero á su dictámen: Lo I, por no mardarlo esta ley, ni otra, ni el testador. Lo II, por no estar comprehendido entre las cosas que la 30. de Toro manda se deduzcan de él. Lo III, porque es una accion, y derecho que la ley concede al supérstite contra los bienes del que premuere, no habiendo gananciales, y un gravámen recíproco, que por el hecho de casarse les impone, y empieza á tener vigor, y ser efectivo en el instante que el uno fallece, del qual ninguno de ellos se puede exîmir, ni prohibir que lo lleve el supérstite en donde hay costumbre de llevarlo, porque nadie puede hacer que las leyes no tengan fuerza contra lo que dispone. Lo IV, porque esta palabra *habian* con que se explica la ley, denota propiedad, y dominio en la cosa (2), y no hay duda que ámbos lo tienen en el lecho. Y lo V, porque si se debiera deducir del quinto, lo expresaria la ley, y mandaria que al legatario de él se devolviese. Es así que no solo no lo manda, sino ántes bien que el supérstite lo vuelva á particion con los herederos del muerto: luego de la herencia de éstos, á donde ha de volver y no del quinto, debe salir, y sacarse; pues de lo contrario resultaria que los herederos se lucraban en detrimento del legatario de éste, lo qual resiste el derecho (3). Por cuyas razones, y porque la ley no distingue de herederos legítimos, ni extraños, por lo que no debemos distinguir, ni es donacion que el uno haga al otro, ni legado, para que se baxe de él, digo

(1) Gutier. dicha quæst. 95. n. 17. (2) Ley Qui habebat, ff. de Rebus dub. Garcia de Expens. cap. 8. n. 41. al fin. (3) Ley 17. tit. 34. Part. 7. Ley Jure naturæ, ff. de Regul. jur. y cap. Locupletari, de Regul. jur. in 6.

que se debe separar, y deducir en los términos expuestos, habiendo costumbre de llevarlo el supérstite, y existiendo viudo al tiempo de la particion, pues no se defruda la legítima de los hijos en cosa alguna, por no ser parte de ella, sino ántes bien deuda legal contra el caudal del difunto, ni pertenecerles, y sí al viudo, que en vida del difunto ya lo gozaba, y tenia el dominio en él.

61 La dificultad segunda es, si habiendo deudas contraidas en el matrimonio, ó ántes por el marido, y ningunos gananciales, tendrá derecho la viuda al lecho con preferencia á los acreedores. Y digo que si es el mismo que la muger llevó á su matrimonio, debe ser preferida á todos los de su marido, porque son bienes dotales suyos, que no están sujetos á la responsabilidad de las deudas de éste, aunque al tiempo de casarse se hayan estimado, pues por la estimacion, y aprecio no perdieron la naturaleza, ni privilegio de dotales; y así siempre la compete la accion de dominio en ellos para su recuperacion (1), como he sentado en el capítulo 4. de mi 1. parte §. 2. núm. 51.

62 Siendo de los bienes própios del marido: ó los acreedores tienen hipotéca especial en los de que se compone el lecho, ó no. Si la tienen, serán preferidos, porque lo son por causa onerosa, la muger lo pretende por la lucrativa, y la obligacion sigue la hipoteca, como inseparable de ella hasta que se libéra (2). Y si solo la tienen general tácita, ó expresa, aunque parece que la muger debia ser preferida como anterior en tiempo, porque en el instante que se casa, adquiere derecho á él, en caso de sobrevivir á su marido, y en esta obligacion no viene lo que verosímilmente ninguno obligaría (3), y á mas de esto está exceptuado expresamente con otras varias cosas, y no comprehendido en ella, segun derecho (4), como he sentado en el cap. 7. de mi 1. part. n. 65.; pero como la muger lo pretende por causa lucrativa, y onerosa, y los acreedores por ésta, es únicamente deuda legal entre ella, y su

(1) Ley In rebus 30. Cod. de Jure dot. ley Assiduis, Cod. Qui potiores in pignore habeantur. (2) Ley quod autem, § Simili modo, ff. Que in fraudem creditor y ley final, Cod. de Jure deliberand. (3) Ley Obligatione generali, ff. de Pignor Ayor. part. 1. cap. 3. n. 41. (4) Ley 5. tit. 13. Part. 5. et ibi glos. 1. y 2.

marido en caso de tener éste bienes, (que se llaman así los que sobran, deducido lo ageno) y no necesaria, hasta que el marido muere: y al tiempo de su muerte ya estan contraidas las onerosas, por eso deben preferirla (1); pues los acreedores por causa onerosa prefieren á los de causa lucrativa, segun expondré en el capitulo del Juicio de concurso de acreedores, §. 2. lib. 3. tom. 4. bien que no falta quien diga lo contrario, fundándolo en que es deuda legal absolutamente, y no donacion, sin embargo de estar la ley en el título de las herencias, y de que quando alguna materia se comprehende baxo de un título, ó rúbrica, se debe juzgar prudentemente ser de la própia naturaleza que ésta.

63 Si el lecho se adquirió durante el matrimonio, porque todos los bienes son ganados en él, se ha de atender á si las deudas se contraxeron durante la sociedad conyugal, ó el marido las tenia contraídas quando se casó; si se contraxeron por ámbos, preferirán los acreedores á la muger, porque aunque no suene en la obligacion, se entiende obligada, y puede ser reconvenida en lo que en ellos la toque (2), segun dexo sentado en el cap. 3. §. 3. de este libro, pues no los hay, hasta que se pagan las de la sociedad (3).

64 Y si el marido las contraxo ántes de casarse, sacará la muger la mitad del lecho con la de los gananciales, porque la de éstos la tocan por el contrato de sociedad inducido por el matrimonio, y trabajo que en su adquisicion, y conservacion tuvo: por el dominio irrevocable, que muerto el marido adquirió en ella: y porque no está obligada á satisfacer las privativas de éste, sino solamente la mitad de las contraidas durante la sociedad conyugal (4).

65 Y la dificultad tercera es, ¿si en qualquier tiempo que el que sobrevive se case, deberá restituir el lecho á los herederos del muerto, ó solamente reservárselo, y gozar de su usufructo miéntras viva? Respondo: que el viudo, ó viuda

(1) Gutier. lib. 2. Pract. q. 94. (2) Ley 9. tit. 4. lib. 10. Nov. Recop. Gutier. dicho lib. 2. y quæst. 94. n. 3. al fin. Ayor. part. 1. cap. 3. num. 41. vers. Tertio verò casu. (3) Ley Quintus Mucius 30. ff. Pro socio (4) Ley 14. tit. 20. lib. 3. del Fuero Real, y ley 207. del Estilo. Ayor. dicho n. 41. vers Pero si las deudas. Ley 1. y todo el tit. Cod. Ne uxor. pro marito conveniat.

ya se case dentro, ó despues del año de su viudedad, debe restituir á los herederos del difunto el lecho que hubo de él, si su total se deduxo de sus própios bienes, por no haber gananciales: ó su mitad, si por haber éstos, se baxó de ellos (1): cuya restitucion debe hacer en el estado que tenga al tiempo de contraer marrimonio segunda vez, y no responder de su deterioro, porque miéntras no lo contraxo, lo usufructuó legitimamente, y el usufructuario de bienes que se envejecen con el uso, cumple con volverlos segun se hallen quando espira el usufructo, y así debe constituir la fianza, como he advertido en el cap. 1. de mi primera parte adicionada, n. 268. y 269. y diré en el n. 24. de este libro.

66. Y, sin embargo de que algunos (2) afirman que los viudos pueden disfrutar el lecho quotidiano durante su vida, aunque se casen en el año de su viudedad, y que en este solo caso están obligados á reservar el todo, ó su mitad (segun de donde se haya deducido) á los herederos del muerto: no me adhiero á su dictámen. Lo I, porque no estamos en caso alguno de los que la ley 15. de Toro, y otras de Partida, y del derecho comun, que citaré en su lugar, prescriben para la reservacion, y son: quando el marido, ó la muger se donan, ó legan algo, ó suceden abintestato á alguno de sus hijos; pues aquí nada se legan, ni donan, ni lo adquieren uno del otro por voluntad del difunto, sino por la disposicion legal: ni de sus hijos, por haber muerto abintestato, ni por otro motivo, y así no tienen conexion con el presente. Y lo II, porque aquellas leyes permiten la reservacion de lo que hubo un cónyuge del otro por contratro lucrativo: y la del fuero inserta tan léjos está de permitirla, que ántes por el contrario manda expresa, y literalmente, que el que se vuelva á casar, restituya el lecho; pues el decir: *E si se casare, tornelo á particion con los herederos del muerto*, no es otra cosa, que mandar se vuelva al juicio divisorio, para que los herederos del difunto lo partan entre sí como los demás bienes de la he-

(1) Ley del Fuero inserta, Acev. en la 3. tit. 1. lib. 5. Recop. n. 5.

(2) Autor. cit. por Gutier. in dict. quæst. 95. ex n. 1. al 14. Castill. en la ley 15. de Toro. vers Potest etiam. Siguenz. de Claus. dicho lib. 2. y cap. 11. §. 28. n. 188.

rencia, de donde salió (1). Sin que haya diferencia, ni distincion en si el viudo se casa, ó no dentro del año de su viudedad, ni en que los herederos sean legítimos, ó extraños, porque la ley no distingue de tiempos, ni de herederos, ántes bien habla absolutamente, y así no debemos distinguir; y decir lo contrario es interpretacion violenta; lo que prevendrá el contador en la adjudicacion, y presupuesto correspondiente, para dexar ileso el derecho de los herederos, y que el viudo, ó viuda no pueda alegar ignorancia, pues ésta es la verdad constante. Si al tiempo de hacer la particion están casados otra vez, no se debe abonar el lecho, porque no subsiste la causa de su concesion, y ya tienen otro, y otro matrimonio, por lo que se extinguió el derecho que por razon de la viudedad les competia á él, y la ley no concede dos lechos, pues cesando la causa, cesa su efecto; por cuya razon se executorió así años pasados justamente por el Consejo con arreglo al espíritu de la ley, segun expliqué en el citado cap. 3. de dicha mi 1. parte.

67 Algunos contadores para aplicar el lecho legal al que sobrevive, hacen un cómputo, y le adjudican en dinero, ó en otros bienes lo que á su arbitrio estiman que vale con atencion á la esfera, y caudal de ámbos: lo qual no debe practicarse y sí inventariarse, y valuarse con separacion las cosas de que se compone, y luego aplicárselas con distincion, y claridad, y no dinero por ellas; lo uno, porque la ley no les concede esta potestad, ántes bien manda que el viudo lleve el mismo lecho que tenia, y no su importe, ni otras cosas por él: y lo otro, porque si llega el caso de su restitucion por volverse á casar, cumple con restituirlas en el estado en que se hallen: y habiéndosele entregado en dinero, ó en otra especie, mal puede graduarse quánta cantidad ménos ha de restituir, porque no se tienen presentes las cosas de que ha de hacer la restitucion, ni el deterioro que padecieron con el uso; y así lo practiqué siempre, porque es lo justo, lo dicta la misma razon, y debe observarse, no pactando lo contrario los interesados, ó no habiendo motivo que lo obste. Y otros le entregan los bienes de que se compone el lecho sin

(1) Gutier. ibi n. 15. Aceved. en dicha ley 3. tit. 1. lib. 5. Rec. n. 7. y 8.

tasarlos, ni inventariarlos, lo cual es igual, ó mayor error por las razones expuestas, y por el perjuicio que se puede irrogar á los acreedores del marido, si el lecho se aplica de sus bienes; ó de los gananciales á su viuda, y los que dexó no alcanzan para reintegrarlos de sus créditos, y así ni uno, ni otro se debe practicar, sino lo que dexo explicado. Y si el marido lega á su muger algun lecho fuera del legal, y tiene hijos, se practicará lo própio, para que si se volviese á casar, lo restituya quando fallezca, en el estado en que se halle, pues en este caso puede disfrutarlo miéntras viva, y solo está obligada á la reservacion, por no ser el legal, sino un legado voluntario. (*a*).

(*a*) No una vez sola se ha tocado, y experimentado separarse el lecho quotidiano para la viuda sin haberse hecho inventario, ni tasacion de él, y con la idea de ninguna responsabilidad; todos los interesados asintieron al parecer del contador, diciendo que pues el lecho era la cama de que acostumbraban usar los cónyuges en tiempo de su matrimonio, era extraño, siendo de ámbos y de cada uno, y servia para el descanso de semejante enlace, se tuviese atencion á su mitad quando qualesquiera de los dos fallecia-

CAPITULO VII.

DEL USUFRUCTO, Y COMO SE HAN DE DIVIDIR los frutos que dexa pendientes el usufructuario.

§. I.

De las especies de usufructo: en qué conviene y se diferencia del uso y legado anuo: y si el usufructuario debe ó no pagar las deudas del testador, y cargas de los bienes que usufructua.

1 Parecerá impertinente el explicar en este tratado la materia de usufructo; pero como muchos testadores, que carecen de herederos forzosos, suelen dexar á sus mugeres, ó á otros el del todo ó parte de sus bienes, y á otros la propiedad, y para que se sepa lo que han de usufructuar, es preciso hacer particion, si el marido ó la muger son los usufructuarios, ú otro: tengo por conveniente explicar las obligaciones del usufructuario, cómo se han de dividir los frutos que dexa pendientes, y otras cosas á este asunto concernientes; y en su exposicion digo, que las principales especies de servidumbre son tres: una se llama *real*, y es la que la finca, un fundo, casa, ú otra cosa urbana ó rústica debe á otra.

2 Otra se titula servidumbre *personal*, y es la que una persona debe á otra, v. g. el derecho que el Señor tiene en su siervo (1); bien que ésta no es propiamente servidumbre ó usufructo *formal*, sino *causal*, que depende de su causa, qual es el dominio, porque no puede verificarse en la cosa en que el hombre tiene plenamente éste (2): y solamente se le puede dar con propiedad el título de *personal*, quando el dueño del siervo concede á alguno su servidumbre, ó trabajo por contrato ó última voluntad.

(1) Leyes del tit. ff. de Statu homin. y del tit. De his qui sunt sui, vel alieni juris, y §. 1. y todo el tit. Institut. de Jure personar. (2) Ley In re communi, ff. de Servitut. urban. prædior. ley Uti frui, ff. Si usufructus petat. y ley Cum in fundo, ff. de Jure dot. Jason, y Faber. in §. Æque si agat. Institut. de Action.

3 Y la otra se llama *mixta*, porque se debe por la finca á la persona, v. g. el uso, la habitacion y el usufructo. Este usufructo es de dos maneras, *legal y convencional*: el *legal* es el que proviene de la disposicion de la ley, v. g. el que tiene el padre en los bienes adventicios de su hijo, mientras existe en su poder, y los cónyuges en lo que hubieron uno del otro, y deben reservar quando contraen nuevo matrimonio. Y el *convencional* es el que se adquiere por contrato ó última voluntad (1), del qual paso á tratar.

4 El *usufructo convencional* se divide en *causal y formal*. Se llama *causal* el que tiene el dueño en su misma alhaja, que viene á ser la utilidad, rédito ó fruto que de ella percibe, el qual es inseparable de la propiedad; por cuya razon, y porque no puede caer, ni verificarse en finca ó alhaja en que el hombre tiene pleno dominio, excepto en el caso y modo propuestos en el núm. 2. no se titula con propiedad usufructo (2). Y así el *dominio* y la *propiedad* se diferencia en que el dominio es un derecho quasi siempre conjunto con el usufructo; y la propiedad un derecho separado de él (3); y quando se consolidan ésta y el usufructo, se llama *propiedad plena* (4), ó perfecta.

5 El *usufructo formal* y verdadero (que se distingue y separa de la propiedad) *es un derecho de usar y gozar de las cosas agenas, dexando salva é ilesa su propiedad, y substancia* (5). Es de quatro maneras: *natural*, *industrial*, *legal y convencional*. El *natural* es el que produce la naturaleza por su própia virtud, sin que el hombre ponga su industria, v. g. los árboles, viñas, olivos, &c. El *industrial* es el que la necesita para ser producido, v. g. las tierras que no producen si no las siembran y cultivan. El *legal*, ya sea natural ó industrial, es el que la ley concede, v. g. al padre el de los bienes adventicios de sus

(1) Ley 8. al fin, ff. de Pericul. & commod. rei vendit. (2) Ley Uti frui cit. ley Si cum argentum 21. §. Si fundum meum, ff. de Exception. rei judicat. ley Si unus, §. Item si pactus sum, ff. de Pact. y ley Usufructu, ff Solut. matrim. Gom. lib. 2. Var. cap. 15 n. 2. (3) Ley 30. tit. 32. Part. 3. y ley 12. tit. 14. Part. 7. ley 4. ff. de Usufruct. ley Si Usufructus: ley 4. y ley Cum in fundo, ff. de Jure dot. (4) Ley 2. ff. Quibus modis usus-fructus amittat. dicha ley Cum in fundo: ley Fœminæ, Cod. de Secund. nuptiis, y ley Si Titio, ff. de Usufruct. legato. Parlador. lib. 1. Rer. cap. 4 per tot. (5) Ley 1. ff. de Usufruct.

hijos. Y el *convencional* es el que proviene de la concesion del hombre por contrato ó última voluntad (1) (a).

6 Puede constituirse en las cosas raices (2): en las muebles que no se consumen, pero se deterioran ó envejecen con el uso, v. g. trastos de casa, ropas, alhajas de plata, oro, &c. en las que con él se consumen, y reciben la funcion en su mismo género, v. g. aceyte, vino, trigo y demas semillas, pues aunque en ellas no se verifica propiamente el usufructo, porque necesaria y quotidianamente se deben consumir, y de otro modo no puede usarlas el usufructuario, se llama impropiamente usufructo este uso: y en los semovientes, v. g. siervos, bueyes, bacas, ovejas, machos, yeguas y otros ganados. Pero es de advertir, que el tesoro hallado en el fundo que usufructúa el usufructuario, no es fruto, sino aumento del fundo, y así el propietario ó el usufructuario que lo halle llevará la quarta parte, y no mas, haciendo lo que preceptúa la ley 3. tit. 22. lib. 10. Novis. Recop. segun en el cap. 5. de este libro, n. 58. al fin dexo sentado.

7 Se diferencian el *usufructo* y el *uso*: Lo I, en que el que tiene el usufructo, gana y hace suyos todos los frutos, rentas y aprovechamientos de la cosa que usufructúa, y los puede vender, arrendar y enagenar, aunque no el derecho de usufructuar, porque es personal y no transmisivo; pero el que no tiene mas que el uso, puede aprovecharse solamente de lo que para su gasto y el de su casa necesite, mas no para vender, ni dar á otro el exceso que rinda, ni enagenar, ni empeñar la cosa en que se le concedió el uso. Y lo II, en que

(1) Véase el cap. 1. de la primera parte. (2) Ley Omnium prædiorum 3. ff. de Usufruct. & quemadmodum.

(a) Sin embargo de que siempre entre los Intérpretes y Jurisconsultos se ha explicado y distinguido el usufructo en formal y causal, se pone reparo por el Sr. Gutierrez en que éste, como anexo á la propiedad, no es servidumbre, y dice bien, pues tal no puede llamarse respecto á que si se ha de gozar, como se verifica, de un fruto en cosa agena, no debe serlo el causal, que se disfruta en cosa própia, el mismo fruto que ofrece y produce la finca; una cosa es que por estas consideraciones se diga, y con fundamento, sin pararnos en materialidades, que el fruto que goza el dueño de la finca, y produce esta, se llame usufructo, como se llama el del usufructuario de la cosa agena, y otra cosa es que sea aquel goce servidumbre; déxense correr las cosas que por tantos siglos se han observado, y no traen perjuicio en haberse así explicado los Interpretes.

el que tiene el usufructo debe hacer de los frutos los reparos, labores y demas cosas necesarias á la conservacion de las alhajas y bienes que usufructúa, y satisfacer de ellos las pensiones anuales; pero el que tiene solamente el uso, á nada está obligado, á excepcion de que la cosa sea tan pequeña, que él solo la disfrute enteramente, y se aproveche de todo su producto, pues en este caso á todo lo estará. Y convienen en que así el usufructuario como el usuario deben afianzar; aquel en la forma que se expresará en los números desde el 15. al 25. segun sean los bienes que ha de usufructuar: y éste que usará de la alhaja á buena fe, sin hacer en ella cosa alguna, por la qual se la irrogue detrimento, ni se pierda (1).

8 Tambien se diferencian el usufructo y el legado anuo: Lo I, en que el usufructo se dexa regularmente al usufructuario por toda su vida (2); pero el legado anuo se hace solamente por ciertos años (3). Y lo II, en que el usufructuario no hace suyos los frutos que dexa pendientes quando fallece, pues como personal se extingue con su persona, por lo que para que sus herederos los puedan percibir, es indispensable que ántes de su muerte estén cogidos ó separados del suelo (4); como diré en el §. 3.; pero al que tiene legado anuo, tocan, aunque no lo estén; y así muriendo despues de entrado el año, puede dexar íntegros los frutos de éste á su heredero, porque los pendientes ó maduros aumentan el legado (5) (*a*).

9 Como el usufructo ha de ser de los bienes próprios del que lo concede, ¿se duda si el usufructuario de todos debe ó no pagar las deudas de éste, y los legados que haga? Y digo I, que si el usufructo fué constituido por contrato en sanidad, no está obligado á satisfacerlas, ni sobre su solucion puede ser reconvenido, porque la accion y obligacion personales no si-

(1) Leyes 20. 21. y 22. tit. 31. Part. 3. (2) §. Finitur, Institut. de Usufruct. (3) Ley Cum in annos 11. ff. de Annuis legat. (4) Ley defuncta fructuaria 58. ff de Usufruct. & quemadmodum. (5) Ley In singulos 8. & ibi glos. ff. de Annuis legat. Parlador. different. 29. n. 3. Sr. Castillo de Usufruct. cap. 8.

(*a*) Se ha acusado por el Sr. Gutierrez de inútil quanto escribieron el Sr. Castillo, Parlad. y otros Comentadores en manifestar las disposiciones civiles acerca del legado anual. Vease lo que se ha dicho sobre esto en el prologo de la parte primera, pag. 43. á 46.

guen al particular sucesor y deudor (1). Y así en este caso deben ser reconvenidos el propietario ó sus herederos; y no teniendo con que satisfacerlas, se venderá la alhaja en propiedad y usufructo, en caso que esté hipotecada á su seguridad; pues no estándolo, se venderá solamente la propiedad, á ménos que se pruebe fraude en el deudor que enagena el usufructo, en cuyo caso éste y aquella se venderán (2).

10 Y II si se constituye en última voluntad está obligado el usufructuario á pagarlas de los bienes de la herencia, ya estén ó no hipotecados á su satisfaccion, y tambien los legados anuos, y á enterrarle y hacerle sus exêquias, porque el legado de usufructo se entiende únicamente de los bienes própios del que lo dexa, de los quales es válido, y no de los agenos que exîsten en su poder, ó á que es responsable (3): pues no se llaman, ni son bienes del testador, sino el resíduo líquido, que deducido lo ageno sobra, y de esto se entiende usufructuario (4).

11 Se limita lo que se acaba de decir quando el testador legó solamente á uno el usufructo de cierta finca, ó de otras cosas determinadas ó de la mitad, tercera, quarta ó quinta parte, ú otra quota de sus bienes, pues entónces no se han de pagar de ellos las deudas, sino de los demas de la herencia; y no queriendo satisfacerlas de éstos el heredero propietario, lo ha de hacer de los suyos própios (5). Lo qual se entiende, excepto que el testador mande lo contrario, ó se infiera de su voluntad, pues en otros términos no está obligado el legatario al débito hereditario, sino solamente el heredero (6).

(1) Ley Quædam, §. Is autem, ff. de Edendo, ley penult. Cod. de Obligation. & action. y ley Adhuc, §. Si operas, ff. de Usufruct. (2) Gom. lib. 2. Var. cap. 15. n. 8. Cras. in §. Legatum, quæst. 25. Sr. Covar. lib. 2. Var. cap. 2. Menoch. lib. 4. præsumpt. 143. Sr. Castill. de Usufruct. cap. 59.

(3) Ley Usufructu bonorum, ff. Ad leg. Facild. ley final, §. Sin autem, Cod. de Bonis quæ liberis, ley final, §. Et si præfactam, Cod. de jure deliberand. y ley final, ff. de Usufruct. legat. Gom. ibi. Parlador. lib. 2. Rer. quotid. part. 4. cap. fin. §. 2. num. 8. (4) Ley Subsignatum, §. Bona, ff. de Verbor. obligation. ley Mulier. bona, ff. de Jure dotium. Gutier. lib. 5. Pract. quæst. 3. ex n. 17. al 20. (5) Ley fin. ff. De usu & usufruct. legat.

(6) Ley Pro hæreditariis, Cod. de Hæreditariis action. ley 1. Cod. de Reb. credit. y ley Ea, quæ, Cod. Familiæ erciscund. Ayor. part. 2. quæst. 21. n. 67 Morquech. de Divis. bonor. lib. 4. cap. 11. n. 98. hasta el fin. Guerreir. de *Inventario*, lib. 4. cap. 2. desde el n. 25. y el Sr. Castillo de usufruct. cap. 58. y 59.

12 Si el testador dice: *Dexo por heredero universal de mis bienes á mi hermano Pedro, para que los goce y posea por toda su vida: y para despues de ésta instituyo por heredero de ellos á Francisco mi sobrino, hijo de mi hermano Andres.* Y sobre sus bienes tiene impuesto censo al quitar, ¿á quien pertenece la satisfaccion de sus réditos anuales? Sobre lo qual hay variedad en el modo de pensar. Unos afirman que el instituido por su vida es verdadero heredero, con la obligacion de restituir despues de ella al otro heredero la herencia, como fideicomiso (1). Y otros (á cuyo dictámen me inclino) dicen que no es heredero verdadero, sino solamente usufructuario (2).

13 Y como de ser heredero fiduciario con obligacion de restituir la herencia ó usufructuario, resulta notable diferencia, porque siendo heredero gravado, puede retener la quarta *trebeliánica* de lo líquido, deducidas deudas, mas no, siendo usufructuario (3): se sigue de aquí, que el usufructuario aunque no está obligado á pagar de su usufructo las deudas de la herencia, pues (como dexo expuesto) se han de satisfacer de los bienes de ella; pero sí el redito anuo de la misma comodidad, ó frutos que de ellos percibe, porque de su producto líquido, baxadas cargas, es de lo que se le instituyó usufructuario; y lo mismo sucede con el diezmo, arrendamiento de la tierra en que exîsten los frutos pendientes, tributo, gavela y otras cargas, aunque hayan sobrevenido al usufructo (4), como sentè en el cap. 1. de dicha mi primera parte, por ser una cosa el pagar el gravamen anual de los mismos frutos, y otra muy diversa el liberar de él los bienes de la herencia, lo qual es satisfacer las deudas de ésta, á lo que no está obligado; por lo que si redime el censo, puede su heredero retener los bienes hasta que el propietario le entregue su capital (5), y si no quiere pagar el rédito, y da lugar á que por él se exe-

(1) Jason in leg. Extraneum, Cod. de Hæredib. instituend. Sr. Greg. Lop. en la ley 15. tit. 3. Part. 6. glos. 1. Sr. Molin. de Primogen. lib. 1. cap. 14. n. 11. Gom. lib. 1. Var. cap. 2. n. 9. (2) Paul. de Castr. consil. 460. Paul. de Montepio in leg. Titia, §. Titia cum nuberet, ff. de Legat. 2. Sr. Covar. lib. 2. Var. cap. 2: n. 5. Parlad. dicha different. 29. n. 13. (3) Los tituli. ff. Ad Senatus consultum Trebellian. y ff. Usufructuarius quemadmodum caveat. (4) Ley Hactenus, ff. de Usufruct. y ley 22. tit. 31. Part. 3. verb. E si diezmo, ó otro tributo, & ibi glos. 5. (5) DD. in leg. Julianus, §. Hæres, ff. de Legat. 1.

cuten los bienes, puede el propietario redimirlo, y retenerlos para sí despues de pagado (1).

14 Otorgando testamento de conformidad marido y muger: instituyéndose recíprocamente por usufructuarios, y para despues de sus días por heredero á otro: si muerto el uno revocáre el que sobrevive, como puede, su testamento (2), deberá restituir al propietario los frutos que percibió de la herencia del difunto; y la razon es, porque en los contratos en que ha lugar la revocacion ó penitencia, no debe percibir lucro el que se vuelve atras (3): y siendo creible que el difunto se convino en dexar al que sobrevive el usufructo de sus bienes, porque instituyó por heredero al otro como él: una vez que se arrepintió, y cesó la causa, debe tener lugar la repeticion de frutos por éste (4), y así sus herederos se lo pagarán.

§. II

Si estará ó no obligado el usufructuario á dar fianza para gozar el usufructo, y cómo debe darla; quándo en éste habrá ó no lugar el derecho de acrecer; y por qué causas se extingue.

15 Para poder gozar el usufructuario el usufructo que se le dexó de los bienes que no se consumen con el uso, ya sean muebles ó inmuebles, debe dar fianza, caucion ó seguridad de usarlos y gozarlos á arbitrio de buen varon, conservándolos de modo que por su culpa ó negligencia no se pierdan ni deterioren, y restituyéndolos, segun se le entregan quando espire el usufructo. Lo qual procede hasta para con el marido que es usufructuario de los de su muger (5).

16 No puede el testador remitirle esta fianza, si le dexa el

(1) Parlador. different. 29. dicha, n. 17 al fin. (2) Suar. in leg. Quoniam in prioribus, limit. 5. ad leg. Fori. Alciat in leg. Licet, Cod. de Pact. Burg. de Paz, consil. 2. (3) Ley Si pecuniam, ff. de Condit causa data, ley Senatus, ff. de Donacion. caus. mort. (4) Parlador. quæst. 7. per tot.

(5) Ley 20. tit. 31. Part. 3. leyes 13. 14. y 15. § Et generaliter, y ley 16. ff. de Usufruct. & quemadmodum, leyes del tit. ff. Usufructuarius quemadmodum caveat, ley Uxori fructu 24. ff. de Usu & usufruct leyes 1. y 4 Cod. de Usufruct. y §. 1. y §. Constituitur, Institut. de Usufruct. Sr. Castill. de Usufruct. cap. 17. n. 4. y cap. 19.

usufructo en ultima voluntad: Lo I, por evitar el dolo futuro, pues seria motivo de que abusando de la remision disipase los bienes, como que se le ponia en la ocasion de delinquir (1). Lo II, porque su voluntad es que el usufructuario conserve la propiedad de ellos para el propietario; y no pudiendo haber seguridad de que esto se verifique, si no interviene la fianza ó caucion, es visto que por esta razon no puede remitirla. Y lo III, porque siendo así que su ánimo es no dexarle mas que el usufructo, se sigue de remitírsela, que le concede tácita facultad para usar a su arbitrio de los bienes, cuya propiedad quiere por otra parte esté siempre ilesa y salva para el propietario, lo qual implica (2) (*a*).

17 El modo de usar el usufructo á arbítrio de buen varon es cuidar de los bienes muebles, y tratarlos como suyos: y en quanto á los raices, labrar las tierras á los tiempos oportunos, y á toda ley como buen labrador, plantar árboles en lugar de los que se sequen, pierdan y arranquen, y hacer en las casas y demas edificios los reparos que necesiten para su conservacion, y evitar su ruina; y si las arrienda el usufructuario (pues puede hacerlo), que sea á persona de buena vida (3); y en estos términos ha de constituir la fianza. En quanto á si el usufructuario podrá ó no hacer cortas en los árboles de los montes ó bosques dados en usufructo, cuya utilidad consiste en cortarlos, y en que de sus raices ó del tronco renazcan otros, véase á Gutierrez (4).

(1) Gutier. in leg. Nemo posset 55. ff. de Legat. 1. n. 279. Roland. de Inventar. quæst. 36. n. 1 quast. ult. n. 7. y consil. 92. n. 2. lib. 1. Sr. Molin. de Primogen. lib. 1. cap. 15. n. 27. Sr Castill. de Usufruct. cap. 11. n. 24. y cap. 15. (2) Sr. Castill. dicho cap. 15. n. 30. y 31. Pegas Forens. cap. 15. n. 239. Guerreir. de Inventar. lib. 4. cap. 2. n. 24. (3) Leyes 22 y final, tit. 31. Part. 3. ley Usufructu legato 7. §. 2. vers. Hactenus, y ley Agri 18. ff. de Usufruct. & quemadmodum quis utatur. (4) De Tutelis, p. 3. cap. 27.

(*a*) Vistas las tres razones que propone el Autor, no parece cabia que venga á decir el Sr. Gutierrez en su nota de este núm. que puede remitirse por el testador la fianza, pues da á entender que confia en el usufructuario que hará el debido uso de su derecho lo uno, lo otro que no pone reparo en que use de los bienes como dueño; y finalmente, que dexa á otro la propiedad para en el caso que el usufructuario los conservase hasta su muerte, si dexa á uso el usufructo, y á otro la propiedad ¿en que se funda fué ésta su voluntad? ¿de donde y por que asegura dichas inteligencias? es opuesto á derecho que el usufructuario disponga á su arbitrio, mediante que está obligado á conservar lo que disfruta.

18 Al usufructuario pertenecen los frutos naturales y civiles de los bienes de que se le dexa el usufructo, y como dueño de ellos puede arrendarlos, donarlos y disponer de ellos á su arbítrio (1). Y así de las tierras, viñas, olivos, huertas, árboles, censos, juros y demas bienes conceptuados por raices, le tocan los que producen. De las casas, molinos y edificios sus alquileres; pero á costa de éstos ha de repararlos de lo necesario para su conservacion temporal. Previniendo que el usufructuario convencional no está obligado á hacer los reparos mayores que conciernen á su perpetua utilidad, pues éstos tocan al propietario; por lo que si en ellos hiciere gastos grandes, puede repetirlos de éste, como que las hizo en su nombre, y como su Procurador; y lo própio milita en las hechas en pleyto por defender ó reivindicar los bienes (2). Lo qual es al contrario en el usufructuario legal, v. g. el padre, que tiene el usufructo en los bienes de su hijo, pues está obligado á executarlos (3). Y sobre quáles se llaman reparos mayores ó menores se debe dexar al arbítrio del Juez para que los gradúe, atendida la qualidad de la cosa, sus frutos ó producto, y los gastos, y no de otro modo; acerca de lo qual, y de si estará ó no obligado á los gastos de pleytos, véase al Señor *Castillo* (4). Pero es de advertir, que aunque al usufructuario corresponden todos los frutos de los bienes que usufructúa, mas no el aumento sino en quanto al usufructo, porque sigue la finca á que se agrega, y toca al propietario; y así ni aun de este aumento tendrá el usufructo, si está separado de ella (5), porque no se le dexó el testador, por no ser suyo quando murió.

19 De los bienes semovientes productivos, v. g. bacas, yeguas, cabras, ovejas, abejas, &c. debe percibir tambien el usufructuario, y le tocan no solo la lana, leche, miel, cera y manteca que producen, sino las crias ó hijos que procrean; pero

(1) Leyes 20. y 24. tit. 31. Part. 3. dicha ley *Usufructu legato.*
(2) Ley Usufructu legato cit. Gom. lib 2. Var. cap. 15. n. 7. vers Item adde, & ibi Aillon n. 8. vers. Quod usufructuarius. Sr. Greg. Lop. en la ley 22. tit. 31. Part. 3. glos. 1. y 2. Pinel. in leg. 1. Cod. de Bon. matern. part. 2. n. 72. (3) Gom. ibi vers. Nec obstat. (4) De usufructu, cap 55. 56. y 57.
(5) Ley Item si fundi, §. Sed si insula, ff. de Usufruct. Baez. de Decima Tutori, cap. 24. n. 10.

en caso de fallecer ó inutilizarse las madres, aunque sea sin culpa suya, está obligado á substituir y reemplazar de los mismos hijos otras tantas cabezas como las muertas ó inutilizadas; y lo mismo procede con los peces que exîsten en estanques, pues puede pescar y matar algunos (1) porque nacen otros, y por la subrogacion de los cuerpos de éstos se renuevan y perpetúan los primeros peces del estanque, y las madres de las crias de los demas animales productivos referidos, y se contemplan los mismos (2). Lo qual en quanto á las madres muertas se entiende, quando se le dexa genéricamente el usufructo de algun rebaño: pues siendo solamente de algunas cabezas ó animales en particular, no tiene obligacion de conservarlas, ni en caso de fallecer, de suplir las que se mueran, porque con su muerte se extingue su usufructo (3); y si no nacieren hijos, no estará obligado al reemplazo ó suplemento (4). Y lo mismo milita quando no son animales productivos, v. g. bueyes, caballos, machos, carneros, pues éstos no paren, por lo que muriéndose, se extingue su usufructo por la própia razon, como he sentado en el cap. 1. de dicha mi primera parte, n. 269. y porque por diligente que sea el hombre, no depende de él la conservacion de su vida: y así no estará obligado á su restitucion, excepto que haya tenido culpa en su fallecimiento, ni á la de su valor.

20 Si habiéndose legado un rebaño al usufructuario pereciesen tantas cabezas que ya dexe de serlo, y no se le pueda graduar de tal, se extingue su usufructo; mas no si una ú otra fallece (5). Y sobre quando se diga que es ó no rebaño, se debe dexar al arbítrio del Juez sabio y prudente, atendida la costumbre del Pais, y haberes del testador (6).

21 Corresponde igualmente al usufructuario, y hace suyas las obras que los siervos executan, ó lo que ganan y ad-

(1) Cæpola de Servit. rusticor. prædior. cap. 42. n. 6. (2) Ley Eum debere, ff. de Servitut. Ley Proponebatur, ff. de Judic. Gutier. de Tutel. part. 3. cap. 27. n. 25. al 28. (3) Leyes Vel inutilium 69. y Quid ergo 70. §. Sed quod dicitur 3. ff. de Usufruct. & quemadmodum, y ley final, ff. Quibus modis usufructus amittat. Sr. Castill. de Usufruct. cap. 27. n. 11. al 15. Gom. cap. 15. cit. n. 7. & ibi Aillon, dicho n. 8. (4) Ley 21. tit. 11. Part. 4. glos. 4. glos. in §. In pecudum, Institut. de Rerum division. (5) Ley ult. ff. Quibus modis usufructus vel usus amittatur. (6) Connan. Commentar. Jur. lib. 4. cap. 2. num. 5. Sr. Castill. ibi n. fin.

quieren con su industria y trabajo, mas no lo que alguno les lega ó dona, á ménos que conste de la voluntad del donante. Asímismo no le corresponden los hijos que las siervas procrean, porque éstos no son frutos, sino aumento de los bienes que usufructúa, el qual cede á favor del propietario que es su dueño, y el usufructuario no tiene dominio, quasi dominio, ni otro derecho que el de servidumbre en dichos bienes (1): y además de no ser frutos los que no renacen, siendo como es el hombre dignísima criatura, y la causa de la produccion del fruto natural, sería absurdo y oprobio el que se le numerase entre los brutos, y comparase con ellos; por cuyas razones, aunque es mas tener el usufructo que el fruto de la cosa (2), no son suyos los partos de las siervas (3). Lo própio milita para con el heredero extraño gravado, pues aunque hace suyos los frutos de la herencia, y no está obligado á imputarlos en la Falcidia, ni Trebeliánica, no goza no obstante los referidos partos (4).

22 De los bienes que se consumen con el própio uso, por recibir la funcion en su género, no poderse conservar mas de tres años, y consistir en número, peso ó medida, v. g. aceyte, miel, vino, trigo y demas semillas puede usar tambien y disponer á su arbitrio. Pero como el usufructo de ellos es el uso de las mismas cosas, y no pueden usarse, ni usufructuarse sino gastándolas y consumiéndolas (por lo que se llama *quasi usufructo*), para constituir la fianza el usufructuario se deben apreciar previamente por lo justo; y hecho, la constituirá de volver el precio en que se valuaron; y si no se aprecian, ha de ser de restituir otras especies iguales en bondad, calidad, peso, medida y número, quando espire el usufructo (5), y no constituirse alternativamente en qualquiera de los dos casos, como con equivocacion afirman algunos. Y si es dinero,

(1) Ley Recte 25. ff. de Verbor. significat. (2) Ley Item si fundi, ff. de Usufruct. ley Divortio, §. Si vir in fundo, ff. Solut. matrim. Baez. de Decima Tutori præstanda, cap. 23. n. 4. (3) Leyes 2. y 23. tit. 31. Part. 3. ley Vetus fuit quæstio 68. ff. de Usufruct. & quemadmodum, y ley in pecudum 28. ff. de Usur. (4) Glos. Immol. y Alex. en la ley Mulier, §. Hæres, ff. Ad Trebellian. Baez. ibi n. 5. (5) Ley Si tibi, ff. de Usufructu earum rerum, quæ usu consummtur, y §. Constituitur, Institut. de Usufruct. Sr. Castill. de Usufruct. cap. 17. ex n. 9. al 19. Gracian. regul. 279. num. 6.

ha de darla de volver la misma cantidad número idéntica que recibió (1), como en el cap. 1. de mi primera parte últimamente adiccionada, núm. 290. tengo explicado.

23 Y de los que no se consumen, sino que se deterioran y envejecen con el uso, v. g. alhajas de plata, oro, diamantes, vestidos, tapices, cortinages, ropa blanca, trastos ó muebles de casa, coches y otros semejantes, (en los que no puede constituirse própia y adequadamente el usufructo, porque nada producen, sino impropiamente) pertenece igualmente el usufructo al usufructuario, y debe dar fianza de usarlos á arbítrio de buen varon (2).

24 ¿Pero en qué términos ha de hacer su restitucion, y constituir por consiguiente la fianza? Está obligado, segun unos, á volver la estimacion que se les dé, porque tasándose, se le transfiere su dominio, y pasa á la clase de legado de cantidad. Segun otros, cumple con restituirlos en el estado en que se hallen al tiempo que el usufructo espire: y solo estará obligado á responder de su deterioro en caso que por su culpa ó negligencia lo padezcan, y no de otra suerte (3). Y á la verdad este parecer es ser conforme á la intencion del testador, que quiso beneficiar al usufructuario, pues en todas estas cosas nada mas tiene que el mero uso: y de estár obligado á volverlos en su estimacion, léjos de experimentar utilidad, se le irrogaba perjuicio, carga y gravámen en custodiarlos, conservarlos, y pagar en dinero los que vendidos no sacará por ellos, como sucede, pues nunca se dá en venta por los muebles la cantidad de su aprecio, ántes bien se baxa la tercera ó quarta parte, ó la mitad, segun su calidad, hechura y estado. Y así me adhiero á esta segunda opinion que he visto practicar siempre; á la que conducen varias doctrinas (4).

(1) Dicho §. Constituitur, ley Si tibi 6. y ley Quoniam 10. ff. de Usufruct. earum rerum. Sr. Castill. ibi num. 7. y 8. (2) Gom. lib. 2. Var. cap. 15. cit. n. 3. Ayllon ibi n. 4. vers. Magna est autem.

(3) Ley Si quis 15. §. Et si vestimentorum, ff. de Usufruct. & quemadmodum, y ley 1. ff. Usufructuarius quemadmodum caveat. Ayor. de Partition. part. 2. quæst. 24. n. 74. Parlador. different. 29. n. 23. Fachineo lib 8. Controvers. cap. 41. (4) El §. 3. de la ley 9. ff. Usufructuarius quemadmodum caveat: ley fin. del mismo tit. y el §. His illud de la ley Hac edictali, Cod. de Secund. nupt. Castillo de Usufructu, cap. 17. desde el n. 24 y c. 51. Cancer. part. 3. var. cap. 20. desde el n. 211. Ayor. part. 2. y varios otros.

25 Pero si los referidos bienes muebles perecen, y se consumen enteramente, aunque sea sin dolo, ni culpa del usufructuario, debe restituir el valor que tenian al tiempo que constituyó la fianza, y recibió su usufructo, porque ha de usarlos y disfrutarlos, reservando siempre su propiedad y substancia; y de aniquilarse, ó perecer, está obligado á su estimacion, y mas quando puede conservarlos, pues se presume que á lo ménos tuvo negligencia culpable en dexarlos perecer, y no los usó á arbítrio de buen varon; por lo que conviene que ántes que se le entreguen, se estimen por lo justo en venta con su intervencion (1). Lo qual concibo no debe militar para con los animales no productivos, por la razon expuesta en el n. 19.

26 No está obligado el usufructuario á dar la fianza expresada, si es tan pobre, que por solo serlo, no encuentra quien le fie; en cuyo caso siendo de buena vida y costumbres, basta su caucion jurada de usar los bienes á arbítrio de buen varon, como es obligado, y restituirlos á su tiempo, segun por derecho se manda. Pero si es sospechoso de fuga, ó de conducta irregular, ó forastero, se deberán seqüestrar y depositar en persona lega, llana y abonada á arbítrio de Juez, ó en el propietario de quien perciba el usufructo, y por cuya recta administracion no perezca, y ni se deteriore la propiedad (2); y esto es lo mas seguro.

27 Aunque siendo constituido el usufructo en última voluntad, no puede el testador remitir la fianza, ni relevar al usufructuario de darla, porque está prohibido por las razones expuestas en el núm. 16.; pero si se constituye por contrato en sanidad, dicen los AA. (3) que se puede remitir: yo dudo de la certidumbre de su opinion, porque la ley (4) romana de que se deduce esta doctrina al parecer, dice que lo mismo se debe practicar en un caso que en otro, á lo que me inclino.

28 Si el testador lega á alguno el usufructo de sus bienes,

(1) Parlad. ibi n. 24. (2) Gom. lib. 2. Var. cap. 15. n. 3. vers. Item adde. Sr. Salgad. part. 1. Labir. cap. fin. n. 158. Sr. Castill. de Usufruct. cap. 18. per tot. Cancer. part. 3. Var. cap. 20. ex n. 218. Barbos. in Collectan. lib. 4. Cod. de Usufruct. n. 8. (3) Ley 1. Cod. de Usufruct. Menchac. de Successionum creat. lib. 1. §. 7 n. 34. Gom. ibi vers. Et adde quod prædicta satisdatio. Sr. Castill. de Usufruct. cap. 15. Guerreir. de Inventar. lib. 4. cap. 9. n. 16. y 17. (4) Ley 4. Cod. de Usufruct.

y le manda á uno de sus herederos que afiance al usufructuario; si extinguido el usufructo pagáre algo por éste el heredero que constituyó la fianza, no tendrá por ello accion, ni repeticion contra los coherederos, porque no lo hizo de su órden, ni en su nombre, sino en cumplimiento del precepto del testador (1). Y lo mismo que queda expuesto en quanto al legatario de usufructo, se debe tener en otras causas, por la razon mencionada; pues de lo contrario, con facilidad podia el testador eludir y defraudar por este medio las leyes que le prohiben remitirle la fianza (2).

29 No necesita el usufructuario dar la fianza en quatro casos: el I, quando no se duda que ha de venir á él, ó sus herederos la propiedad de los bienes (3). El II, quando el Fisco queda por usufructuario, porque siempre es idóneo para pagar y volver los bienes al propietario (4). El III, quando el padre tiene el usufructo de los bienes adventicios de su hijo, que por *derecho pleno* le toca, pues para disfrutarlos no se le pide, porque ningun derecho le obliga á darla (5). Y el IV, quando el usufructo no ha de volver al propietario, ó verdadero heredero del testador (6).

30 El testador puede dexar á uno solo ó á muchos el usufructo de sus bienes, y todos lo gozarán con igualdad, ó segun la parte que le señale (7), porque es divisible, y puede competirles parcialmente: y así pueden dividirlo entre sí, ó arrendarlo, y partir el producto del arrendamiento (8). Pero si lo lega á muchos alternativamente por años, será preferido el que ántes esté nombrado, y deberá gozarlo el primero que el segundo, y así los demás por su órden (9); y si alguno de estos

(1) Ley tribus 8. ff. de Usufruct. earum rerum. Jason in leg. Quod dictum, ff. de Pact. n. 10. Fabian. de Emption. & vendition. part. 3. al principio, n. 63. (2) Roman. singular. 798. Segur. in leg. Si ex legati causa, n. 73. ff. de Verbor. obligation. Parlad. dicha different. 29. n. 21. (3) Ley Si usufructus 9. §. Plane, ff. Usufructuarius quemadmodum caveat. (4) Ley 1. §. Si ad fiscum 18. ff. Ut legatorum caveatur. (5) Ley fin. Cod. de Bonis quæ liberis. (6) Ley Antiquitas 14. Cod. de Usufruct. (7) Ley Si usufructus legatus, § fin. ff de Usufruct. ley Duos, ff. de Usufruct. legato, y ley 1. y el tit. ff. de Usufruct. accrescend. (8) Ley 1. §. Si usufructu, ff. Ad leg. Falcid. ley 5. §. 1. ff. de Usufruct. y ley Communi dividundo, §. Cum de Usufructu, ff. Communi dividund. (9) Ley Quoties, ff. de Usufruct. & ibi glos. & DD. Gom. dicho cap. 15. n. 4. & ibi Ayllon.

fallece ántes que le toque entrar al goce, no tendrán derecho alguno á él sus herederos, porque no lo adquirió por haber premuerto.

31 Puede legar tambien simplemente, ó sin condicion á un sugeto la propiedad de una finca, y á otro el usufructo, en cuyo caso llevará el propietario no solo la propiedad íntegra, sino la mitad del usufructo, y el usufructuario la otra mitad de éste: de modo que ámbos concurrirán igualmente á su percibo, no mandando el testador lo contrario (1). Y la razon es, porque la finca consiste en la propiedad, y usufructo juntamente (2): y como por el hecho de legar al uno la finca, es visto legarle no solo su propiedad, sino el usufructo, que es el todo integral, y legando éste solamente al otro, parece que le lega tambien la finca que legó á aquel; por eso como conjuntos en la misma cosa, (que es el usufructo) concurren, y son admitidos igualmente á su percepcion y disfrute (3).

32 Pero no sucederá esto quando genérica y universalmente lega á uno ciertos bienes, v. g. siervos, caballos, &c. ó le instituye por heredero usufructuario de todos sus bienes, y despues lega á otro alguna cosa de las de aquella especie, ú otra determinada en propiedad y usufructo; porque este legado específico deroga el genérico en aquella parte, y separa de él la cosa legada. Ni quando lega á uno cierta cosa íntegra, y luego á otro parte cierta de aquella cosa, v. g. el fundo íntegro al primero, y despues la tercera, quarta, quinta ó sexta parte de le própia finca al segundo (4). Ni tampoco quando lega á uno el usufructo de todos sus bienes, y á otro el de una finca solamente: pues aquel no concurrirá con éste, porque aunque el género se deroga por la especie, esto se entiende quando ámbos recaen sobre un mismo derecho, mas no recayendo sobre derecho diverso (5).

(1) Ley Si alii fundum 19. y ley Sempronio ea, quæ 33. ff. de Usu, et usufruct. legat. y leyes Idem Neratius 3. y Si proprietas 9. ff. de Usufruct. acrescend. (2) Ley Qui usufructum, ff. de Usufruct. (3) Gom. dicho cap. 15. n. 5. Sr. Castill. de Usufruct. cap. 47. num. 1. al 4. (4) Ley Uxorem 41. §. Codicillis, y §. Felicissimo, ff. de Legat. 3. ley In toto jure 80. ff. de Regul. jur. y Regul. Generi per speciem, de Regul. jur. in 6. Angel. in §. Usufructus, Institut. de Usufruct. col. 1. Cancer. part. 3 Var. cap. 20. ex n. 14. Gom. dicho cap. 15. n. 5. (5) Ley Quæsitum 12. §. fin. ff. de Instruct. vel

33 Si el testador lega el usufructo de un fundo ó una finca, al usufructuario, es visto legarle no solo el goce de sus frutos, ó su usufructo, sino tambien el de los instrumentos, y aperos necesarios que tenia diputados para labrarla, v. g. mulas, ó bueyes, arados, &c. Y lo própio milita, si tenia trigo separado, y destinado para sembrar en ella, pues todo se entiende comprehendido en el legado del usufructo, baxo la obligacion de responder de cada cosa, y otorgar la correspondiente fianza (1) (*a*).

34 Dexando el testador por herederos de todos sus bienes á sus hijos, y por usufructuaria de ellos á su muger, ó á otro extraño, valdrá el legado del usufructo en la quinta parte del de sus bienes, que es de lo que puede disponer libremente, sin compensacion con la propiedad: pues porque quiera que su muger goce de él íntegramente, no se les debe imponer gravámen en su legítima; ni perjudicar en la propiedad, ni usufructo de ésta (2), la qual no se comprehende en aquel, á ménos que conste de la voluntad del testador. Y lo mismo procede en quanto al tercio para con los ascendientes legítimos (3).

35 Y aunque *Ayora* (4), y otros dicen que el legado del usufructo de todos los bienes valdrá en el caso propuesto, con tal que su valor, ó estimacion no exceda del quinto de la hacienda del testador: y se fundan en que puede dar su importe al legatario en dinero, ó en los mismos bienes, y á los herederos su legítima en propiedad, y usufructo, haciendo la regulacion, y computacion por la vida del usufructuario, segun la

instrument. legat. Roland. consil. 8. num. 37. Mantic. de Conjectur. lib. 9. tit. 6. n. 23. Menoch. lib. 4. præsumpt. 140. n. 36. Sr. Castill. de Usufruct. dicho cap. 47. ex n. 13. al 16. (1) Sr. Greg. Lop. en la ley 20. tit. 31. Partid. 3. glos. 8. Bald. in leg. Item si fundi 9. §. Seminarii autem, ff. de Usufruct. & quemadmodum. Menoch. consil. 140. n. 21. al 23.

(2) Authent. Novissima, Cod. de Inofficios. testam. Gom. lib. 2. Var. cap. 11. num. 26. vers. Sed his non obstantibus. (3) Morquech. de Divis. lib. 4. cap. 11. n. 44. al 56. Gutier. lib. 5. Pract. quæst. 18. n. 4. al 12.

(4) De Partition. quæst. 21. n. 70. hasta 75.

(*a*) Pregunta el Señor Gutierrez ¿qué testador legará el usufructo al usufructuario de este? se responde él mismo, y da á entender que ninguno, sino es un mentecato, y si estaba en su juicio diria que le lega el usufructo de los instrumentos, &c. El Autor trata de un caso ocurrido despues de la muerte del testador, y por lo mismo, pues hasta este tiempo no lo es en efecto, no es extraña la locucion, ni tampoco con respecto al testador, porque en el acto de testar y quando lega el usufructo, ya le tiene por tal: nótese ahora, si habra motivo para que insulte al Autor con tales expresiones.

forma por derecho (1) prescripta en casos semejantes, porque lo útil no se vicia por lo inútil (2), y siempre es visto que el testador elige los medios, por los que valga el acto, y no se frustre su voluntad (3). Esto se entiende, quando claramente consta que quiso se hiciese la compensacion, pues en este caso valdrá el legado, exîstiendo los hijos, y compensando la propiedad del quinto con el valor del usufructo de las otras quatro partes, de tal suerte que si el hijo quiere adquirir la propiedad del quinto, debe consentir el legado del usufructo de todos los bienes en quanto no exceda de aquel su importe, ó contentarse con su legítima en propiedad, y usufructo; pero en caso de duda, y no constando quál fué la voluntad del testador, se ha de seguir lo resuelto en el número precedente, como opinion mas comun, y conforme á nuestro derecho (4).

36 Quando el testador lega á alguno el usufructo de todos sus bienes, vienen, y se comprehenden en el legado no solo los mismos bienes muebles, y raices, sino los frutos cogidos, y separados del suelo y las rentas, ó pensiones que de ellos dexó vencidas, porque todos son herencia del difunto, y así tocan al legatario, ó usufructuario como tal, y los debe llevar, otorgando la respectiva fianza (5); y si las tierras están sembradas ó beneficiadas, y no aparecen los frutos, se han de apreciar las labores, y semillas, y de su importe constituirla, pues éstas no son frutos. Lo qual se entiende, ya sean própias del testador, ó agenas las fincas sembradas; pues siendo arrendadas, deberá pagar el arrendamiento del fruto como hipotecado tácitamente á su responsabilidad.

37 Pero si al tiempo de su muerte están pendientes, y mostrados en las posesiones, ó árboles, los debe percibir para sí sin obligacion de afianzar, ni de restituirlos, pues los hace suyos, porque se contemplan una misma cosa con estos, é incremento de ellos á causa de ser inseparables; y no cosa dis-

(1) Ley Cum Titio 55. y Computationi 68. ff. Ad leg. Falcid. y leyes Nom amplius 26. y Potest. 27. ff. de Legat. 1. (2) Regla Utile per inutile. de Regul. jur. in 6. (3) Ley 3. ff. de Militari testament. (4) Sr. Castill. de Usufruct. cap. 45. n. 14. y 15. Gutier. dicho lib. 5. y quæst. 18. ex n. 13. Morquech. de Divis. bonor. lib. 4. cap. 11. desde el n. 44. (5) Leyes Usufructu legato 7. Quamvis 8. Item si fundi 9. Quotiens. 34. §. fin. ff. de Usufruct. & Quemadmodum.

tinta, ni separada, atendido el estado actual de las fincas, y no en otro concepto, ni hablando absolutamente (1), y el derecho no concede usufructo de usufructo, ni servidumbre de servidumbre (2). Lo qual se entiende, no mandando el testador lo contrario, ó no disponiendo de ellos en otra forma, pues entónces se debe observar su voluntad (3).

38 Si el marido dexó á su muger por usufructuaria de todos sus bienes, y entre estos cierta porcion de dinero, y sus herederos ignorando lo que habia dispuesto, por estar muy distantes lo dieron á censo, ó lo emplearon en algun tráfico, negocio ó compañía ¿ podrá la muger pretender por razon del legado de usufructo, y se le deberán entregar todos los réditos ó utilidades del dinero dado á censo, ó empleado: ó solamente su capital? Respondo que no llevará cosa alguna por razon de los réditos, ó utilidades, y la razon es, porque la herencia del difunto se considera respecto de los bienes que dexa al tiempo de su muerte, y no despues que se aumentó con las utilidades que produxo (4).

39 Legando simplemente el testador á su muger, ó á otro el usufructo de todos sus bienes muebles, se duda si se comprehenden los venales, ó mercaderías destinadas para vender. Unos (5) dicen que no, y que así no llevará el usufructo de ellos, porque no es visto estar comprehendidos en el legado general. Otros (6) contextan en lo mismo, excepto que todos los bienes del testador sean venales, pues en este caso se comprehenden en el usufructo, y así lo llevará de ellos el usufructuario (7).

40 Y otros conciliando las opiniones, afirman que si el testador dice que dexa, ó lega el usufructo *de todos sus bienes*, sin limitar, ni exceptuar algunos, se comprehenden todos, aunque

(1) Ley Si pendentes 27. ff. Eod. tit. ley Fructus pendentes, ff. de Reivindication. ley Nihil 120. §. Fructus ff. de Legat. 1. y §. Is vero. Institut. de Rerum divis. Gom. en la 40. de Toro, n. 74. vers. Quint. facit. (2) Ley Nec usus 1. ff. de Usufruct. legat. y ley Ut nullo modo 28. Cod. de Usur. (3) Señor Castillo de Usufruct. cap. 42. (4) Ley Uxori usufructu, ff. de Usu, & usufruct. legat. ley Si hæres 3. y ley In ratione legis Falcidiæ 11. ff. Ad leg. Falcid. Ayor. part. 2. quæst. 22. n. 76. (5) §. 2. ley Generali, 30. ff. de Usu et Usufruct. leg. Parlador. different. 29. dicha, n. 20. Ayor. part. 2. quæst. 13. n. 78. (6) Alex. en la ley Generali, inserta, §. 1. Jason en la 1. Cod. de Verbor. significat. (7) Ley Fundus qui locatus 24. ff. de Instruct. vel instrument. legat. ley Pediculis 2. §. Item cum quæreretur, 4. & ibi glos. ff. de Aur. argent. legat.

sean venales, porque quien todo lo abraza, nada excluye (1), y que si omite la palabra universal *todos*, no se comprehenden los venales, por lo que solo de los demás llevará el usufructo (2). Bien que aunque omita la palabra *todos*, y diga solamente, *lego el usufructo de mis bienes*, *ó lego mis bienes muebles*, concibo que deben entenderse todos sin excepcion, ó todos los de la clase que especifica, porque la palabra, ó proposicion indefinida equivale á la universal (3), y en el legado de usufructo se comprehenden muchas cosas.

41 Al modo que en quanto á la propiedad, y pleno dominio há lugar el derecho de acrecer, segun expondré en el cap. 8. §. 3. lib. 2. de este tratado: del mismo modo en el usufructo con la diferencia, y ampliacion de que aunque en la propiedad no lo tiene entre los conjuntos con conjuncion legal, en el usufructo es al contrario, pues lo tiene como derecho personal coherente á la persona, la qual se mira, y atiende siempre, y mientras vive, dura el derecho, y causa de su adquisicion. Pero no habiendo conjuncion de personas por la ley, ni por el hombre, no há lugar en la propiedad ni usufructo (4).

42 Sin embargo de que en la propiedad quando uno de los conjuntos percibió su parte, si despues la repudia, no se acrece al otro: en el usufructo es al contrario, pues se acrece; por lo que si el testador dexa á dos, ó mas por usufructuarios: aceptan todos sus partes, y despues de aceptadas, repudia uno de ellos la suya, ó se muere, ó falta por otro motivo, se acrece su porcion al otro, y no se consolida con la propiedad hasta que todos fallecen, y se extingue el usufructo (5) porque en la propiedad una vez adquirida, está perfecta, y consumada la adquisicion (6); pero el usufructo no se adquiere plena, y perfectamente, porque tiene causa, y tracto sucesivo, que es al dueño á quien debe pasar; el qual ha

(1) Ley Juliano 68. y ley Qui habebat 101. ff. de legat. 3. cap. Si Romanorum, dist. 19. (2) Ley Quotiens 34. §. ult. ff. de Usufruct. et quemadmodum. Pinel. in Rubr. Cod. de Bon. matern. part. 1. n. 38. Menoch. lib. 4. præsumpt. 137. n. 6. Sr. Covar. lib. 2. Var. cap. 5. Decio en la ley 1. n. 18. ff. de Regul. jur. Guerreir. de Divis. lib. 5. cap. 3. n. 73. (3) Ley Si plurib. 44. de Legat. 2. y ley Si servitus 23. ff. de Servitut. prædior. urbanor. et ibi glos. Sr. Covar. Pinel y Menoch. ubi supr. Señor Castillo de Usufruct. cap. 36. 37. y 38. (4) Ley 1. ff. de Usufruct. accrescend. et ibi glos. et DD.

(5) Dicha ley 1. §. Interdum, y §. Cæterum. Gom. lib. 1. Var. cap. 10. n. 40. (6) Ley Ab emptione 58. ff. de Pact. y ley Traditionibus 20. Cod. eod. tit.

de esperar, y tener paciencia hasta que se consolide (1), y mientras tanto como no hay adquisicion plena, y perfecta, no tiene lugar el derecho de acrecer, sino como en cosa imperfecta, y no plenamente adquirida, y por eso se puede llamar mas poderoso el derecho de acrecer, que el de la consolidacion (2) (*a*).

43 Si marido, y muger hicieren donacion á alguno de todos sus bienes, reservándose su usufructo, y muriese uno de los donantes ántes que el donatario, ¿tocará, ó no al supérstite todo el usufructo de ellos por derecho de acrecer, y lo gozará durante su vida, ó solamente la mitad? No ha lugar este derecho en el caso propuesto, y por consiguiente percibirá el donatario íntegramente el de todos los bienes que correspondian al difunto desde su fallecimiento, y el supérstite únicamente el de los suyos privativos, porque el difunto nada le dexó del de los que le tocaban (3). Pero si se lo dexa, se observará su voluntad.

44 Espiran, y se extinguen el usufructo, y uso por las siguientes causas: La I, por muerte natural del usufructuario, aunque lo tuviese dado en arrendamiento. La II, por muerte civil, que es el destierro perpetuo. La III, por mudar su estado, y pasar del de libre al de esclavo, ya sea consintiéndolo él mismo, ó siendo condenado al de esclavitud por delito cometido. La IV, por el no uso en diez años entre presentes, y veinte entre ausentes. La V, por enagenar el derecho de usu-

(1) Ley Corruptionem 16. Cod. de Usufruct. ley Omnium 3. al princip. vers. Dare, ff. de Usufruct. et quemadmodum, y ley fin. ff. de Servitut.

(2) Señor Castillo de Usufruct. cap. 48. Dicha ley 1. y §. Interdum, ff. de Usufruct. accrescend. Gom. dicho cap. 10. n. 41. et ibi Aillon.

(3) Ley Dominus 57. al fin, ff. de Usufruct. et quemadmodum, y ley Idem Neratius 3. ff. de Usufruct. accrescend. Parlad. different. 29. dicha, n. 19.

(*a*) Asegura el Señor Gutierrez que ha omitido en su reforma las razones en que apoya el Autor la diferencia que hace entre la propiedad y usufructo para el derecho de acrecer, despreciando dichas razones como fundadas en sutileza del derecho de los romanos, quando solo es la voluntad de los testadores la que ha de gobernar; véase dicho prologo fol. 49 §. 5. Responda ahora el Señor Gutierrez á esta pregunta; ¿á donde se ha de recurrir, despues de bien premeditadas las palabras del testador para dar curso á unos casos de esta clase y penetrar qual fué la última voluntad? no puede ménos de confesar que ha de recurirse á estas fuentes, á los interpretes de las últimas voluntades, y no dexarlos de la mano hasta apurar qué es lo que quiso, y entónces puede ser que reconozca, que las razones en que estribó el Gomez, y omitió en su reforma, merecen alguna atencion.

fructuar, pues lo pierde, y pasa al propietario, porque como personal es intransmisible, no obstante que puede vender, y arrendar sus frutos. La VI, quando el usufructuario compra la finca dexada en usufructo, pues entónces se consolida éste con la propiedad, y dexa de serlo. Y la VII, por destruirse la cosa legada por caso fortuito, ú otro motivo, pues aunque el usufructuario quiera reedificarla, no puede sin licencia del propietario (1).

§. III.

Cómo se han de dividir los frutos que el usufructuario dexa cogidos, ó pendientes, y á quién pertenecen.

45 Si el usufructuario dexa cogido al tiempo de morir, los frutos de los bienes raices que usufructuaba, pertenecen todos íntegramente á sus herederos sin la menor disputa, aunque no viva todo el año, y los hace suyos por el título, y derecho que tiene á su percibo; y no por razon de natural posesion, y por eso puede transmitirlos á estos una vez cogidos. Pero si están pendientes, tocan al dueño propietario, á quien pasa consolidado el usufructo con la propiedad, sin embargo de que al tiempo de su fallecimiento se hallen maduros, y próximos á su recoleccion (2); y lo mismo procede para con los del fideicomiso, pues pasarán al fideicomisario, y á los herederos del fiduciario (3). Y la razon es, porque los frutos pendientes no se llaman frutos, ántes bien se contemplan una misma cosa con la finca, en que exîsten, y estiman ser parte de ésta, atendido su estado, mas no, hablando absolutamente; y como el mero usufructuario ningun dominio tiene en ella, porque la propiedad toca á otro, y sus herederos no pueden pretenderlos, ni haber transmision, á causa de que el derecho, y título que tenia para su percibo, y era coherente á su persona, espiró con su muerte; por eso en el instante que fallece, pasan con ella al propietario, en quien se une, y consolida el dominio ó [illegible]o-

(1) Leyes 24. y 25. tit. 31. Part. 3. tit. 8. Part. 5. ley Si domina, Cod. de Usufruct. ley Repeti, §. fin. y ley Quid tamen 10. ff. Quibus modis usufructus amittat. y §. Finitus, Institut. de Usufruct. (2) Ley in singulos 8. al fin, ff. de Annuis legat. ley Si fructuarius 13. ff. de Quibus modis usufructus amittat. ley Defuncta fructuaria, ff. de Usufruct. et quemadmodum, y §. Is vero, Institut. de Rerum division. Gom. en la 40. de Toro, n. 71. Valasc. de Partit. cap. 30. n. 28. y 29. (3) Ley 42. ff. de Usuris.

piedad con el usufructo; y así sus herederos tendrán accion únicamente á recuperar los gastos hechos en sus labores, siembra, semillas, &c. y hasta que se los paguen, podrán retenerlos, porque no son, ni se llaman frutos, sino el líquido residuo, baxados éstos (1).

46 Lo própio milita para con las pensiones de las fincas productivas; por lo que si el usufructuario muere, estando cogidos los frutos por los colonos, á quienes tenia arrendado la finca ó fincas, pertenece la pension á sus herederos, no obstante que no esté cumplido el plazo de su solucion, porque es visto haberlos cogido en nombre del usufructuario, á quien corresponden, y en derecho se presume haberlos cogido éste; pero si los frutos estuvieren pendientes en ellas, toca al propietario (2); pues las pensiones de fincas de esta clase como frutos civiles, se gradúan en el presente caso por la regla que los naturales, porque se tienen en lugar de éstos (3), y deben seguir su naturaleza (4): y así lo dispuesto acerca de los frutos naturales, se debe observar en las pensiones de las fincas que los producen, pues son frutos civiles (5).

47 Se amplía lo expuesto en el caso de que parte de los frutos estén pendientes, y parte cogidos, pues se ha de observar la própia regla, y es, que los pendientes tocan al propietario, y los cogidos al usufructuario; y lo mismo en las pensiones, sin que en ninguno de los casos referidos se prorrateen, como algunos quieren (6); y la razon es, porque el usufructuario hace suyos los frutos, no por la de cargas que supera, como el marido, sino por la de derecho de usufructuar, que le basta tener al tiempo que los percibe, no obstante que al punto se acabe (1).

48 Pero si el testador instituye á uno por heredero usufructuario de todos sus bienes, y á otro por legatario en propiedad, y usufructo de una finca, ya sea ántes ó despues en

(1) Ley Fundus qui, ff. Familiæ erciscund. ley Si à domino, vel à patre 36. §. fin. ff. de Petition. hæredit. Sr. Castill. de Usufruct. cap. 77. n. 1. al 8. (2) Ley Si usufructuarius cit. ley Si fur, ff. de Usufruct. y dicha ley Defuncta, Ayor. part. 2. quæst. 25. n. 3. (3) Ley Merces 32. ff. de Petition. hæreditat. y ley Prædiorum, ff. de Usur. (4) Ley Si eam, §. Qui injuriarum, ff. Si quis cautionibus. (5) Alex. consil. 82. n. 19. lib. 2. Socin. lib. 3. consil. 42. n. 6 Avendañ. respons. n. 5. Gutier. Quæst. Canon. quæst. 33. n. 20.

(6) Dicho §. Is vero. Institut. ley Defuncta cit. y ley Quæ de Tota, ff. de Reivindicat. Jason consil. 231. col. fin. lib. 2. Gamm. decis. 250.

(7) Ley Si usufructuarius messem, ff. Quibus modis usufructus amittat, Valasc. de Partit. cap. 33. n. 4. y 5.

una misma escritura, ó en diversas, llevará el legatario su predio en propiedad y usufructo, sin embargo de la institucion universal, y el heredero el de los demas bienes del testador; y la razon es, porque lo genérico se deroga por lo específico (1).

49 Se limíta esto en quanto á las pensiones de la locacion del trabajo del siervo, pues se han de dividir á prorrata del tiempo entre su Señor y los herederos del usufructuario (2). Y la razon de disparidad consiste en que de las obras ó trabajo del siervo se puede percibir diariamente la utilidad, porque cada dia se devenga y gana (3); y así se hace de ellas la division por el tiempo que dura el usufructo, y pertenecen al usufructuario como percibidas, y por el demas tiempo al propietario como pendientes; pero los frutos naturales como no se pueden percibir, ni coger en sazon sino en cierta parte del año, se ha de atender necesariamente en quanto á las pensiones, que por su respeto se deben, al tiempo de su percepcion, para que las lleven los herederos del usufructuario. Lo mismo procede para con las pensiones, alquileres de casas, naves, y otras cosas que se alquilan: y con los réditos de censos, juros y otros efectos, pues se prorratearán como las obras del siervo por la própia razon (4).

50 Si el testador instituye á uno por usufructuario de todos sus bienes, ó le lega el usufructo de ellos, parece que no deberá percibir los frutos que la herencia produzca, hasta que la acepte el propietario, porque el legado del usufructo no viene ni empieza ántes de su adicion, ni ántes de ésta se da legado de usufructo (5); pues aunque en los demas legados viene desde la muerte del testador (6), y se dice venir segun derecho comun desde la aceptacion (7): en el de usufructo es al contrario, porque su ser depende de ésta (8). A mas de que

(1) Ley in toto jure, ff. de Regul. jur. ley Uxorem 41. §§. 2. y 3. ff. de Legat. 3. y regla Generi, de Regul. jur. in 6. Avor. dicha q. 25. n. 2.
(2) Ley Si operas 23. ff. de Usufruct. ley Si communis servus 18. §. fin. ff. de Stipulation. servor. & ibi glos. verb. Pecuniam, & Angel. n. 1. Alex. in leg. Divortio, §. Non solum al fin. Gom. lib. 2. Var. cap. 3. n. 5.
(3) Ley 1. ff. de Oper. libertor. (4) Sr. Castillo de Usufruct. cap. 77.
(5) Ley 1. §. Dies autem, ff. Quando dies usufruct. cedat. (6) Ley à Titio, ff. de Furt. (7) Ley Eam, quam, Cod. de Fideicommis. (8) Dicha ley 1 y §. Dies cit. y ley Si servo hæreditario, ff. Quibus modis usufructus amittat.

el usufructo formal no puede empezar hasta que sea dueño el propietario, que es el que ha de permitir al legatario que lo goce (1): es así que el propietario no es dueño hasta que acepta: luego tampoco el legatario debe percibirlo, ni le toca ántes de la aceptacion, y de que dé la correspondiente fianza; por lo que si muere primero que estas dos se verifiquen, no se le deben el legado ni sus frutos (2), por no hallarse alterado en esta parte por nuestro derecho el comun, é importar poco que se conserven los legados, aunque no haya heredero, si falta la fianza que debe preceder, y por ninguna ley está remitida al usufructuario.

51 Pero sin embargo de todo lo expuesto (que segun derecho comun es constante), lo contrario se debe seguir segun el nuestro, porque la ley 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec. manda que aunque no haya heredero, ó éste no quiera heredar, valga y se cumpla todo lo que el testamento contenga, constando de la solemnidad de testigos que prescribe, pues dice: *Y mandamos que el testamento que en la forma susodicha fuere ordenado valga en quanto á las mandas, y otras cosas que en él se contienen, aunque el testador no haya hecho heredero alguno, y entónces herede aquel que segun derecho y costumbre de la tierra habia de heredar, en caso que el testador no hiciera testamento, y cúmplase el testamento. Y si el testador instituyere heredero en el testamento, y el heredero no quisiere heredar, valga el testamento en las mandas, y en las otras cosas que en él se contienen.* Es así, que por la generalidad con que se explica, incluye todos los casos, y que la proposicion indefinida equivale á la universal (3): Luego tambien el presente. Lo qual se limita en dos casos: El I, quando el testador en su testamento nulo por pretericion ó exheredacion pone la condicion de que se acepte la herencia para que valga el legado, pues en este caso no valdrá el de usufructo, ni otro alguno, sin que preceda la aceptacion de la herencia. Y el II, quando el usufructuario no quiere afianzar, habiéndolo pretendido el propietario, pues se constituye de mala fe (4).

52 Resta saber quándo los frutos se dirán percibidos por

(1) Ley 1. §. Dare, ff. de Usufruct. (2) Tello Fernandez en la ley 3. de Toro, n. 10. y 11. Sr. Castill. de Usufruct. cap. 8. n. 22. (3) Glos. in cap. Ut circa, de Election. in 6. & ibi DD. (4) Matienz. ley 1. glos. 14. t. 4. lib. 5. Rec. desde el n. 35. al 40. y Castill. de Usufruct. cap. 16.

el usufructuario para que sus herederos los hagan suyos. Acerca de lo qual hay dos opiniones: la I dice que no solo han de estar separados del suelo, sino custodiados en los parages en que se acostumbran recoger. Y la II (que es la verdadera y corriente) afirma que para que así el usufructuario como el poseedor de buena fe los hagan suyos, basta que estén separados del suelo, ó cortados, aunque no se hayan custodiado (1); pero con esta diferencia, que para hacerlos suyos el usufructuario han de ser separados por él, ó por otro de su mandato, y en su nombre: y el poseedor de buena fe los hace suyos indistintamente, ya los perciba por sí en la buena fe de que le pertenecen, ú otro qualquiera sin su precepto (2). Y la razon de esta diferencia es, porque al poseedor de buena fe se conceptúa y estima por dueño en quanto á los frutos (3): y así basta que qualquiera los perciba, para que como tal los adquiera; pero el usufructuario como no los posee como dueño, y solo tiene una servidumbre personal, es indispensable que él, ú otro con su voluntad, y de su mandato, y no de otro modo los perciba (4).

53 De esta diferencia se sigue que si los frutos se caen espontánea ó accidentalmente, como suele suceder á la aceytuna, no tocan al usufructuario ántes de percibirlos, porque no se pueden decir cogidos por él ántes de su aprehension, que es lo que se requiere para lucrarlos (5). Y por el contrario el poseedor de buena fe ántes de la aprehension los hace al instante suyos, porque en él no se requiere la percepcion por sí mismo, como en el usufructuario, pues basta que estén separados del suelo (6).

(1) Tiraquel. lib. 2. Retract. §. 5. glos. 4. Sr. Covar. lib. 1. Var. cap. 15. n. 12. Gutier. Canon. Quæst. quæst. 33. n. 4. Gamm. decis. 309. n. 6.

(2) Ley Si usufructuarius, ff. Quibus modis ususfruct. amittat. ley Qui scit, §. Præterea, y ley Si fur, ff. de Usufruct.

(3) Dicha ley Qui scit, §. In alieno, vers. Porro. (4) Valasc. de Partition. cap. 33. n. 11. y 12. (5) Dicha ley Si usufructuarius, vers. Sed ut verum, & ibi Bald. Navar. in Apol. de Redditib. quæst. 2. n. 14. al fin. (6) Balduin. in §. Is vero, Institut. de Rerum divis. al fin. Cujac. lib. 4. Feud. tit. 30. col. 2. Valasc. dicho cap. 33. n. 13. Castill. de Usufruct.

FIN DEL LIBRO PRIMERO.

R. 91516

FEBRERO ADICIONADO,

Ó LIBRERÍA DE ESCRIBANOS:

INSTRUCCION TEÓRICO PRÁCTICA

PARA PRINCIPIANTES.

PARTE SEGUNDA

DIVIDIDA EN TRES LIBROS.

TRATA DE LOS CINCO JUICIOS DE INVENTARIO Y PARTICION DE BIENES DE DIFUNTO, ORDINARIO, EXECUTIVO, Y DE CONCURSO Y PRELACION DE ACREEDORES.

Obra utilísima para todos, y especialmente para los que se dedican al estudio práctico de la Jurisprudencia.

SU AUTOR

DON JOSEF FEBRERO,

ESCRIBANO REAL Y DEL COLEGIO DE ESTA CORTE.

CORREGIDA EN ESTA IMPRESION, Y NOTABLEMENTE MEJORADA CON VARIAS NOTAS QUE ILUSTRAN ALGUNOS PUNTOS INTERESANTES.

TOMO SEGUNDO.

LIBRO SEGUNDO.

Que comprehende el Juicio de particion entre los herederos del difunto por testamento, y abintestato, despues de reintegrada su viuda; y de la forma de estender el inventario, y particion por Contadores, y Escritura.

QUINTA IMPRESION.

MADRID EN LA IMPRENTA DE ALBAN AÑO 1807.

ÍNDICE

DE LOS CAPÍTULOS Y PÁRRAFOS

QUE SE CONTIENEN EN ESTE TOMO.

LIBRO SEGUNDO.

DE LA PARTICION DE BIENES del que murió testado ó intestado, entre sus herederos legítimos y estraños, ya los haya mejorado ó no.

Capítulo I. Cómo se han de dividir los bienes del que murió testado, entre sus legítimos descendientes, quando á ninguno mejoró: de qué parte de ellos puede disponer en su perjuicio: qué puede dexar á los ilegítimos careciendo de legítimos ascendientes ó descendientes, ó teniéndolos; y si los legítimos sucederán, ó no á sus padres y parientes.

§. I. *De quántas maneras se puede hacer la division: si el padre podrá ó no hacerla en su vida, revocarla y señalar á sus hijos la legítima, y qué ha de practicar el Juez quando no la hizo. Si los hijos podrán pedir se les supla la legítima quando los bienes paternos se aumentaron: y si en ella habrán ó no lugar su suplemento, y el derecho de acrecer, pág.* 1.

§. II. *De qué parte de sus bienes puede disponer el testador por su alma, ó á favor de quien quisiere en perjuicio de sus legítimos descendientes; y de dónde se deben deducir los gastos de su funeral, entierro y misas.* 11.

§. III. *Qué puede dexar el testador á sus descendientes legítimos, ya tenga ó no legítimos ascendientes, ó descendientes.* 32.

§. IV. *En qué bienes sucederán á sus padres los hijos legítimados por el subsequente matrimonio, ó por el Príncipe, y los prohijados.* 44.

Capítulo II. De la division de los bienes del testador entre sus legítimos descendientes quando mejoró á algunos de ellos; y de la de los frutos de la mejora y donacion.

§. I. *Si los ascendientes podrán mejorar á sus legítimos descendientes, consignarles la mejora, y gravar al mejorado, y cómo se ha de deducir.* 52.

§. II. *Si los ascendientes podrán ó no revocar hasta su muerte la mejora hecha á sus descendientes legítimos, y se entenderá, ó no revocada, aunque no la revoquen.* 82.

§ III. *Si los ascendientes que prometen, ó no mejorar á sus legítimos descendientes, deberán, ó no cumplir la promesa; si el mejorado podrá repudiar la herencia, y aceptar la mejora; y si siendo hecha ésta á dos, ó mas en contrato en sanidad, ó en última voluntad, repudiáre el uno su parte, ó no pudiere haberla, se acrecerá, ó no á los otros.* 109.

§. IV. *Cómo se han de dividir los frutos de la mejora y donacion hecha en sanidad, ó en última voluntad: quándo pertenecen ó no al mejorado ó donatario, ya estén ó no pendientes en la albaja consignada; y si éste debe ó no restituirlos en caso de revocarla el testador.* 117.

Capítulo III. Si los hijos y descendientes legítimos á quienes sus ascendientes dotaren, ó hicieron donaciones en vida, deberán, ó no colacionarlas por su muerte con los demás descendientes.

§. I. *Qué es colacion: por qué razon se introduxo: qué se requiere para que haya lugar, y entre qué personas debe ó no hacerse.* 136.

§. II. *Qué bienes han de colacionar, ó no los descendientes legítimos: y qué debe observar el contador en quanto á estimar los colacionados por legítima ó mejora en caso de duda.* 151.

§. III. *De quántos modos se puede hacer la colacion: á quién compete la accion de hacerla, y pedirla: á qué tiempo se ha de atender para ver si la donacion es,*

ó no inoficiosa: por qué precio se han de colacionar los bienes donados: y si el que los colaciona, debe, ó no restituir sus frutos, repudiando la herencia. 191.

§. IV. *Si de los bienes que los descendientes recibieron en vida de sus ascendientes, y por su muerte han de colacionar, y de la quarta marital, se deberán, ó no deducir las mejoras hechas y entregadas, ó no á ellos mismos, ó á otros mejorados antes, ó despues de la tradicion de los bienes colacionables.* 203.

Capítulo IV De la sucesion por testamento de los ascendientes á sus legítimos descendientes.

§. I. *Si los ascendientes sucederán ó no por testamento á sus descendientes legítimos en todos sus bienes; y si entre ellos habrá, ó no lugar la colacion.* 243.

§. II. *De qué parte de sus bienes pueden disponer los descendientes en perjuicio de sus legítimos ascendientes; y si de ella se han de sacar, ó no los gastos de su funeral, misas, entierro, y legados.* 250.

§. III. *De la sucesion en los bienes troncales en los lugares en que se observa algun fuero ó costumbre.* 256.

Capítulo V. Si los que se casan dos ó mas veces, están ó no obligados á reservar á los hijos, y descendientes legítimos de sus anteriores matrimonios los bienes que hubieron de ellos, ó de sus padres, y cómo se han de dividir.

§. I. *En qué casos los viudos que teniendo hijos, ó descendientes legítimos se vuelven á casar, están obligados á reservarles lo que de ellos, ó del cónyuge premuerto hubieron.* 261.

§. II. *En quáles no estarán obligados los viudos, que se vuelven á casar, á hacer la reservacion á sus legítimos descendientes.* 269.

Capítulo VI. De los legados, y condiciones que en ellos puede poner el testador; quándo podrá ó no revocarlos, y se entenderán revocados, aunque no los revoque; de dónde se han de deducir; si en ellos habrá, ó no lugar el derecho de acrecer; quándo se compensarán, ó no con lo que debe á su muger, ó á otros acreedores, y con la décima del tutor de sus hijos: si pertenecen, ó no al legatario, y cómo se han de dividir los frutos que el testador dexa pendientes en la cosa legada, y los que despues produce esta hasta que se le entrega; y si revocándose el legado, deberá, ó no restituir los que percibió.

§. I. *De la division de las mandas ó legados, y qué cosas puede, ó no legar el testador.* 279.

§. II. *Qué condiciones puede imponer el testador en los legados; quándo estará, ó no obligado el legatario á cumplirlas, y percibirá, ó no el legado; y si pasarán, y se entienden, ó no repetidas en el substituto.* 302.

§. III. *Si el testador podrá, ó no revocar los legados que hizo; quándo se entienden, ó no revocados, aunque no los revoque; y de dónde se deben deducir, ya dexe herederos legítimos, ó estraños.* 316.

§. IV. *Si habrá, ó no lugar el derecho de acrecer en los legados, y fideicomisos particulares.* 325.

§. V. *Si los legados hechos por el testador á su muger, ó á sus acreedores, se compensarán, ó no con la dote, ó bienes parafernales, arras, y gananciales que la tocan: con lo que debe á aquellos: y con la décima que se debe al tutor, y curador.* 328.

§. VI. *Si pertenecerán, ó no al legatario, y cómo se han de dividir los frutos que el testador dexa pendientes en la cosa legada, y los que produxo desde su muerte hasta que se le entregó; y si revocándose el legado, deberá, ó no restituir los que percibió.* 237.

Capítulo VII. De la sucesion en bienes libres entre ascendientes, descendientes, y transversales que murieron intestados.

§. I. *Cómo han de suceder los descendientes á sus ascendientes legítimos, é ilegítimos, y á sus parientes, muriendo intestados.* 343.
§. II. *Cómo deben heredar los ascendientes legítimos á sus descendientes que murieron intestados.* 353.
§. III. *Cómo deben suceder los parientes transversales á los suyos que murieron intestados; qué deberán distribuir estos, y los ascendientes, y descendientes por el alma del difunto; y si por la regla del abintestato se graduarán en caso de duda instituidos en testamento.* 359.

Capítulo VIII. Del modo de dividir la hacienda del testador entre herederos estraños, y sus substitutos; y quándo se acrecerá á unos la parte de herencia que los otros no quisieron, ó no pudieron heredar.

§. I. *Quiénes se llaman herederos estraños; de quántas maneras los puede instituir el testador; y siendo muchos los instituidos, si le heredarán, ó no todos igualmente, y á un propio tiempo, ó por órden sucesivo.* 374.
§. II. *Cómo se ha de dividir la herencia entre los substitutos de herederos legítimos, ó estraños; y si la condicion puesta en la institucion, se entiende, ó no repetida en la substitucion.* 389.
§. III. *Quándo se acrecerá á algunos de los herederos estraños instituidos la parte de la herencia que los otros repudiaron, ó no pudieron heredar, ó por otro motivo quedó vacante.* 395.

Capítulo IX. De las causas por qué se pueden impugnar y rescindir las particiones; y quándo habrá, ó no lugar á la eviccion de los bienes de la herencia, ó legado.

§. I. *Por qué causas se pueden impugnar, y rescindir las particiones de bienes de difunto.* 413.

§. II. *Quando habrá, ó no lugar á la evicion de los bienes quitados en juicio á alguno de los herederos á quien se adjudicaron; ó al legatario.* 321.

Capítulo X. y final.

En el capítulo final se pone el modo de formalizar el inventario, y tasacion de los bienes de difunto, y se estienden dos particiones para instruir al contador en el método de hacerlas, y dos escrituras de particiones. 427.

TRATADO DE PARTICIONES.

LIBRO SEGUNDO.

DE LA PARTICION DE BIENES DEL QUE murió testado ó intestado, entre sus herederos legítimos y extraños, ya los haya mejorado ó no.

CAPÍTULO PRIMERO.

COMO SE HAN DE DIVIDIR LOS BIENES DEL que murió testado, entre sus legítimos descendientes, quando á ninguno mejoró: de qué parte de ellos puede disponer en su perjuicio: qué puede dexar á los ilegítimos, careciendo de legítimos ascendientes ó descendientes, ó teniéndolos; y si los legitimados sucederán, ó no á sus padres y parientes.

§. I.

De quántas maneras se puede hacer la division: si el padre podrá ó no hacerla en su vida, revocarla y señalar á sus hijos la legítima, y qué ha de practicar el Juez quando no la hizo. Si los hijos podrán pedir se les supla la legítima quando los bienes paternos se aumentaron: y si en ella habrán ó no lugar su suplemento, y el derecho de acrecer.

1 Reintegrada la viuda de su dote, arras y demás derechos que la correspondan, despues de hechas las deducciones, liquidacion y separacion del caudal comun inventariado en los términos expuestos en los capítulos del lib. 1. de este tratado; se sigue la division del privativo de su difunto marido entre los herederos que instituyó, ó abintestato deben heredarle. Esta se puede hacer de tres maneras. La 1, judicialmente por Contadores ó personas que elijan todos los interesados, ó por quien por su ausencia, menor edad ó incapacidad los represente, ó

por el Juez de oficio en rebeldía de algunos. La II. por los mismos interesados de conformidad, siendo mayores de 25 años, la qual, aunque no intervenga escritura, vale, y siendo hecha justamente no se debe deshacer por este defecto, y mucho ménos si están posesionados de lo que les tocó (1); é interviniendo escritura, (como es preciso quando hay bienes raices, ó derechos perpetuos, para que conste, y acreditar su pertenencia en lo sucesivo) puede, si quieren, presentarla despues al Juez para que confirme, ó apruebe la particion, y la mande protocolizar, y que á cada uno se dé el respectivo testimonio de su haber; bien que en este caso no es necesaria su aprobacion, porque ni le da mas vigor, ni lo necesita si está bien hecha, ni le quita la nulidad ó agravios que contenga; ni tiene potestad para hacer valido lo que por derecho es nulo, á causa de no ser Legislador, sino mero executor de la ley; y así basta que el Escribano la protocolice, pues puede hacerlo á su instancia, previniendolo en ella, y dar los testimonios que le pidan, como de acto extrajudicial que es reducido á escritura pública, y pasa ante él; y si es de muebles, semovientes ó dinero, no es menester su protocolizacion, hasta el recíproco de la quarta entrega. Y la III. (de que trata la ley 80. tit. 18. part. 3.) por escritura que todos otorgan y formaliza el Escribano, cargando por pagados de la qüota, y bienes que se les aplican, y segun la institucion les corresponden, los quales se deben individualizar en todas tres clases de particiones, para que siempre conste de lo que cada uno lleva, y le sirva de legítimo de pertenencia la adjudicacion que se le forme. Pero de cualquiera suerte que se practique, si hay testamento, se ha de hacer segun el orden y forma legalmente prescripta por el testador. De cuyas tres clases de particion pondré exemplos en el capítulo 6. de este libro.

2 Solo advierto para mas clara inteligencia de lo expuesto, que el testador puede instituir herederos de tres modos: I. sin expresar qué parte de herencia han de haber: II. señalándosela á todos: y III. señalándosela á unos, y á otros no (2). Se ad-

(1) Ley 8. tit. 4. lib. 3. del Fuero Real, ley 1. y 2. tit. 7. lib. 10. [illegible] Fuero Juzgo, [illegible] Cod. Recopilado [illegible] Cod. Real, [illegible] Vanes a la Pragmática [illegible] Numero 18.

(2) [illegible] 7. y 14. y sig. tit. 3. part. 6. [illegible] Gomez [illegible] 5. num. 15.

vierte igualmente, que testando entre hijos, ó descendientes legítimos, se les debe por todos derechos (como explicaré en el cap. 7. de este lib. n. 3.) la legítima, la qual puede ser de dos maneras, á saber: *Completa ó larga*, y *diminuta ó corta*. Se llama *completa*, quando es de todos los bienes del testador, excepto el quinto, de que puede disponer á favor de quien quisiere, segun diré en el §. 2. de este capítulo. Y *diminuta*, quando de ellos se deduce el tercio, cuyo importe aunque tambien es legítima que se debe á los referidos descendientes, pero no absolutamente necesaria, y rigorosa para todos, sino para alguno, ó algunos á eleccion, y voluntad de su ascendiente: de lo que trataré con mas extension en el capítulo siguiente.

3 Esto supuesto, digo: que si el testador instituye herederos sin especificar quánto han de llevar, partirán la herencia con igualdad, ya sean legítimos, ó extraños, porque se conceptúan instituidos en esta forma (1), á ménos que del comun uso de hablar en algun Pueblo se entienda otra cosa. Si les señala los bienes, ó porcion de herencia que han de percibir, se debe observar su voluntad entre herederos extraños (2). Y lo próprio milita entre legítimos, con tal que no les prive de la legítima que por derecho les toca, ni se la disminuya, pues aquel á quien mas dexe, ó mande se entenderá mejorado (3).

4 Si no hay testamento, ó aunque lo haya, si en él no prescribe el difunto regla y forma de hacer la division de sus bienes, los deben partir entre sí los herederos instituidos en iguales partes, ya sean legítimos ó extraños, como si de esta suerte lo hubieran sido; ó los que por derecho deben heredarle abintestato (4). Y del modo de dividir los del que murió intestado, ya dexe ascendientes, descendientes, ó parientes, trataré en dicho cap. 7.

(1) Ley 17. tit. 3. part. 6. Ley Quotiens 9. §. Heres, ley Ativs 11. y ley Interdum 13. ff. de dicend. instituend. §. Si plures institut. de Heredib. instituend. (2) Ley 17. tit. 3. part. 6. Ley Item quod 17. ley Asse toto 77. y ley Ex unciis 87. ff. de Hered. instituend. ley fin. ff. de Bonorum posses. secundum tabul. y §. Videamus, Instit. de Heredib. instituend.

(3) Ley Parentibus arbitrium 8. Cod. de Inoffic. testament. ley Quotiens 9. ley Filii patres, Cod. y ley Filio, §. Si pater, ff. Familiæ erciscund.

(4) Ley Inter filios, Cod. Familiæ erciscund. Ley Lege, Cod. y ley 1. ff. de Legitim. hæredib. y ley Ut liberis, Cod. de Collationib.

5 Puede dividir su hacienda el testador entre sus herederos legítimos o extraños (1), y el Juez debe seguir su voluntad, no perjudicando a los legítimos en su legítima, si ante él acudiesen a quejarse, o a que apruebe la division. Tambien puede señalar a sus hijos en una ó mas cosas la legítima paterna que les toca, y se ha de pasar por su arbitrio, por la confianza que de él se tiene acerca de sus hijos, pues nadie es presumible resuelva para utilidad de ellos con mejor consejo (2). En quanto a si podrá, o no señalársela en el dinero que tiene, o en el que no dexa en la herencia; y si el hijo podrá quejarse de este arbitrio de su padre, quando no dexa dinero, y por consiguiente recusar la solucion de su legítima en él, hay variedad de opiniones (3).

6 Si el testador no hace entre sus hijos la division, ni señalamiento de bienes por sí, ni por medio de otro, todo lo ha de hacer el Juez (4); pues aunque de los del padre en comun, y no de ciertos y determinados precisamente se debe pagar al hijo su legítima (5), y por ésta tiene parte indistintamente en todas, y en cada alhaja hereditaria (6), al modo que el heredero, aquien toca la quarta *Falcidia*, ó *Trebelliánica*, las quales tambien se le deben ommodamente de todos los de la herencia (7): no obstante, no puede pedir parte en qualquiera por su legítima, ni elegir una, ni muchas, porque ningun derecho le concede esta facultad, ántes bien se debe dexar a arbitrio del Juez la aplicacion y solucion (8).

7 Pero el Juez debe hacer la aplicacion en una, ó mas cosas líquidas a cada heredero, y á la viuda y viudo, si puede ser, y no dexarlas proindiviso entre todos, o algunos, á fin de evitar que de su comunion, é indivision se origine discordia

(1) Ley 9. tit. 15. part. 6. Dicha ley Quotiens 10. y ley Si legitimae 21. ff. Ead. Basilic. eod. tit. Cod. Familiae erciscund. (2) Dicha ley Parentibus, ley Nec in ea, ff. de Adulter. ley Aurelius, §. Titius testamento, ff. de Liberatione legat. y ley Si furioso puero, ibi: *Sed per omnia judicium testatoris sequendum est*, ff. de Curatorib. furioso dand. (3) Valasc. de Partit. c. 18. n. 19. et 22. (4) Gom. in leg. Gnaianam in prioribus, Cod. de Inofficios. testam. ampliat. n. 20. Valasc. de Jur. lit. cap. 18. (5) Ley Scimus, §. Neptis nomine, Cod. de Inofficios. test. & ibi DD. n. 3. (6) Ley 2. Cod. Quando, & quibus quarta pars, & ibi DD. (7) Ley 2. tit. 11. Part. 5. Gom. en la 19. de Toro n. 2. Ley 2. Cod. ad leg. Falcid. (8) Menoch. de Arbitr. cas. 163. n. 16. Valasc. dicho c. 18. n. 3. 4. y 23.

entre ellos (1), adjudicando proporcionalmente á cada uno segun su haber de bueno, mediano y malo en toda clase y especies de bienes, y deudas cobrables, incobrables y dudosas, ya los herederos sean extraños, ó hijos de un matrimonio, dos, ó mas, para que ninguno experimente perjuicio. Y lo mismo debe practicar el Contador como que hace oficio del Juez, observando ambos las reglas que en el cap. 2. §. 2. núm. 58. y sig. del lib. 1. part. 2. de este tratado dexo explicadas, pues de otra suerte procederán no solo contra equidad, sino contra lo dispuesto por derecho (2), y en vez de evitar la discordia, será motivo y fomento de ella, y no se verificará hecha perfectamente la division segun corresponde.

8 Así como el testador puede dividir su hacienda entre sus herederos, puede tambien impedir, ó prohibir á estos que la dividan. Por lo que si alguno de ellos pide que se haga particion, y otro se opone, manifestando al Juez el precepto del testador, debe admitir la excepcion, y deferir á la proindivision (3).

9 Lo qual se limita, lo I, quando el coheredero es de genio altivo, ó interviene alguna causa grave, por lo qual no puede vivir en comunion con él, pues probada, se deferirá á la particion. Y lo II, en quanto á la legítima de los hijos, pues el padre no puede imponerles éste ni otro gravámen en ella, aunque sí en los demas bienes de que se le permite disponer (4), como en el capitulo siguiente explicaré.

10 No puede ser compelido el padre (regularmente hablando) á señalar, ni entregar á sus hijos miéntras vive, sus legítimas (5), porque no se las debe hasta que muera (6), pues solo tienen cierta prematura, y probable esperanza de haberlas (7). Lo qual se entiende, aunque los hijos esten presos, y

(1) Ley Cum pater 77. §. Dulcissimis, ff. de Legat. 2. (2) Ley Ad officium 3. Cod. Communi dividund. ley Sancimus 34. §. Ne autem, Cod. de Donation. Morquech. de Divis. lib. 4. cap. 12. n. 1. y 2. Guerreir. de Divis. lib. 2. cap. 14. n. 54. y lib. 6. cap. 11. n. 17. (3) Ley Si convenerit, y ley Itemque, ff. Pro socio. (4) Ley Quoniam in prioribus Cod. de Inoffic. testam. Guerreir. de Divis. lib. 1. cap. 1. n. 36. Ayor. part. 1. cap. 5. n. 14.

(5) Jason. in Authent. Novissima n. 7. Cod. de Inofficios testam. Fabian. ibi q. 7. princip. Tell. en la ley 23. de Toro n. 11. (6) Authent. cit. y ley Cum quæritur 6. Cod. de Inoffic. testam. (7) Ley 1. §. Si impuberi 21. ff. de Collation. bonor.

las necesiten para satisfacer la condenacion que se les impuso (1) (*a*). Y lo próprio milita en quanto á ellos para con su padre, porque son correlativos, y las legítimas de ámbos en esta parte siguen igual regla (2).

11 Pero si quisiere, puede prevenir el tiempo de su muerte, y entregar en vida á sus hijos las legítimas que despues de ésta les habian de tocar (3). Lo qual procede, aunque éstos lo resistan, y no las quieran, porque el tiempo de la muerte para su tradicion se estableció en favor de los padres, cuyo auxilio pueden renunciar (4) (*b*).

12 De lo explicado se prueba, que la legítima que despues de la muerte se debe, se puede dar en vida, y que la particion que despues de ésta se hace comunmente, la pueden hacer los padres miéntras viven, entre sus hijos por escritura, ó sin

(1) Menchac. en dicha Authent. Novissima. Cod. de Inoffic. testam.

(2) Ley Nam etsi parentibus 15. ff. de Inofficios. testament. D.D. en dicha Authent. (3) Ley Cum quo de Peculio 55. §. fin. ff. ad leg. Falcid. & ibi Paul. Tell. en dicha ley 23. n. 11. cit. (4) Ley Post mortem. 12. Cod. de Fideicommis. ley penult. Cod. de Pact. Menchac. de Succession. creat. §. 7. n. 19.

(*a*) Es cierto que el padre no es obligado á entregar la legítima hasta que muera, aunque los hijos lo necesiten por los motivos que se expresan; pero aunque esto es cierto, se verifica que en muchos casos tienen que satisfacer los padres el importe de su condena, gastos ó costas de la causa, por cuenta de su legítima; para lo qual pueden servir de fundamentos las razones siguientes: la primera, porque deben cuidar de la conducta de sus hijos y acaso por no haberlo hecho, fueron causa de la causa de su condenacion, y se les aplicaria muy bien aquel filosófico aserto, que el que es causa de la causa, es causa de lo causado; la segunda, porque acaso viendo los hijos carecen de bienes, se harian ménos arreglados, y mas contenidos considerando que semejantes gastos habian de imputarse en su legítima; los delitos no deben quedar sin castigo; son los hijos condóminos en los bienes del padre; si el que no los tiene, merece condenacion pecuniaria, resulta que baxo de dicha qualidad no es extraño satisfaga el padre la pena.

(*b*) No falta quien diga, que no se alcanza el mérito para obligar á los hijos, resistiéndolo á percibir la legítima que en vida les entrega su padre; si se concede, como no puede negarse, que tiene facultad para hacer dicha entrega, es consiguiente afirmar que la tiene para obligarles á que la reciban; de lo contrario seria una concesion sin efecto; á quien se concede una gracia, es por sin duda, que está concediendo todo lo que mira á su execucion; por lo mismo se concederia al hijo á recibirla, si al padre le compete el derecho, y á lo determinado por este no puede servir de obstáculo la resistencia ó involuntariedad del hijo, de todo lo qual resulta la accion para el apremio.

ella (1); pues aunque parezca que este acto se debe celebrar despues de la muerte, no hay ley que prohiba su celebracion en vida. Pero la entrega á los hijos se limita en caso que les pueda ser nociva, v. g. por ser menores, ó pródigos, pues entónces no debe su padre hacérsela, porque les irrogará grave detrimento, que está obligado á evitarles (2).

13 Puede el padre revocar la particion que hizo entre sus hijos, aunque proceda á entregarles los bienes en ella contenidos, si no expresa que quiere sea irrevocable, y dure perpetuamente: porque en este caso no adquiere el vigor de simple donacion, sino solamente de última voluntad, que quiso prevenir en vida, la qual como variable hace revocable aquella hasta la muerte (3); por lo que no ha lugar la irrevocacion de que trata la 17. de Toro que es la 1. tit. 6. lib. 10. Nov. Recop.

14 Y si dice que quiere sea estable, é irrevocable para siempre, se ha de distinguir: ó los hijos entre quienes se efectúa la particion, exîsten baxo de la patria potestad, ó no. Si no exîsten por hallarse casados, ó emancipados por su padre, ó por la ley, ó rescripto del Príncipe, valdrá, y no se podrá revocar, porque por la tradicion que les hace de los bienes, se les transfiere irrevocablemente el dominio de ellos (4).

15 Pero si exîsten, se podrá revocar, porque no se les transfiere su dominio, y es nula la donacion que sus padres les hacen, estando en su poder (5). Previniendo que si por esta particion no consiguió algun hijo la legítima íntegra que le correspondia, atendidos los bienes que al tiempo de formalizarla tenia su padre, no le dañará, ántes bien podrá repetir el resíduo así de ellos, como de los posteriormente adquiridos, ó aumentados (6).

(1) Ley Si filia nupta, §. Si pater inter filios, ff. Familiæ erciscund. & ibi Florian. y otros. (2) Arg. leg. Si ita relictum, §. Papasus, ff. de Legat. 2. y ley 3. §. Cum pondus, ff. de Usur. Valasc de Partit. cap. 21 n. 6. & 10. (3) Ley Si filia nupta cit. §. fin. ley 4. ff. de Adimend. legat. cap. Cum Marte de Celebrat. Mensar. Ayor. part. 3 quæst. 10. Marquech de Divis. honor. Ch. 4. cap. 3. n. 5. y 6. (4) Ley Siue emancipatis 17. Cod. de Donation. Gom. en la 17. de Toro n. 61. [illegible] (5) Ley 3. tit. 4. Part. 5. Leyes Si nondum 2 Cunct. Pueris 11 y Siue emancipatis 17. cit. Cod. de Donat. ley Si pater 2. Cod. de Collation. dentionib. Valasc. de Partition cap. 21 dicho n. 13. y 14. (6) Boer. ad-

16 Valen en tanto grado la particion hecha por el padre entre sus hijos mayores, y la asignacion de bienes, y tradicion que de sus legítimas les hizo en vida con cláusula, y juramento de que no han de pretender mas de los paternos, sin embargo de que se aumenten despues, renunciándolos expresamente, que ya se multipliquen, ó disminuyan, ni el hijo tendrá repeticion contra los referidos bienes aumentados, ni el padre contra los dados al hijo: ni aunque la intenten, deben ser oidos, porque el juramento confirma y vigoriza el pacto (1).

17 Pero si no interviene pacto jurado de no pretender suplemento de legítima de los bienes que despues de la tradicion aumente el padre, aunque discordan los Autores acerca de si los hijos podrán, ó no pedirlo, la mas segura opinion es, que pueden, y que creciendo las facultades de sus padres, debe crecer tambien su legítima, no obstante que al tiempo que se hizo la particion, hubiesen recibido íntegra la que con atencion á los bienes paternos les correspondia entónces, porque se debe regular segun los que tiene al tiempo de su muerte, unidos con ellos, y no segun otro. Sin que sirva alegar que siendo esto así, tendrá el hijo dos legítimas, una al tiempo de la particion, y otra despues de la muerte de su padre, pues en el efecto no es mas que una entregada en dos tiempos, y veces, porque la asignacion primera lleva la tácita condicion, con tal que los bienes paternos no se aumenten (2).

18 En quanto á si en la legítima de los hijos habrá, ó no lugar el derecho de acrecer, debo sentar tres casos. El I, si los hijos son instituidos solamente, no hay duda que ha lugar; y así la parte que el uno repudie, se acrece igualmente á los demas, por las razones que expondré en el cap. 8. de este lib. §. 3. n. 60. El II, si son instituidos juntamente con algunos extraños, y todos los hijos repudian sus partes, ó por otro motivo faltan: tampoco la hay de que se acrecen estas á los extraños, por las propias razones (3).

cis. 62. n. 8. Tell. de la ley 29. de Toro n. 13. Valasc. dicho con. 21. num. 17. (1) Jason en la Authent. Novissima cit. n. 10. Palac. Rub. de Rebor. §. 16. n. 26. Menoch. de Succession. creat. §. 18. n. 80. Sr. Molin. de Primogen. lib. 2. cap. 13. num. 5. (2) Valasc. de Partit. cap. 21. desde el n. 19. Morquecho de Divis. lib. 4. cap. 5. (3) Covar. lib. 1. Var. cap. 10.

19 El III, es quando siendo instituidos juntamente con extraños, repudia alguno de los hijos su parte de legítima, ó por otra causa no la percibe, ¿y se duda si la llevarán sus hermanos, ó los extraños, ó estos, y aquellos omnímoda, y simultaneamente? Y digo que se acrecerá solamente á los hijos: Lo I, porque el extraño nunca se entiende ser heredero sino legatario; y ya el testador lo instituya junta, ó seperadamente con sus hijos, dexando á estos su legítima, y á aquel el quinto, ó no distinguiendo, ni diciendo lo que éste, y ellos han de percibir, siempre se conceptúan instituidos en diversas partes, ó porciones, que son: los hijos en su legítima, y el extraño en el quinto; por lo que aquellos son conjuntos en la cosa, y en las palabras, y el extraño omnímodamente disyunto; y quando falta alguna parte, se acrece mejor á los conjuntos de ámbos modos, que al que lo es solamente de un modo (1). Lo II, porque aunque quiera decirse que todos son conjuntos, con igual conjuncion; no obstante, los hijos lo son con conjuncion legal en su legítima, por lo que la parte repudiada debe acrecer á los hermanos, y éstos obtener la prelacion como que les compete derecho mas potente, y vigoroso. Y lo III, porque en qualquier tiempo que se haga la repudiacion, se retrotrae al de la muerte del testador, como si no tuviera aquel hijo, ó hijos repudiantes, y sí únicamente á sus hermanos aceptantes; y así á estos toca como á sus únicos herederos (2).

20 Por lo tocante á quando el hijo es exheredado justa, ó injustamente, si se acrecerá, ó no su parte á sus hermanos instituidos herederos con privilegio de tales, de suerte que en ella se pueda imponer gravámen. Suponiendo como incontrovertible, é indubitado que el hijo no puede ser gravado en su legítima (3), digo: que si fuere justamente exheredado, se acrece á los demás hermanos su parte de herencia, que se

n. 37. Gracian. Discept. Forens. cap. 178. Sr. Larrea, dec. 36. n. 11. Cancer. part. 3. Var. can. 22. ex n. 177. (1) Ley Re conjuncti, ff. de Leg. 3. ley Quotiens 1. §. Idem ait, vers. Idem est, ff. de Usufruct. accresend. y ley ante. § 11. in fin. vers. Sin vero quidam, Cod. de Caducis tollend.

(2) Arg. ley. Heres quoque. ff. de Adquirend. hereditat. Gom. dicho n. 37. Marin. de Legitim. lib. 1. tit. 1. quest. 2. n. 11. y tit. 4. quest. 5. Gracian. regul. 307. n. 1. (3) Ley 11. tit. 4. Part. 6. Ley Quoniam in prioris. Cod. de Inofficios. testam. Gom. lib. 1. Var. cap. 11. n. 31.

juzga la misma con la legítima de estos, y no están sujetos á restitucion (1), porque la legítima de los hijos se mide, y gradúa segun la sucesion abintestato (2). Es así que el hijo justamente exheredado nada puede conseguir abintestato de los bienes de su padre. Luego sus hermanos percibirán la legítima, como si le sucedieran abintestato, y por transmision, y conjuncion legal vendrá á ellos, porque la justa exheredacion remueve el obstáculo; y así se debe tener, y estimar por exheredado en el todo de su legítima (3). Ademas de que en la querella de inoficioso testamento, excluso, ó removido el obstáculo, y tambien uno de los herederos, ha lugar el derecho de acrecer á favor de los demas (4). Luego se debe decir lo mismo en el suplemento de legítima, que es mas favorable que la querella (5); por lo que excluso el hermano por la exheredacion, deben sus hermanos conseguir mas facilmente el beneficio del derecho de acrecer. Pero si no fué exheredado justamente, no se les acrecerá, porque él, y ellos son llamados por diverso derecho, como que los herederos son instituidos en testamento, y el exheredado fuera de testamento, y entre los que lo son por distinto derecho, no ha lugar el de acrecer (6). Lo que es al contrario quando se les instituye en menor parte que su legítima, pues pueden pedir suplemento de ella (7). Del derecho de acrecer trataré con mas extension en el cap. 8. de este libro.

(1) Aretin. Immol. Din. y Alex. en la ley Plane, §. Si duobus, ff. de Leg. 2. Auth. Novis. cit. (2) Ley Cum quaritur 6. y ley Parentibus 8. Cod. de Inoffic. testam. (3) Ley unica, Cod. Quando non potentium partes, arg. leg. Si post mortem, §. Si liber, ff de Bonor. possess. contra tabul.

(4) Ley Si pœnæ filium 23. §. fin. ff. de Inofficios. testam. (5) Ley Cunctis modo 30. Cod. de Inofficios. testam. (6) Ley Sive patronus 21. §. Ex duobus patronis 2. ff de Jure patronat. (7) Ley 5. vers. Otrosi decimos, tit. 8. Part. 6. Spino in Specul. de Testament. glos. 9. ex n. 23.

§. I I.

De qué parte de sus bienes puede disponer el testador por su alma, ó á favor de quien quisiere en perjuicio de sus legítimos descendientes; y de dónde se deben deducir los gastos de su funeral, entierro y misas.

21 Sin embargo de lo ordenado por las leyes 9. tit. 5. de Legados, y 7. tit. 12. de Donaciones, lib. 3. del Fuero Real, no pueden los ascendientes de estos Reynos de Castilla teniendo descendientes legítimos, disponer en perjuicio de éstos por su alma, ó á favor de extraño, ni en otra cosa, de mas que de un quinto de sus bienes libres en vida, y muerte, al qual los dos que las citadas leyes les permitian distribuir, están reducidos hoy por la 28. de Toro, que es la 12. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec. y dice: *La ley del fuero, que permite que el que tuviere fijo, ó descendiente legítimo, pueda hacer donacion hasta la quinta parte de sus bienes, y no mas, y la otra ley del fuero, que asimismo permite que puedan mandar teniendo hijos, ó descendientes legítimos al tiempo de su muerte, la quinta parte de sus bienes: se entienda, y platique que por virtud de la una ley, y de la otra no pueda mandar el padre, ni la madre á ninguno de sus hijos, ni descendientes mas de un quinto de sus bienes en vida, y en muerte.* Y aunque esta ley no hace mencion sino de los descendientes, se entiende, y debe ampliar á los extraños con razon mas poderosa: y tambien á su alma, por lo que ordenan las leyes 5. 6. 7. y 9. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec. que son la 9. 10. 11. y 30. de Toro. Y así si el ascendiente tiene varios descendientes legítimos, y el uno de ellos está profeso en Religion capaz de adquirir bienes, no debe instituirlo por uno de sus herederos, mejorarle, ni legarle mas que el remanente del quinto, del que puede disponer por su alma; y la razon es, lo I, porque por la profesion murió civilmente para el mundo, y esta le constituyó incapaz de adquirir, y retener bienes del siglo, pues ninguna ley concede á los muertos el derecho de suceder. Y lo II, porque aun dado, y no concedido, que se conceptúe dexado á su Monasterio, en quien reside capacidad para adquirirlos, y retenerlos, este es extraño, y

como tal no debe legarle mas en perjuicio de sus herederos legítimos; ni puede venir por representacion del Religioso, porque ya está muerto; y no adquirió derecho, y como representante no debe tener mas que el representado. Sobre todo lo qual vénse lo explicado en el cap. 6. de mi primera parte adicionada, en donde expuse varias razones, por las que, y porque por la profesion abdica, renuncia y se desprende el Religioso de todo lo de este mundo, y solo debe aspirar á lo del Cielo, tampoco puede, ni su Monasterio por su representacion suceder en bienes vinculados, aunque no esté excluido, por haberse constituido extraño de la sucesion, y apartado de sí todo lo temporal que la naturaleza le proporcionaria á conservarse en el siglo.

22 Si el padre hace en vida algunas donaciones pequeñas, v. gr. á pobres parientes, criados, &c. ¿su importe se tendrá en consideracion para computarlas en parte de quinto? Quando el exceso, ó gravámen es módico, atendido su caudal, no se deben computar, especialmente si hay costumbre de que de ellas no se haga mérito, como regularmente acontece: porque lo módico se reputa por nada, y porque de lo contrario se ligarian mínimamente las manos al padre dueño de sus bienes, y aun se le retraeria de adquirir, y serian mas damnificados sus hijos, pues esto no se debe reputar prodigalidad, ni liberalidad, sino necesidad, y no se debe presumir del padre que lo hace con animo de defraudarlos, que es lo que principalmente se atiende para la computacion de las donaciones, sino por piedad, y en cumplimiento de la obligacion que tiene de dar limosna pudiendo; ademas de que no hay ley, ni texto que se lo prohiba; pero si es notable, entónces se computará en el quinto, pues lo mismo se debe juzgar de muchas donaciones pequeñas, y menudamente hechas, que constituyan cantidad casi ilorable, que de una grande, porque en este caso se grava considerablemente la legítima de los hijos (1); lo qual dejo á prudente arbitrio del Juez docto, y prudente, atendidos los intereses del donante, y demas circunstancias correspondientes, y no arbitrariamente; á lo que me inclino como justo, y equitativo.

(1) Gómez ad l. 28. Taur. n. 62. Matienzo en la ley recopil. 6. lib. 5. Rec. glos. 3. n. 3. y 4. Salcedo part. 1. quæst. 35. Angel. de Ledesma en su obra

23 Lo expuesto en el num. 21. procede, ya el testador tenga hijos vivos, ó solamente póstumos, pues en ningun caso de estos puede disponer de mas que de un quinto en vida y muerte. Y sin embargo de que *Ayora part.* 2. *q.* 1. dice que puede de la quarta parte, quando dexa solamente póstumo, fundándose en una ley del Fuero Real (1), no debe seguirse su dictámen: Lo I, porque estas leyes deben estimarse por tales únicamente en donde son usadas, y guardadas, como lo manda la ley 3. tit. 2. lib. 3. Nov. Rec. que es la primera de Toro, y la citada no está en uso; y para que tenga lugar en algun Pueblo, debe probar su uso como fundamento de su intencion el que la alega, porque se afianza en un hecho, y afirmativa probable (2), como sucede en Ciudad Rodrigo, y en otros lugares confinantes con el Reyno de Portugal, que en esta parte se gobiernan por ella. Y lo II, porque el póstumo en todo lo que concierne á su utilidad, se conceptúa, y estima por nacido (3); y así su padre está obligado á instituirlo por heredero sin diminucion de su legítima (4), y no lo haciendo, romperá su testamento, y se le suplirá ésta (5); y la razon es, porque no es creible que quiera preferir los extraños á sus hijos legítimos (6), ni aun verosímil, ni presumible. Por lo que la opinion de Ayora tendrá cabimiento, ó en el caso de que el póstumo no nazca, ó aunque salga á luz, no concurran en él las qualidades que prescribe la ley 2. tit. 5. lib. 10. Nov. Rec. que es la ley 13. de Toro, y que expliqué en el cap. 1. de este lib. 1. de este tratado n. 45. y explicaré en el cap. 7. de este lib. n. 5. pues entónces por su preterícion no se rompe el testamento, ni se le estima por heredero, ni aun por nombre para este efecto (7).

(1) *Ley* 3. tit. 20. lib. 3. del Fuero Real, *verb.* E si el varon muriere...
(2) *Ley ei, qui, ff.* de Probation. ley Actor, Cod. eod. tit. y §. Verius, Inst. de Leg. Aquil. Covarr. in Pract. leg. Part. 3. part. 2. cap. en la ley 12. tit. 13. Part. 3. y en la 18. tit. 15. Part. 7. Gutier. lib. 3. lib. 2. Pract. quæst. 93. n. 6. al 4. (3) *Ley* 3. tit. 23. Part. 4. ley 20. tit. 7. Part. 6. ley Quæ utero, ff. de Statu homin. y §. Postumi, Inst. de Jurec.
(4) Part. Cod. de Posthu. hæredib. instituend. y ley Cum quidam, Cod. de Inofficios. testament. (5) *Ley* 5. tit. 8. Part. 6. ley Post. mortem, Cod. de Bonorum possess. contra tabul. ley Quartam in principio, Cod. de inofficios. testam. ley Cum scimus, §. Repetitionem, ff. [illegible] ley 3. ff. de Injusto, rupto irrito. Rio. quæst. de [illegible] al 37 (6) [illegible] Cod. de Inofficios. (7) Ley [illegible] Azeved. [illegible] ff. de [illegible]

24 Si el testador dona en sanidad un quinto á un descendiente legítimo, y legando otro por última voluntad á otro descendiente, valdrán ámbos quintos, si no dispone del tercio; y la razon es, porque si tiene potestad para mejorar á alguno, ó algunos de ellos en el tercio y quinto de sus bienes libres, (como diré en el capítulo siguiente) mejor podrá mejorarlos en éste, que importa ménos que aquel, pues segun derecho (1), en la cantidad mayor se incluye, y embebe la menor; y como aunque puede mejorarlos en el tercio íntegro, no está obligado á ello, se entiende por lo mismo que uno de los dos quintos es parte del tercio, y que sin embargo de poder dexárselo, no quiere sino solamente el quinto, que es ménos, y así la prohibicion de la ley 8. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec. en quanto á los dos quintos, se entiende absolutamente por lo respectivo á extraños, y á su alma; y por lo concerniente á los descendientes legítimos, quando mejora á alguno en el tercio y quinto, en cuyo caso no puede haber mas de un quinto; pero no, quando no dispone del tercio, porque entónces el quinto es parte de éste (2). Pues ninguno puede hacer que lo dispuesto por ley no tenga vigor contra su voluntad, ántes bien quando esta es contra aquella, se tiene por no escrita (3).

25 Lo mismo procede, y se debe observar, quando dexa un quinto por su alma, ó á favor de extraño, y otro al de un descendiente legítimo, pues el de este es tambien parte del tercio, y el de aquel verdadero quinto de su hacienda; y quando dexa el tercio á extraño, ó á un ascendiente, teniendo descendientes legítimos; pues se reducirá al quinto, y como tal valdrá hasta en su importe, y no mas, respecto de que testando entre legítimos descendientes, no puede valer en el todo, porque en lo divisible no se vicia lo útil por lo inútil (4).

26 Teniendo el padre, madre ó ascendiente cinco, ó mas

(1) Ley Stipulatio 1. §. Si stipulanti 10. ff. de Verbor. obligation.

(2) Vale en la ley 28. de T. de R. 1. Cifuent. en la 18. cerca del fin. Mieres, en la 12. tit. 6. lib. 5. Fuero, glos. 3. y 4. Ang. 1. en alle glos. 1. n. 2. al 6. Marquech. de Ord. lib. 3. cap. 9. n. 2. Avend. part. 2. q. 8.

(3) Ley 32. tit. 1. part. 6. y 81 glosa final. Ley Nemo potest 55. ff. de Legat. 1. ley final, Cod. de Cod. cit. (4) Regla Licet per textum de Regul. jur. in 6. y ley 7. tit. 12. lib. 3. del Fuero. Segur. en la Mulier ex familia, §. Sed si fundum, ff. de Legat. 3. Cifuent. en dicha ley 18. n. 7. Angul. en la 12. tit. n. 4. Aceved. en ella, n. 3.

hijos, ó descendientes legítimos, se duda si podrán disponer del quinto íntegro á favor de un hijo natural, ó expurio, ó al de extraño, ó por su alma. Y aunque algunos dicen que no, fundandose en que el ilegítimo y el extraño serian de mejor condicion que los legítimos, porque llevaban mayor porcion, y por consiguiente se gravaba á éstos en su legítima (1): no obstante, lo contrario me parece ser lo cierto: Lo I, porque ni la ley 8. tit. 20. lib. 10. Nov. Recop. que es la 28. de Toro, ni otra alguna distinguen de si los hijos han de ser dos, quatro, cinco ó mas, y los Legisladores no ignoraban que los padres podian tenerlos; y así por no haberlo expresado, se entiende no excluido, ni exceptuado este caso; pues quando la ley habla generalmente, y no distingue, debe entenderse generalmente, y no debemos distinguir (2). Lo II, porque por derecho antiguo le tenian solamente los hijos á la quarta parte de los bienes de sus padres, la que siendo quatro, ó ménos, se les aumentó á la tercera: y si eran cinco, ó mas, á la mitad: y últimamente hasta las quatro partes, quedando únicamente á los padres el quinto de libre disposicion, como diré en el capítulo siguiente núm. 1., por lo que, y porque la asignacion de la parte, ó quota de legítima es de derecho positivo; teniendo consideracion á este aumento los Legisladores, y á que era demasiado violento limitar, y minorar el quinto en el caso de que tuviese cinco, ó mas hijos el testador, que era dueño de todos sus bienes, y podia enagenarlos en vida, sin que sus hijos se lo pudiesen impedir; por haberlos ganado con muchos afanes: y á que de hacerlo se le podia entibiar el ánimo de adquirir, no lo limitaron, ántes bien establecieron las quatro partes por legítima única de los hijos, ya fuesen muchos, ó pocos, y concedieron indistintamente la quinta á sus padres; por lo que en dexándoselas, cumplen con la ley, y no proceden contra ella. Y lo III, porque el quinto íntegro se concedió á éstos, á fin de que ya que se habian fatigado tanto en adquirir para utilizar á aquellos, pudiesen disponer de él á beneficio, y en sufragio de su alma, la qual es preferida á todos, y en su derecho, y lugar se subrogan el hijo ilegítimo, y el

(1) Escobar. Comp. 3. (2) Ley Non distinguemus, ff. de Recept. arbitr. y ley De pretio 8. ff. de Publician. in rem actione, & ibi glos.

cer año. Sin que sirva alegar que los legítimos se constituyen en peor condicion que el ilegítimo, ó extraño: pues esto es falso, porque llevan las quatro partes íntegras de los bienes de sus padres que la ley les señala por legítima, y el ilegítimo, ó extraño una sola; y el que sean cinco, ó mas, es casualidad, que no debe alterar la disposicion general, ni quitar al padre lo que la ley le dá. Tampoco sirve decir, que son gravados en sus legítimas, pues no hay tal gravamen, porque permitiendo todo lo que el derecho les concede, y el padre en usar del suyo, á nadie grava, ni injuria. Á mas de que la ley no miró á la utilidad privada de cada hijo, sino á que su padre no quitase á todos juntos cosa alguna de las quatro partes de sus bienes, ni dispusiese de mas que de la quinta (1). Y así se debe observar, no mandando el testador otra cosa, como expuse en en el cap. 1. num. 58. de mi primera parte adicionada.

27 Si el testador tiene descendientes legítimos y dispone de dos quintos entre extraños, ¿quál de los dos valdrá? Se debe distinguir: si la disposicion primera fué irrevocable, será preferida, por no poderse revocar por la segunda (2). Lo qual procede, ya la primera donacion se haya hecho por vía de qüota, ó de cosa, ó cantidad cierta, porque en uno y otro caso versa igual razon, y así debe obrar la misma disposicion, y hacerse el própio juicio; por lo que de muchas donaciones irrevocables precedentes se completará el quinto, y se revocarán solamente las ultimas como inoficiosas (3).

28 Si las disposiciones fueron revocables, ya se hayan hecho por vía de legado en testamento, ó por donacion revocable en sanidad (pues porque se confirman con la muerte, y tienen el vigor y efecto de legado (4), se debe hacer de ámbas el mismo juicio) se han de distinguir tres casos: El 1, quando fueron hechas por vía de qüota del quinto; en cuyo caso los legatarios y donatarios serán conjuntos en la cosa, que es en

(1) Gutier. Juris lib. 2. q. 107. Matienz. en la ley 7. glos. 4. n. 5. y en la 9. glos. 1. n. 6. al 8. lib. 8. de la R. Rec. (2) Ley Fin quæstionis, ff. de Donat. inter vir. & uxor. Tello Fern. Cod. de Testam. Donation. Toll. en la 29. de Toro n. 2. Cast. de Cast. (3) Ley Si quis instituerit, §. fin. ff. de Jure Patronat. Acev. en dicha ley 11. n. 5. y 6. (4) Ley Donationes quas parentes 25. Cod. de Donation. inter vir. & uxor. y ley la donationibus, Cod. ad leg. Falcid.

ésto (1); y en ellos habrán lugar el derecho de no decrecer, y lo demás que en los conjuntos reales, ó en la cosa; á ménos que de la voluntad del donante aparezca lo contrario, que es, que no lleve el primero, y sí el segundo (2). Y aunque en la cantidad legada á muchos parece que el testador multiplica el legado (3): no es así, pues mas se adapta el del quinto á legado de cierta especie en el presente caso, porque como no puede disponer de mas que de uno, no pueden verificarse una y otra disposicion en el otro, ya sean ámbas en testamento, ó en donacion revocable, ó una en ésta, y otra en aquel, por militar la misma razon; y así lo dispuesto en los conjuntos en la cosa, procede en los conjuntos en la qüota, quando el testador no puede disponer de mas que de ésta. Pero si las disposiciones fueron hechas por vía de qüotas diferentes, y ámbas menores que el quinto, v. gr. á uno el quinto, y á otro el sexto, ó á uno el octavo, y á otro el séptimo, &c. se prorrateará el quinto entre todos.

29 El II caso es, quando una disposicion fué del quinto por vía de qüota, y la otra de cierta especie y cantidad, en cuyo caso la de cierta especie y cantidad disminuirá la del quinto: Lo I, porque siempre se entiende legado baxo la conmemoracion de otros legados que de él se hayan de deducir, y así lo es en el residuo, baxados éstos. Y lo II, porque aunque se dexe simplemente como legado genérico, se disminuirá por el específico, pues siempre lo deroga y disminuye (4). Y el III, es, quando todos fueron iguales por vía de caridad, ó cosa cierta; en cuyo caso se disminuirán los legados, ó donaciones confirmadas con la muerte, hasta en el valor del quinto (5).

30 Si el testador lega en testamento á un hijo suyo el quinto de sus bienes, y en otra cláusula de él dice despues, que lega á otro hijo, que nombra, el mismo quinto que legó al

(1) Ley Re conjuncti 89. ff. de Legat. 3. (2) Ley Si pluribus 33. ff. de Legat. 1. (3) Arg. leg. Quinquaginta, ff. de Probat. ley Omnes, y ley Sequitur, ff. de Obligat. & action. y ley Quid ergo, §. Si quis duos, ff. de Legat. 1. (4) Ley Titia 34 §. Lucius Titius 6. ff. de Legat. 1. y ley Uxor 47. §. Felicissimo 3. ff. de Legat. 3. & á contrario tex. in leg. fin. ff. de Annu argento legat. & ibi Cirnent. en la ley 30. de Toro num. fin.

(5) Doctor. in leg. 1. Cod. de Inofficios. donation. & in leg. Titia 6. §. Imperat. ff. de Legat. 2. Castill. en la ley 29. de Toro n. 32. Angul. en la 1. cit. n. 7. al 11.

primero, ¿en quanto á éste se revocará, y lo llevará el segundo solo, ó serán dos quintos, ó uno para ámbos hijos, y como conjuntos lo percibirán por mitad? Ni se revocará el segundo, si el testador no lo revoca, ni serán dos quintos sino uno para entrámbos legatarios; y así concurrirán al percibo de su líquido residuo con igualdad, deducidas mandas y gastos funerarios (1). Lo qual se entiende, no mandando otra cosa el testador, ó no coligiéndose de su voluntad.

31 Gastos funerales se llaman los que se hacen para el entierro del cadáver (2), los quales deben ser moderados, atendida la qualidad, dignidad y patrimonio del difunto (3), en tanto grado, que si son excesivos, y miran á la vanidad, v. gr. si manda que se le haga algun mauseolo, ó monumento, ú otras cosas semejantes, no siendo quantioso y proporcionado para ello su patrimonio, no se debe cumplir su voluntad (4). Los que se originen en su funeral, misas y entierro, se deben deducir del quinto de su hacienda, teniendo descendientes legítimos, y no del cuerpo de ella, aunque mande expresamente que de este se deduzcan, como lo ordena la ley 30. de Toro, que es la ley 9. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec. Si manda expender ménos de lo justo, y equitativo, debe observarse su voluntad, y nada mas se ha de extraer, ó sacar del quinto; y si se expendiere mas que lo que señaló, se sacará del cuerpo de su hacienda, y no del quinto (5). Tambien se deben baxar de éste los gastos ó derechos de visitar el testamento, aunque la ley no habla de ellos; y la razon es, porque como accesorios siguen la naturaleza de los del funeral, entierro y misas; y respecto utilizarse del quinto el sugeto á quien se lega, y ser de su obligacion satisfacer las mandas, misas y funeral: debe serlo igualmente acreditar al Juez eclesiástico el cumplimiento de todo lo pio que le ordenó, y pagar por consiguiente los

(1) Ley Julianus quinque, ff. de Hæredib. instituend. ley unica, §. Sin autem, Cód. de Cadue. tollend. Palac. Rub. en la ley 26. de Toro num. 21. Morquech. de Divis. lib. 3. c. 9. n. 26. (2) Ley 12. tit. 13. Part. 1. Ley At si quis, §. Funeris causa, ff. de Religios. & sumptib. funer. (3) Dichas leyes At si quis, §. Hæc actio, y 12. tit. 13. Part. 1. y ley Si quis sepulchrum, §. Sumptus funeris, ff. cod. tit. (4) Ley Servo legato, §. ultim. ff. de leg. 1. leg. ultim. §. fin. ff. de Auro & argent. legat. y dicha ley At si quis, §. Hæc actio, ad fin. (5) Tello Fern. en la ley 20. [illegible] §. y 9. Matienz. en la ley 13. tit. 6. lib. 5. Rec. glos. 2.

que se causen en declarar que cumplió la voluntad del legante, pues es visto que este le gravó con su satisfaccion; y así lo he practicado, y se aprobó judicialmente. Pero los de la misa de novenario, y cabo de año que los herederos hagan por sí, deben pagarlos, y no sacarse del quinto, porque los hacen por su voluntad, y no conciernen al entierro del cadáver, ni de ellos habla la ley inserta; excepto que el testador mande hacerlos, que entónces se entenderán funerarios, y se deducirán del quinto.

32 Pero se duda si las misas que consta mandó celebrar en su vida el ascendiente, se deben deducir del quinto, como las dexadas en última disposicion, ó del cuerpo, ó cúmulo de su privativo caudal, teniendo legítimos descendientes. Y parece que de éste se debe hacer la deduccion de lo expendido en su limosna: lo uno, porque es gasto hecho en vida, y cada uno como dueño de sus bienes puede expenderlos, y hacer de ellos lo que quiera. Lo otro, porque así como los hijos, á quienes su padre redimió de cautiverio, no están obligados á colacionar con sus hermanos lo expendido en su rescate, como diré en el cap. 3. de este libro núm. 83. ni á su padre se imputará en el quinto, por ser obra de piedad, ¿quánto mas justo y pio es el que no se impute en él lo que expendió en beneficio de su alma, ó de las de sus difuntos? Y lo otro, porque mediante á que la ley 30. de Toro, que prefine de dónde se deben sacar los gastos funerarios, incluye entre ellos las misas: parece igualmente, y es visto hablar de las que el testador dexa mandadas en su última disposicion, y no de las celebradas en su vida; ó que por estar consumido el importe de su limosna, y no existir en su caudal, no se debe hacer mérito de ellas. Sinembargo de todo lo qual, digo que siendo crecido el gasto hecho en la celebracion de misas, se debe deducir del quinto en el caso propuesto. Lo I, porque el testador que tiene descendientes legítimos, no puede gastar, dar, ni disponer por su alma, ni á favor de otro de mas que del quinto en vida y muerte, por prohibírselo expresamente la ley 28 de Toro, que es la 8. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec. limitando las dos del Fuero Real que le permitian disponer de uno en vida, y de otro en muerte. Lo II, porque de la própia clase son las misas celebradas en vida, que las mandadas celebrar en muerte: to-

das como de la misma naturaleza, y dirigidas á un fin, sirven de sufragio á quien las manda decir, ó á la persona á quien quiere aliviar; por lo que se debe hacer de las unas el mismo juicio, que de las otras, y atender al objeto á que tienen su tendencia, (que es lo que tuvo presente la ley 30. de Toro á consequencia de lo preceptuado por la 28.) y no al tiempo en que se celebran, pues éste no altera, ni destruye su esencia, naturaleza, ni substancia. Y lo III. porque la referida ley 30. habia indistinta y generalmente: y los que la dieron aunque no ignoraban que muchos anticipan, hacen en vida, y aun asisten á sus exèquias funerarias, no han exceptuado, ni limitado este caso, ántes bien preceptuaron que sinembargo de que el testador mande lo contrario, se deduzcan del quinto; por lo que á vista de prohibicion tan clara, absoluta y terminante no debemos exceptuarlo, ni limitarlo, y mucho ménos no interviniendo en él razon superior, pues está resuelto en derecho que la ley que habla con generalidad, se debe entender con la misma, no obstante que en un caso milite mayor razon que en otro: y que respecto no poder haber leyes para todos (*a*), se decidan los que no estén expresamente decididos, por las que determinan los que regularmente acontecen, por ser visto estar comprendidos en ellas (1); por lo que la ley 30. no tuvo necesidad de especificar el presente, y como que regularmente se mandan decir las misas en muerte, por eso las incluyó entre los gastos funerarios; y el practicar lo contrario, será infringirla, y la 28. perjudicar gravemente á los herederos legítimos: y atribuir al testador mas potestad que la que le concede. Por cuyas razones que son de rigorosa justicia, por re-

(1) Leyes 3. 4. 5. 8. 10. y 12. ff. de Legib.

(*a*) Es tan segura esta doctrina, y tan necesaria su observancia que desde luego se persuade que, si para cada caso no decidido por las leyes, se hubieran de crear otras nuevas, faltaria tiempo para ello verificarlo, y se eternizarian los pleytos con sumo perjuicio del público y particulares como dexa considerarse; y por lo mismo y evitarlo estan los profesores de jurisprudencia, Jueces y Abogados, para buscar el espíritu, y no sujetarse á lo literal de la ley que, aunque varie su inteligencia, segun los fundamentos que á estos se presenten, está la presuncion en su favor, de que obran segun su saber, y entender, y no por capricho, como se propone en la nota á este mismo num.; debe siempre presumirse que intervino error de entendimiento, y no de voluntad, por deberse interpretar la accion ó procedimiento haciendo favor al que obra.

glas de la que se debe determinar este punto, y no por las que se afianzan en lo que llaman equidad y piedad, ó en puro discurso y congetura, digo: que si la cantidad expendida en vida por el difunto, es considerable, atendido su caudal, lo que debe regular la prudencia del Juez, se debe baxar, é imputar en el quinto, ya dexe, ó no misas en su última disposicion, para que sus descendientes no sean defraudados en sus legítimas, agregándola al cuerpo de hacienda, como si realmente existiera: deduciéndola luego del quinto, como si mandára celebrar las misas en su testamento: y aplicándola en vacio como gastada al Legatario de él, si lo hubiere; y si los gastos de misas dichas en vida, y los de su funeral y entierro excedieren al importe del quinto, se quedarán sin cosa alguna los Legatarios, y pagarán el exceso los descendientes, el que se les desfalcará de sus legítimas, como consumido, y se harán la cuenta de que este ménos caudal dexó su ascendiente. Pero si la cantidad expendida fuere módica, no se debe hacer aprecio de ella por las razones expuestas en el núm. 22. porque lo poco por nada se reputa. Y si constáre haberse expendido por via de restitucion, como suelen tener que hacerla algunos traficantes, que no hacen memoria de los intereses excesivos que llevaron, ni á quienes perjudicaron; tampoco se debe hacer aprecio de su importe, porque este no era caudal suyo, por lo que no se debió inventariar. Todo lo qual tendrá presente el contador, pues así lo he resuelto en la particion que de los bienes de Manuela Redondo hice en el año de 1788 por la escribanía numeraria de esta Villa, que exerce Don Joseph Perez del Haya, y se aprobó; y los AA. no tocaron como debieron este punto, con la solidez y distincion que exîge, por lo que muchos titubean, y cometen absurdos en su resolucion.

38 Si el testador carece de legítimos descendientes, y testa entre extraños, ó parientes, se deben deducir todos los referidos gastos del cuerpo de su privativo caudal, no mandando expresamente lo contrario, segun por derecho comun está ordenado (1), pues no se halla corregido en esta parte por ley

(1) Ley 1. § fin. ff. ad leg. Falcid. ley Papinianus, §. Quarta autem, ff. de Inofficios. testam. ley Si quis sepulchrum, §. fin. de Religios. & sumptib. fun. Gom. en la 30. de Toro. Matienz. en la final tit. 6. lib. 5. Rec. glos. 3.

alguna de estos Reynos de Castilla, por ser visto que la voluntad del testador fué gravarlos con ellos á proporcion de su haber. Igualmente se deben baxar de él (aunque tenga descendientes, si no ordena otra cosa) los derechos de la apertura, publicacion, y reduccion á escritura pública de su testamento y codicilo cerrado, y copia original que se saque de ellos; y los del nuncupativo hecho por el Comisario en virtud de su poder. Lo I, porque de ninguno de ellos habla la ley inserta, y así no es visto estar comprehendidos en ella. Lo II, porque no conciernen á la sepultura del cadaver, sino á saber su voluntad para cumplirla, cuyo cumplimiento incumbe principalmente á sus herederos, y no al legatario, del quinto solo. Y lo III, porque traen su origen desde ántes de fallecer el testador, y por no haber querido manifestar en vida su voluntad para evitarlos, se deben retrotraer á aquel tiempo, y entenderse que por sí los hizo, y este ménos caudal dexó, ó que quiso gravar porporcionalmente á sus herederos con su total satisfaccion. Lo qual he practicado, y se aprobó judicialmente, y lo prevengo al contador, pues no lo tocan los AA., y muchos dudan por esta causa.

34 Pero ya haya dexado, ó no descendientes legítimos el testador, y por no tenerlos, testado entre extraños; ó teniéndolos, entre ellos mismos, nunca se deben deducir los gastos funerarios del acervo del caudal inventariado, ni del de los gananciales, si dexó muger, ó ésta marido. Lo I, porque teniendo bienes qualquiera de los cónyuges, se debe enterrar, y hacérsele los sufragios á su costa, por ser deuda suya própia, contraida por el hecho de nacer, y no del supérstite (1). Y lo II, porque de deducirse de los gananciales, se perjudica á éste en la mitad; y no siendo, como no es deuda contraida durante el matrimonio con motivo de la sociedad conyugal, no se debe deducir de ellos, como quando lo es, segun lo sentado en el cap. 1. n. 57. del lib. 1. de este tratado. Sin que obste el alegar que los gastos funerarios son preferidos á todas las deudas que el difunto contraxo mién-

n. 1. Gutier. lib. 2. Pract. q. 70. y 72. n. 6. Sr. Covar. in cap. Raynald. de Test. §. 3. n. 2. vers. Sed, & eadem. (1) Leyes 8c si quis 14. In eum 16. y Cassus scribit. 22. ff. Religios. & sumptib. funerum.

tras vivió, y que por esto con razon superior se deben baxar de los gananciales, por gozar de mayor prerrogativa, pues esto se entiende, quando no tiene bienes suficientes próprios para reintegrar á todos sus acreedores, y disputan sobre prelacion, en cuyo caso por la necesidad que interviene, se gradúan por el tiempo, y por el privilegio; mas no en el presente, en que se trata de perjuicio de tercero, que no es deudor, ni está obligado, y el que lo es, tiene bienes superabundantes, no solo para costear los referidos gastos, sino para heredarle, pues se debe atender á que no sea perjudicado, y á que cada uno satisfaga lo que legítimamente debe.

35 Si la herencia fuere tan corta, ó de tan poco valor que no alcance su quinto para los precisos, é indispensables gastos funerarios, los pagarán los herederos legítimos de sus legítimas, y no el supérstite, por ser preferidos á éstas, á la mejora, y á todas las deudas del difunto: y porque el supérstite no está obligado á enterrarle quando tiene con que pagarlos, pues cada uno debe enterrarse de su caudal: en cuyo caso serán ineficaces enteramente los legados que haya hecho á extraños, mas no la mejora del tercio dexada á alguno de sus descendientes, pues pagará este tambien á proporcion de su haber lo que falte para complemento de dichos gastos. Y la cuenta se hace separando el importe del quinto, y baxando el exceso de ellos del globo del residuo de la herencia, y de lo que quede, deduciendo la mejora, y luego partiendo el remanente como legítimas entre los herederos, con lo qual satisface cada uno á prorrata el exceso de los gastos del quinto. Ó baxándolos todos del cuerpo del caudal líquido del difunto, y con esto hay ménos cuentas, y números que hacer.

36 Si el testador lega en testamento, ó en otra postrímera voluntad dos quintos á dos hijos, ú descendientes suyos valdrán, porque por la diversidad de legados se multiplica la disposicion (1). En cuyo caso parece que los gastos funerarios se deducirán del segundo quinto con los legados, porque el nombrado primero se conceptúa mas predilecto, y como tal el quinto que le legó, se ha de graduar por parte de

(1) Ley Quinquaginta, ff. de Probation.

cercio (1); pues vale el argumento del órden de las palabras (2).

37 Pero no obstante, lo cierto es que de ámbos quintos se deberán deducir los gastos funerarios, misas, y legados por mitad, en quanto quepan, y no excedan de la quinta parte líquida del caudal del testador, porque el afecto del padre para con sus hijos es igual (3); y así siempre se presume que quiso guardar igualdad entre ellos (4): y en duda la condicion puesta al uno, se entiende repetida en la persona del otro (5); por lo que, y por haberles devuelto en una misma disposicion igual porcion, es visto haber querido que sufriesen igualmente el gravámen. Lo propio milita quando en un contrato entre vivos les dona los dos quintos, pues versa idéntica razon, y así debe obrar la misma legal disposicion (6).

38 Teniendo el testador descendientes legítimos, si lega el usufructo del quinto á su muger, ó á otro extraño, y á sus descendientes la propiedad de los bienes que lo importan, pagarán estos los gastos de su funeral, misas, entierro y legados específicos que hizo, y no el usufructuario del quinto. Y la razon es que como su usufructo no grava á la propiedad si grava el usufructuario con la satisfaccion de ellos, y vive poco tiempo, tendrá que suplirlos de su propio caudal, y en vez de ser beneficiado como el testador quiso, será perjudicando (7).

39 El testador que instituye por herederos á sus hermanos á causa de carecer de legítimos, dexando el quinto de sus bienes á un hijo natural ó espurio, haciendo algunos legados y mandando que los paguen sus herederos; ó no disponiendo cosa alguna acerca de ellos, ni de su funeral, parece que se deben deducir del quinto los legados, y gastos funerarios, segun la ley 5. tit. 20. libro 10. Nov. Rec. que es la ley 30. de Toro. Pero no obstante, siendo genéricos los legados, los deberán sa-

(1) Ley Pueblos, ff. de Conditionib. & demonstration. Anibert. Hoc amplius, Cod. de Hæredit. Socie. cons. 21. n. 19. vol. 1. Paul. de Castr. consil. 121. vol. 1. Cravet. consil. 201. n. 5. (2) Ley Nec enim, ff. de Solutionib. (3) Ley Ita quidem, ff. Quib. non est causa, y ley final, Cod. de Caduc. tollen. (4) Ley Pater, §. Et ideo, y ley final, Cod. Communia utriusque jud. (5) Rojas, consil 133. num. 19. vol. 2. (6) Ley A Titio, ff. de Verbor. obligation. Mascardo, de probat. conclus. 9. n. 17. al 25. de Division.

(7) Rayo Prax. Eccles. & Secular. part. 3. lib. 2. quæst. 21.

tisfacer los herederos, y no el hijo legatario del quinto; pues dicha ley se entiende, segun queda sentado, quando los herederos son descendientes legítimos, en cuyo perjuicio no puede el testador disponer mas que del quinto, porque el residuo es legítima de éstos: mas no quando no lo son, pues en este caso el hijo natural es capáz de heredarlo todo, queriendo dexárselo el testador, segun la ley 6. tit. 20. Lib. 10. Nov. Rec. que es la ley 10. de Toro (1), y de justicia se le deben los alimentos, y solo se deducirán de él los legados específicos, porque estos en quanto á su importe derogan el general del quinto; y los genéricos, y gastos funerarios, y misas serán de cuenta de los herederos. Previniendo que las deudas del testador se han de baxar ante todas cosas en todos casos del cuerpo de su caudal, porque hasta que se deduce, y separa su total importe, no hay herencia, legados, ni quinto; excepto que en este caso mande lo contrario (2), si tiene para pagar, y heredar, pues entónces será visto quiere que el quinto sea mayor: que del residuo del caudal paguen los herederos sus deudas: y que su herencia sea menor.

4º Si el padre condenado en vida por sentencia á dar alimentos á un hijo natural mientras viviese, dexase hijos legítimos, y á uno de estos, ó á un extraño legase el quinto, ó dispusiese de él por su alma; parece que del cuerpo de su caudal se deben deducir los anuales alimentos, ya sean los necesarios, ó la cantidad asignada por la sentencia, por ser deuda contra la herencia. Pero sin embargo, debe pagarlos el legatario del quinto, y de él se deben deducir así los dados al hijo en vida de su padre, como los que se le den despues de muerto; y la razon es, porque todo lo demás es legítima de los hijos legítimos, la qual no debe ser gravada, como á deduciese del cuerpo de caudal, lo sería; pues aunque el padre contraxo esta obligacion en vida, como la condenacion, ó sentencia no muda la causa del débito, mirado su orígen, que es la de alimentos (3), y el hijo natural habiéndolos legítimos, debe ser alimentado del quinto, y no de las legítimas de estos,

(1) Ley final, Cod. de Natural. liber. (2) Ley Si quis servum, §. fin. y ley Cum autem pars bonorum, ff. de Legat. 2. Ayor. de Partit. part. 2. quæst. 5. (3) Ley Denique 3. §. Scio 2. ff. de Minorib.

ni tiene derecho á mas, segun las leyes 9. y 10. de Toro: por eso se ha de atender á la causa que motiva su deduccion, que son los alimentos (1).

41 El padre que hace donacion de un quinto por contrato en sanidad irrevocable á un hijo, y de otro en última disposicion á otro hijo, parece que de éste se deben deducir los legados, misas, y gastos funerarios (2), aunque el padre mande que del donado en sanidad se deduzcan: fundándose en que el donante no puede imponer condicion en la donacion pura, é irrevocable que hizo en sanidad, ni gravámen al donatario sin su consentimiento: que quando pudo, fué al tiempo de hacerla, por haber tenido para ello libre facultad: que el primer quinto, atendida la qualidad de las personas, se entiende haber sido donado en lugar del tercio, no constando expresamente lo contrario de la voluntad del donante, el qual así como lo donó á su descendiente, pudo haberle donado el quarto, tercio ó sexto, y que de entenderse en otros términos, se gravaba demasiado, porque se privaba de la facultad de testar, y legar, la que es visto haberse reservado para el tiempo de ordenar su testamento, como mas própio, regular y adequado, testando en uso de ella del segundo quinto, unico patrimonio suyo libre, que teniendo descendientes legítimos, le concede la ley 28. de Toro, del qual manda la 30. se deduzcan (3).

42 De contrario sentir es *Mosquech.* (4), y yo siguiéndole lo fuí tambien en el cap. 1. de mi primera parte (5), añadiendo que los legados serian ineficaces. Pero habiendo reflexionado, mas me inclino al de Ayora en el caso propuesto, no por la razon de que el testador quedaria intestable, pues ésta no convence, porque aunque no haya mas que un quinto, y lo entregue irrevocable en vida al legatario, siempre se revoca en quanto al funeral, y demás cosas necesarias para su entierro, como el mismo Ayora sienta en la quæst. 14. y no se llama intestable el que puede disponer de sus bienes, aunque sea solamente entre ciertas personas (6); pero si por las

(1) Ayor. dicha part. 2. q. 14. n. 15. y 16. (2) Ayor. part. 2. quæst. 9.
(3) Gutier. lib. 5. Pract. q. 19. y Acev. la ley 12. n. 3. tit. 6. lib. 5. Recop. (4) De Division. bonor. lib. 3. cap. 9. desde el n. 3. al 15.
(5) Numeros 157. 125. 132. y 133. (6) Rodrig. Suar. en la ley Quoniam in prioribus, limit. 10. Mosquech. de Divis. lib. 3. c. 6. n. 77.

demás que expone, y porque por el hecho de hacer legados en su última disposicion, y no ignorar que habiendo descendientes, se deben deducir del quinto: y que el primero como irrevocable no se revoca sino en quanto al funeral, ni puede ser gravado en otra cosa despues de la tradicion, ó entrega de los bienes: ni tampoco que puede mejorar en el tercio á qualquiera de sus descendientes: es visto haber querido usar de la facultad que le concede la ley, y por consiguiente que el primero fuese por parte de tercio, y el segundo por quinto verdadero. Lo qual se limita en caso que quando hizo la donacion en sanidad, mandase que de su quinto se deduxese todo, como puede hacerlo, pues entónces se deducirá de él, y no del segundo, y este se estimará por parte de tercio, y no como verdadero quinto.

43 Si el testador dispuso del quinto en donacion, ú otro contrato irrevocable á favor de hijo suyo, ó de extraño, ó hizo alguna donacion, que segun la ley 26. de Toro deba imputarse en el quinto, se duda por falta de expresion de la ley de dónde se han de sacar los gastos necesarios de su funeral, entierro y misas, y los legados, si del quinto irrevocablemente donado, ó del cuerpo de la hacienda del donante? Y para la perfecta inteligencia presupongo dos casos: El I, quando la cosa donada no fué entregada al donatario, en cuyo caso se deben baxar del quinto los gastos de su funeral; lo primero, porque el donatario es acreedor, es así que las impensas funerarias se prefieren segun derecho á todo acreedor, por privilegiado que sea (1); luego deben ser preferidos á éste. Y lo segundo, porque el difunto no dexó mas bienes, pues los que aparece haber dexado, no son suyos, sino legítima de sus hijos, la qual no puede ser gravada sino en el quinto; y una vez gravada en éste, no debe serlo en aquellas, ni en otra cosa (2).

44 El II, caso es, quando se le entregó el quinto; y entónces parece que las impensas funerarias se deberán deducir de los bienes del difunto, porque una vez que el quinto

(1) Leyes 12. tit. 13. Part. 1. y 30. tit. 13. Part. 5. Ley final, §. In contrariam, Cod. de Jure deliberand. ley In cum, ley Neratius, y ley pen. ff. de Religios. & sumptib. funer. (2) Tell. en la ley 30. de Toro, num. 1.

se ha donado irrevocablemente en vida, y entregado su importe al donatario, se hizo del patrimonio de éste, y no conserva ya el nombre, ni surte efecto de quinto: es así que la donacion perfecta precedente por ninguna razon se puede revocar sin causa legal (1): luego tampoco ésta, ni aun por las impensas funerarias, porque estas se equipáran á los legados gratuitos, los quales es constante que no revocan la precedente donacion válida.

45 Sin embargo de esto, se deben deducir del quinto, y no de los demás bienes los gastos referidos, al modo que quando no se entregó al donatario: Lo I, porque la accion funeraria es de derecho público (2), pues resulta utilidad á la república de que los cadáveres aunque sean de los delinqüentes no queden sin sepultar, para evitar la corrupcion, y contagio (3). Lo II, porque los pactos privados no pueden derogar ni derogan el derecho público (4). De lo qual se sigue, que aquel á quien incumbe el cargo, y obligacion de sepultar, no se puede exonerar de él por el pacto privado. Es así, que segun la ley 30. de Toro se deben sacar del quinto, y no del cuerpo de la hacienda los gastos referidos, aunque el testador mande lo contrario (5): luego suele satisfacerle el legatario del quinto, habiendo descendientes, ya se le legue en última disposicion, ó se le done, y entregue por contrato irrevocable, pues la ley no distingue. Lo III, porque los demás bienes son legítima de los hijos, la qual no puede ser gravada. Y lo IV, porque el donatario posee los bienes con este gravamen que les impone la ley en qualquiera parte que se hallen (6): es así que el acreedor por contrato oneroso lo sufre; pues su crédito se pospone á estos gastos: luego con superior razon debe sufrirlo el que lo es por contrato lucrativo, pues el que pide por causa onerosa, revoca lo enagenado por la lucrativa (7), y siendo vencido aquel, debe serlo tambien éste (8).

46 Aunque este donatario, ó legatario extraño, á quien se

(1) Ley Perfecta donatio, Cod. de Donationib. quæ sub modo. (2) Ley Neratius, ff. de Religios. et sumptib. funer. (3) Ley Sunt personæ, ff. eod. tit. Señor Cov. lib. 2. Var. cap. 1. n. 11. (4) La misma ley Neratius.

(5) Por cuyo motivo este gasto debia hacerle el heredero. Ley Et si quis, § fin. ff. de lic. pios. et sumptib. funer. (6) Ley In eum, ff. eod. tit.

(7) Ley Quod autem 6. §. Simili modo 11. ff. Quæ in fraudem creditor.

(8) Argot. de Bethmann en la ley 13. Tit. 13. lib. 3. glos. 3. ex n. 9. ad 29.

entregó el quinto, esté obligado á la satisfaccion de los gastos funerarios, pueden ser compelidos de oficio del Juez por algun motivo justo los herederos extraños á suplirlos en el interin, para que no se dilate el dar sepultura al cadáver (1), y si lo fueren, tienen luego accion á repetirlos de él (2). Mas habiéndolos hecho espontaneamente, sin preceder el apremio, no podrán repetirlos, porque es visto haberlos hecho por piedad, excepto que protesten su repeticion (3).

47 Pero los herederos legítimos, sin embargo de que los suplan sin ser compelidos, ni hacer protesta, podrán repetirlos de él, pues en duda se presume haber hecho el suplemento con este ánimo: Lo I, porque todas las veces que alguno posee bienes del que está obligado á pagar ciertos gastos, siempre es visto que lo que gasta uno en ellos es con ánimo de compensarse (4). Y lo II, porque aunque el heredero que los expendió, no posea el quinto, por haberse entregado al donatario en vida, no se entiende hacerlos con fin de donarlos, sino de repetirlos; por lo que no obstante la tradicion se ha de graduar el quinto por los bienes que el testador dexa quando muere, al modo que la legítima, y de no recuperarlos, se le perjudicaria en ésta: y así no es visto consentir en la lesion, excepto que expresamente lo declare, ni la solucion le quita el derecho que tiene á pedir el suplemento de aquella, para no ser perjudicado en su importe (5) (*a*).

(1) Ley Qui erat haeres 49. ff. Familiæ erciscund. (2) Arg. leg. Et si quis, y ley Sed si nondum 17. ff. de Religios. et sumptib. funer. (3) Ley 12. tit. 19. Part. 1. dicha ley Et si quis 14. §. Sed hactenus 5. (4) Arg. leg. Necessitas, ff. de Negot. gest. y ley fin. ff. de Hereditatis petition. (5) Ley Si quando 35. §. Et generaliter 2. Cod. de Inofficios. testament. Argol. en dicha ley 13. y glos. 3. n. 35. al 39.

(*a*) La diferencia que propone el autor sobre los herederos extraños y legítimos, es muy justa y racional, haciéndose semejantes gastos expontáneamente, pues estos pueden repetirlos, y aquellos no; se entiende que los primeros lo hicieron por piedad, y no los segundos, por no creerse consentian en llevar ménos de lo que les pertenecia, no obstante su parentesco y afecto con el difunto; y aunque en los extraños pudiera igualmente presumirse esta falta de consentimiento, pagando estos gastos voluntariamente, es notable la razon que versa en uno y otro caso, pues los legítimos heredan lo que de antemano era suyo como condominos con el padre, y los otros nada tendrian si el testador no los hubiera agraciado con la institucion: nada se les quita, ni se les perjudica, respecto que hacen dichos gastos con lo mismo que heredan, en agradecimiento, sin duda, de haber sido instituidos, y

43 Las misas, aniversarios, limosnas, legados y demás que el testador manda distribuir, ¿teniendo descendientes legítimos, se cumplirán, y estará obligado á pagar su importe el donatario á quien el testador donó irrevocablemente, y entregó el quinto en vida? Parece que sí, respecto á que aun quando le haya entregado la posesion de los bienes, lo puede revocar, porque la irrevocacion de que en el caso de tradicion de posesion habla la ley 1. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec. que es la ley 17. de Toro, se limita expresamente el tercio, por no hacer mencion del quinto: y por razones que expondré en el cap. siguiente n. 51.

49 No obstante, si procedió causa onerosa con tercero, y entrega de los bienes del quinto al donatario, no podrá el testador revocarlo, ni disponer de mas, que de lo correspondiente a funeral moderado, misas, y descargo de su conciencia, con lo qual no queda intestable; y en quanto á los legados, y demas cosas será ineficáz su voluntad. Lo I, porque le obstan la donacion, y entrega, y la causa onerosa para hacerla. Lo II, porque los legados voluntarios, y donacion posterior no revocan la irrevocable en sanidad precedente, por estar consumida la potestad del donante, y no poder aumentar, ni disminuir lo hecho en perjuicio del donatario, á diferencia de los gastos expresados, en los quales siempre se entiende revocando el caudal, porque se interesa la pública utilidad, son preferidos á todos los créditos, y de lo contrario quedaria intestable. Lo III, porque le obsta tambien la legítima de los hijos, la qual no puede ser gravada en cosa alguna (1). Y lo IV, porque aunque es cierto que la ley 1. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec. dice que el mejorante puede hacer irrevocable el tercio, y dexa en silencio el quinto, pero no que éste no pueda ser tambien irrevocable, ni lo excluye de la irrevocacion, ni prohibe al mejorante que pueda hacerlo, ni otra alguna tampoco; por lo que será irrevocable, excepto en los gastos enunciados, pues lo que la ley no prohibe, se entiende permitido, y que lo dexa á la voluntad del contrayente ó mejorante; y así del silencio de la ley no se deduce imposibilidad, ni prohibicion de hacer

por sí sola: de aquí resulta la ninguna eficacia de las reflexiones de la nota, puesta por el Reformador.

(1) Angul. en dicha ley 1. glos. 3. n. 3. Matienz. en ella, glos. 2.

irrevocable el quinto en la forma expuesta. Y si no interviño causa onerosa con tercero, podrá revocarlo en el todo.

50 Si el padre mejoró en el tercio, y quinto de sus bienes á un hijo, y despues edificó, ó compró una Capilla para su entierro, y el de su familia, y la dotó con renta, y cargo de que anual, y perpetuamente se celebrase en ella cierto número de misas, señalando, y aplicando bienes para esta renta, ¿se duda, si dexando descendientes legítimos, se han de deducir del quinto, ó del cuerpo de bienes los gastos de la Capilla, y carga de misas? Y parece que todos deben salir del quinto, y por consiguiente cargarse al mejorado, porque es legado pio, y mira al entierro, y como gasto funeral debe sacarse de él segun la ley 9. tit. 20. lib. 10. Nov. Recop. que es la 30 de Toro. Mas no obstante, se debe distinguir: se sacarán del cuerpo de bienes los gastos que el padre hizo en edificar ó comprar la Capilla, y sus ornamentos, si no están pagados, porque el padre puede enagenar todos sus bienes en vida por título oneroso, y consumirlos, aunque sus hijos lo resistan, y nada les quede que heredar (1), y no está obligado á comprar cosa útil, y fructífera que aumente su patrimonio, pues basta que sea honorífica: y solo podrán intentar su querella en caso que la enagenacion haya sido por título lucrativo, porque de lo contrario se seguiria que tampoco podria comprar el oficio de Regidor, ni otro público que es honorífico, y ninguna utilidad produce, pues estos gastos no son de funeral. Pero la renta de la Capellanía para la celebracion de misas, se deducirá del quinto, porque éste es el legado pío, y los gastos que en ellos se hacen, son para beneficio del alma, por lo que segun la ley 30. de Toro se deben sacar del quinto (2).

51 Quando el testador lega á su muger, ó á un hijo el quinto de sus bienes, y se lo consigna en cierta finca que lo importa (3), el legatario no llevará la finca íntegra, ni todos los frutos que durante la proindivision de la herencia produxo, sino que se deben baxar primero de ella los gastos del fu-

(1) Glos. Cin. Paul. Salicet. y otros en la ley 1. cerca del fin, Cod. de Inofficios. donation. en la Non usque adeo, ff. Si à parente quis manumissus est, y en la 1. §. Si quis, ff. Si quid in fraudem patron. (2) Ayor. de Partit. part. 3. n. 23. (3) Ayor. Part. 1. cap. 6. num. ult.

neral, misas, entierro y legados pios, y graciosos: y el residuo será lo que se le aplique en la finca, y á proporcion llevará los frutos que este residuo haya producido, aunque el legatario del quinto quiera pagarlo todo de sus bienes. Cuya opinion me repugna en el caso de que pague de sus bienes los referidos gastos, porque el testador pudo señalarle el quinto; y habiéndolo señalado, se le transfirió su dominio en el instante que falleció, desde el qual le tocan los frutos que produxo, por ser legado especifico (1), como diré en su lugar; y así me adhiero á su dictámen en el solo caso de que los herederos satisfagan de sus bienes los mencionados gastos; en el qual se le aplicara el resto de las fincas, no pagándoselos el legatario, y á proporcion llevará los frutos, ó pensiones, que durante la proindivision haya redituado, porque los herederos carecieron de su dinero en todo este tiempo, y no tuvieron obligacion de suplirlo por el legatario, por lo que será justo que se compensen.

§. III.

Qué puede dexar el testador á sus descendientes legítimos, ya tenga ó no legítimos ascendientes, ó descendientes.

52 Como dixe en el §. 1. de este capítulo, que á los hijos, y demas descendientes legítimos se debe por todos derechos la legítima: paso ahora á explicar si para con los ilegítimos versará la misma disposicion. Y digo: que los hijos ilegítimos son de dos clases: *naturales*, y *espurios*: se llamaban *naturales* en lo antiguo los procreados por hombre, y muger solteros, que vivian juntos, y no tenian impedimento para contraer matrimonio, siendo la muger una sola (2).

53 Hoy se da este nombre á los hijos, cuyos padres al tiempo de su procreacion, y concepcion, ó al de su nacimiento estan hábiles para contraer matrimonio sin dispensacion, ya vivan, ó no juntos en una misma casa como si estuvieran ca-

(1) Leyes 34. y 48. tit. 6. Part. 6. ley A Titio, ff de Fart. ley 1. Cod. communia de Legat. y §. Nostra institut. de Legat. (2) Tit. 13. y 14. Part. 4. ley única, Cod. de Concubin. Authent. Quibus modis nat. effic. sui, cap. 12. §. Si quis autem defunctus, collat. 7. Authent. de Triest. et semisse cap. Consideremus, coll. 3. Authent. Licet, Cod. de Natur. liber.

sados, y la muger sea, ó no una sola, con tal que si el padre no la tiene en su casa, los reconozca por sus hijos. Así se prueba de la ley 11. de Toro, que es la 1. tit. 5. lib. 10. Nov. Rec. y dice: *Y porque no se pueda dudar quales son hijos naturales, ordenamos, y mandamos que entónces se digan ser los hijos naturales quando al tiempo que nascieren, ó fueren concebidos, sus padres podian casar con sus madres justamente sin dispensacion, con tanto que el padre lo reconozca por su hijo, puesto que no haya tenido la muger de quien lo hubo, en su casa, ni sea una sola. Cá concurriendo en el hijo las qualidades susodichas, mandamos que sea hijo natural.*

54 Por lo que si alguno tiene en su casa la concubina, y es única, se presumen ser suyos los hijos que pára, aunque él no los reconozca por tales (1). Si tiene fuera de su casa una concubina, con la qual se dice públicamente está distraido, y de ella nacen hijos, no se deben estimar por naturales para cosa alguna, excepto que su padre los reconozca. Y si siempre los reconoció, y tuvo por hijos, se reputarán por tales, y tambien si alguna vez los reconoció, aunque despues los haya negado, porque ya no puede ir contra su própio hecho y confesion (2). Previniendo, que si procrea muchos hijos en una manceba, aunque no reconozca mas que uno, quedan legitimados por este reconocimiento los demás: y sin embargo de que ninguna mencion haga de ellos, le heredarán igualmente que el reconocido (3). En quanto á los modos de hacer su legitimacion, y reconocimiento, véase el cap. 15. de mi primera parte, núm. 7.

55 Gozan los hijos naturales de la nobleza de sus padres (4), á los quales éstos teniendo hijos, ó descientes legítimos, pueden mandar, ó legar solamente la quinta parte de sus bienes sin que los tales hijos naturales puedan pretender, ni sean capaces de heredar mas en este caso con título de alimentos, ni otro, porque de ello los excluye la ley 10. de Toro, que

(1) Cap. Per tuas de Probation. Sr. Covar. de Sponsalib. part. 2. cap. 8. §. 4. n. 7. Matienz. en la ley 9. glos. 4. n. 2. tit. 8. lib 5. Rec. Acev. en ella, n. 11. Dueñ. in Regul. 344. ampliatio 3. Gom. en la ley 11. de Toro, n. 2. y 3. (2) Matienz. ibi, n. 1. Gom. ibi, vers. Ex quo notabiliter.
(3) Ley 7. tit. 15. Part. 4. en las palabras Otrosí quando, Sr. Covar. de Matrim. cap. 8. §. 7. (4) Ley 1. tit. 11. Part. 7. et ibi glos. 4.

es la 6. tit. 20. lib. 10. Nov. Recop. y en su primera parte dice: *Mandamos que en caso que el padre, ó la madre sea obligado á dar alimentos á alguno de sus hijos ilegítimos en su vida, ó al tiempo de su muerte, que por virtud de la tal obligacion no le puedan mandar mas de la quinta parte de sus bienes, de la que podia disponer por su alma, y por causa de los dichos alimentos no sea mas capáz el tal hijo ilegítimo.* Y la razon es, porque á los hijos naturales no se deben los alimentos por accion que tengan á ellos, como á los legítimos su legítima, sino de *oficio del Juez, y por piedad*, atendida su necesidad: por lo que si tienen con que alimentarse, no está obligado su padre á darselos, ni tienen derecho á pretenderlos.

56 Del quinto tienen facultad de disponer á su arbitrio, y así lo hacen suyo, como prosiguiendo, lo dice dicha ley: *De la qual parte despues que la obiere el tal hijo, pueda en su vida, ó en su muerte facer lo que quisiere, ó por bien tuviere.* Lo qual se entiende, excepto en tres casos: el I, quando se colige tácita, ó expresamente de la voluntad del testador que no quiere que el quinto pase á los herederos de los hijos: ó si les dexa por alimentos legado anuo que se acaba con su vida, pues la ley no le priva de dexarselos en estos terminos, ni le obliga á legarselo íntegro, y sí solo á darles alimentos, y que por ellos no pueda exceder del quinto. El II, quando les lega los frutos de alguna finca que son suficientes para alimentarse. Y el III, quando les impone el gravámen de restituir el quinto á otro en el caso de que despues de deducidos sus alimentos sobre algo; pues en este caso, mediante no estar obligado á mas que á alimentarlos, si para esto no es necesario todo el quinto, puede imponerles qualquier gravamen en el exceso, y aun privarles de él, al modo que si segun su calidad no alcanza el quinto, y carece de legítimos descendientes, debe suplir lo que falte para sus alimentos (1). Advirtiendo que si el padre dexa el quinto á su hijo natural para que se alimente, y ademas hace algunos legados pios, ó graciosos, y el quinto alcanza para todos, se deduciran de él; pero si no alcanzan se

(1) Tello en la ley 10. de Toro n. 15. Matienz. en la 8. tit. 8. lib. 5. Rec. glos. 1. n. 23. y glos. 3. n. 4 y 5. Lara, in leg. Si quis à liberis, §. Idem rescripsit, ff. de Liber. agnoscend. n. 51. y sig. Acev. en la ley 7. tit. 8. lib. 5. n. 18.

deducirán únicamente los gastos de su funeral, y entierro; y los legados aunque sean pios, no valdrán, porque el derecho de los alimentos es débito necesario y los otros legados no lo son (1).

57 Si el padre carece de descendientes legítimos, puede segun nuestro derecho real instituir por herederos de todos sus bienes á sus hijos naturales, aunque tenga padre, madre ú otros ascendientes legítimos, como se prueba de la misma ley 10. de Toro; que en su segunda parte dice: *Pero si el tal hijo fuere natural, y el padre no tuviere hijos, ó ascendientes legítimos, mandamos que el padre le pueda mandar justamente de sus bienes todo lo que quisiere, aunque tenga ascendientes legítimos.* De suerte que el hijo natural es heredero absoluto de su padre mediante su voluntad, y no en otra forma, á falta de legítimos descendientes (2), y de justicia le debe dar alimentos en caso que no tenga para vivir. Y lo mismo puede hacer el padre, aunque tenga descendientes legítimos, si renuncian sin fraude su herencia (3), porque para el caso lo mismo es no existir, que aunque existan, no poder, ó no querer sucederle (4).

58 Pero si en última disposicion los excluye expresamente de suceder en sus bienes, ó los exhereda, á nada tienen derecho, ni les compete remedio alguno contra su testamento, y voluntad, por concedárselo las leyes (5). De lo qual se deduce que si el heredero nombrado repudia la herencia del padre, la llevarán los ascendientes legítimos de éste, y no pasará á sus hijos naturales; y la razon es, porque la herencia no aceptada no se transmite al que por ser incapáz de transmision, y extraño de la sucesion, no puede aceptarla, ni repudiarla (6).

59 Y si su padre los preterí, ó no se acuerda de ellos en su testamento, y están necesitados, tendrán derecho á los

(1) Gom. en la ley 9. de Toro, n. 40. al fin. (2) Por derecho comun solo se les podia dexar la sexta parte de la herencia. (3) Lucovic. Roman. cons. 43. n. 3. Sr. Greg. Lop. en la ley 8. tit. 13. Part. 6. glos. 2. al fin. Matienz. en la ley 9. tit. y lib. dichos, glos. 1. n. fin. (4) Ley 1. §. Qui habebat, ff. de Bonor. posses. cont. Tabul. (5) Glos. in leg. 1. ff. de Bonorum posses. contra Tabul. Sr. Greg. Lop. en la ley 8. tit. 13. Part. 6. glos. 8. Gom. en la 10. de Toro n. 11. vers. Sed his non obstantibus. Sr. Cevar. de Matrim. part. 2. cap. 8. §. 4. n. fin. y lib. 4 Var. cap. 21. n. fin. Castill. en dicha ley 10. de Toro n. 46. vers. Et nota. Matienz. en dicha ley 8. glos. 5. n. 1. al 3. (6) Ley Si quis filium, §. Primo, ff. de Acquirend. hereditat. et in leg. 1. Cod. de His qui ante apert. Tabul. Castill. ibi n. 47. y 48.

alimentos correspondientes, regulados por alvedrío de hombres buenos; y los herederos de su padre deberán dárselos, segun se prueba de la ley 8. título 13. Part. 6 (1), que dice: *Esi por aventura del el padre non se acordase de tal fixo como este, non dexándole ninguna cosa de lo suyo, estonce los herederos del son tenudos de le dar lo que fuere menester para su gobierno, é para su vestir, é calzar segun alvedrío de omes buenos, de manera que lo puedan sofrir sin grave su daño.* Por lo que se debe observar su precepto, sin embargo de que los que no lo han visto, dicen lo contrario, equiparando equivocadamente al hijo natural con el bastardo, que es el de casado habido en soltera, y tambien (segun algunos) el de plebeyo en muger ilustre libres: ó al contrario; y así se executorió años pasados por el Consejo á favor de un hijo natural; pero estos alimentos no deberán exceder del quinto teniendo ascendientes el difunto, que es la quota á que su padre podia ser compelido segun la ley 10. de Toro, en caso de estár obligado á alimentarle.

60 No solo puede el padre dexar á sus hijos naturales todos sus bienes en defecto de legítimos, sino tambien el abuelo paterno á sus nietos naturales, hijos de hijo legítimo, y á los nacidos de hijo natural, aunque tenga ascendientes legítimos, v. g. visabuelos: y la razon es, porque si tiene potestad para dexarlos á los hijos en quienes se considera mas vicio, y causa obstativa, por la livianidad, y torpeza de sus padres: con superior razon á los nietos, en quienes no se contempla tanta (2): por lo que si se los dexase, los llevarán, sin que nadie tenga accion á disputárselos.

61 Todo lo que queda expuesto en órden á la sucesion de los hijos naturales para con su padre, y ascendientes paternos, milita, y ha lugar en éstos para con aquellos; por lo que en el mismo derecho, y parte en que los hijos, y nietos naturales suceden á su padre, y abuelo paterno por testamento, y abintestato, suceden estos á aquellos, segun se prueba de la (3) ley 8. tit. 13. Partid. 6. que cerca del fin dice: *Otrosi decimos que en aquella misma manera que el fijo natural puede, é debe he-*

(1) Authentica Licet patri, Cod. de Natural. liberis. (2) Ley final, Cod. de Naturalib. liber. Gom. en dicha ley 10. de Toro n. 7. Matienz. en la 9. tit. 8. lib. 5. Recop. glos. 1. n. fin. (3) Authent. Quibus modis naturales efficiuntur sui collat. 7. cap. 13.

dar á su padre en los bienes de él, é aprovecharse de ellos, asi como sobre dicho es, que en esa misma manera puede heredar el padre en los bienes de tal fixo, é ayudarse de ellos. Pues como entre los padres, é hijos legitimos es recíproca la sucesion, y causa de alimentos, del mismo modo debe serlo entre los naturales (1).

62 Si la madre carece de descendientes legítimos, debe instituir por herederos á sus hijos naturales, aunque tenga legítimos ascendientes; pero si los tiene, solo puede dexar en vida, y muerte á los naturales el quinto de sus bienes, como lo dice la ley 9. de Toro, que es la 5. de dicho tit. 20. lib. 10. Nov. Recop: *Los hijos bastardos ilegítimos de qualquier calidad que sean, no puedan heredar á sus madres ex testamento, ni abintestato, en caso que tengan sus madres hijo, ó hijos, ó descendientes legitimos; pero bien permitimos que les puedan en vida, ó en muerte mandar fasta la quinta parte de sus bienes, de la qual podrian disponer por su alma, y no mas, ni allende. Y en caso que no tenga la muger hijos, ó descendientes legítimos, aunque tenga padre, ó madre, ó ascendientes legítimos mandamos que el hijo, ó hijos, ó descendientes que tuviere naturales, ó espurios por su órden, y grado le sean herederos legítimos ex testamento, y abintestato.* De suerte que á falta de descendientes legítimos son tan herederos forzosos de la madre sus hijos naturales, como aquellos habiéndolos, sin diferencia, y en nada mas los puede perjudicar que á los legítimos.

63 Y si muriendo la madre baxo de testamento, y careciendo de hijos, ó descendientes legítimos, ninguna mencion hace de los naturales, ó los exhereda injustamente, pueden subvertir, y romper su testamento, del mismo modo que si fueran legítimos, aunque tengan legítimos ascendientes: Lo I, porque está decidido expresamente en derecho (2), lo que al contrario en el padre, como queda sentado en el n. 57. Lo II, porque así como segun la ley inserta la suceden por testamento, y abintestato, así tambien deben sucederla contra testamento por la preterícion, ó injusta exheredacion, mediante poder romperlo. Y lo III, porque respecto de su padre son llamados por derecho en cierta parte, y porcion solamente, que es

(1) Gom. dicho n. 7. vers. Item adde. Gom. Arias en la ley 9. de Toro n. 7. Paleot. de Nothis, spuriisque filiis, cap. 41. n. 3. al fin. (2) Ley Si suspecta 29. §. 1. ff. de Inofficios. testam.

en lo que quiera dexarles, como lo dice la ley 10. en su segunda parte inserta en el núm. 56. pero respecto de su madre simple, y absolutamente en todos sus bienes como sus legítimos herederos á falta de descendientes legítimos (1). Y se advierte que en el caso de preterícion, ó injusta exheredacion, valdrá su disposicion en quanto al extraño en ella instituido, en todo lo que por derecho puede valer, que es en el quinto, porque en lo que haya lugar, se debe cumplir la voluntad de la madre, y lo útil no se vicia por lo inútil.

64 Me he explicado con claridad, que pueden heredar de sus padres, y madres los hijos naturales: paso ahora á tratar con la misma de los espurios, y digo: que se llaman genéricamente *hijos espurios* todos los demás ilegítimos, porque son procreados contra la pureza del derecho natural y divino, y contra razon natural, y se distinguen con varios nombres. Á unos se llaman *adulterinos ó notos*, y son própiamente los que procrean muger casada, y hombre que no es su marido, ya esté, ó no casado con otra (á los quales la ley 9. de Toro llama tambien de *dañado, y punible ayuntamiento*, porque la madre por el adulterio incurre en pena de muerte natural), é impropiamente los que el casado procrea en muger viuda, ó soltera, que se nombra *barragana*, los que por otro nombre se llaman *bastardos*, por no ser habidos en su própia muger, por lo que bastardean, pues aunque él es casado, la madre no, y tambien se llaman bastardos á los que el noble procrea en muger plebeya, ó el plebeyo en ilustre, como dexo expuesto. Otros se llaman *nefarios*, y son los que procrean los ascendientes en sus descendientes, v. gr. el padre en una hija. Otros *incestuosos*, que son los habidos entre parientes transversales en grado prohibido, sin que precediese la debida dispensacion, sabiendo el impedimento: ó aunque lo ignoren, ó segun los Sagrados Cánones no la haya, si contraxeron matrimonio, que la Iglesia estima por clandestino, pues en este caso sinembargo de que no lo haya, son ilegítimos, y el matrimonio es nulo, y por tal lo tiene declarado el Santo Concilio de Trento, como he sentado en el cap. 1. de mi primera parte n. 82. al fin. Otros *sacrílegos*, que tambien llama la ley de *dañado*

(1) Gom. en la ley 9. de Toro n. 12. Roxas in Epit. succes. c. 14. n. 7.

ayuntamiento, aunque no *punible*, y son los hijos de Clérigo ordenado *in Sacris*, y los de Frayles, Freyles y Monjas profesos, ya sea por coito, ó acceso de unos y otros entre sí, ó con seglares, de que he hablado tambien en la primera parte cap. 1. núm. 68. y 87. Y otros *mancéres*, *ó mancillados*, que por tales se reputan los que nacen de rameras publicas nobles ó plebeyas, que se prostituyen á todo hombre, y por eso se ignora quien es su padre, por cuya razon son de peor condicion que todos los demás, y los que con propiedad se llaman *espurios*, como dice la ley (1).

65 Á ninguno de estos hijos está obligado civilmente el padre á dar alimentos (2), ni tampoco ellos á él, y así no se suceden por testamento, ni abintestato, directa, ni obliqua, ó indirectamente, ni tienen derecho á pretender su respectiva herencia, ni á quejarse de la preterition, ni aunque sean instituidos, deben llevarla, ántes bien pasara á los parientes mas cercanos del muerto; y la razon es, en quanto á los hijos por ser nacidos de coito, ó acceso reprobado por derecho, y porque por la incertidumbre de su filiacion no se numeran entre los hijos; y por lo tocante á su padre, porque si á los hijos que no tienen culpa, se priva de la sucesion á causa del delito de éste cometido en su generacion, para contenerle, y refrenar su sensualidad (3): con superior motivo se debe privar al padre como delinqüente, porque toda causa impeditiva tiene mayor vigor para impedir á la primera persona, que á las ulteriores (4); bien que por derecho natural, y equidad canónica les debe contribuir con los alimentos, pudiendo (5), como he sentado en dicho cap. 1. núm. 82. al 86. y cap. 15. num. 29.

(1) Leyes 3. tit. 3. 1. y 2. tit. 15. y 5. tit 19. Part. 4. y 11. tit. 13. Part. 6. Ley Si adulterium cum incestu, ff. de Adulter. Authent. de Incest. & nephar. nuptiis al princ. collat. 2. Authent. Quibus modis naturales, cap. ult. collat. 7. Authent. Incestus, y Authent. Ex complexa, Cod. de Incest. nupt. ley Quin etiam, ff. de Ritu nuptiar §. Ergo Institut. de nuptiis, cap. Cum inhibitio 3. §. Si quis de Clandest. dispensation. Conc. Trident. ses. 24. c. 1. de Reformat. matrim Covar. in 4. de Sponsalib. part. 2. cap. 8. n. 3.

(2) Ley 5. tit. 19 Part. 4. (3) Ley final, Cod. de Natur. liber. vers. Filius enim. (4) Gom. en la ley 9. de Toro n. 44. y 45 Arg. Authent. Multo magis Cod. de Sacrosanct. Eccles. ley Videamus, ff. Quod metus causa. Authent. Licet, Cod de Natural. liber. (5) Cap. Cum habere 8. De eo, qui duxit in matrimonium, arg. leg. fin. Cod. de Naturalib. liberis, y ley 1. §. qui naturale, ff. de Justit. & jur. Socin. consil. 161. vol. 2. vers. 4.

30. y 31. de mi primera parte. Pero la madre, y sus ascendientes tienen obligacion natural, y civil de criar, y alimentar á sus hijos ilegítimos, hallándose con posibilidad para ello: y la razon es, porque el padre es ignorado, y de la madre jamás se duda, por ser cierta y conocida (1).

66 De estos hijos, los que nacen de muger casada, ya sea, ó no consanguinea del adúltero, no heredarán á sus madres por testamento, ni abintestato, aunque carezcan de legítimos, y solo podrán legarles el quinto de sus bienes, como lo dice la ley 9 de Toro: *Salvo si los tales hijos fueren de dañado, y punible ayuntamiento de parte de la madre, que en tal caso mandamos no puedan heredar á sus madres ex testamento, ni abintestato; pero bien permitimos que les puedan en vida, ó en muerte mandar fasta la quinta parte de sus bienes, y no mas, de la que podian disponer por su alma; y de la tal parte despues que la obieren, puedan disponer en su vida, ó al tiempo de su muerte los dichos hijos ilegítimos, como quisieren. Y queremos y mandamos, que entónces se entienda, y diga dañado, y punible ayuntamiento, quando la madre por el tal ayuntamiento incurriere en pena de muerte natural.* Y de los siete casos en que la muger casada incurre por el adulterio en pena de muerte natural, trata *Matienzo* (2).

67 Los nacidos de hombre y muger consanguineos, ya sean nefarios, ó incestuosos, (que es ayuntamiento dañado tambien, aunque no punible como el de la casada) heredarán á sus madres por testamento, y abintestato en defecto de legítimos: Lo I, porque por el acceso no incurre en pena de muerte. Y lo II, por generalidad de dicha ley 9. de Toro, que al principio dice: *Los hijos bastardos ilegítimos de qualquier calidad que sean*: y mas abaxo prosigue: *y en caso que no tenga la muger hijos, ó descendientes legítimos, mandamos que el hijo, ó hijos, ó descendientes que tuviere naturales, ó espurios por su órden, y grado le sean herederos legítimos ex testamento, y abintestato* (3): bien que algunos (4) dicen lo contrario, fundados en la exclu-

(1) Dicha ley 5. tit. 19. Part. 4. en las palabras: Mas los parientes, ley 11. tit. 13. Part. 6. y ley Quia, ff. de In ejus vocand. (2) En la ley 7. tit. 8. lib. 5. Rec. glos. 11. (3) Gom. en dicha ley 9. de Toro n. 14. vers. Tertio infiero. (4) Greg. Lop. en la ley penult. tit. 13. Part. 6 glos. 9. vers. Hodie per leges. Matienz. en la 7. tit. 8. lib. 5. glos. 11. n. 1. y 2. Acev. en ella n. 44. Velazquez de Avendañ. en la 9. de Toro glos. 2. 4. y glos. 8. n. 8. & ibi Tello n. 6.

sion que de los incestuosos hace la ley 11. tit. 13. Part. 6. ibi: *Fueras ende si fuese tal hijo como el que llaman en latin incestuoso*: y en la final tit. 18. Part. 7. que impone pena de adulterio á los que sabiendo son parientes, cometen el incesto, que es al hombre la de muerte, y á la muger la de azotes, reclusion y pérdida de su dote y arras, excepto que se prostituya á su siervo. Pero yo me adhiero á la opinion de *Gomez*, porque á mas de la generalidad de la ley 9. de Toro, por la que es visto corregir las de Partida, concurre el que esta ley constituye á los hijos herederos de su madre, quando por tenerlos no incurrió en pena de muerte: es así que por el derecho de las Partidas no incurre en ella por el adulterio como el hombre, segun la ley penult. tit. 17. part. 7: luego aunque por la final del 18 se la impone la de adulterio, no siendo como no es la de muerte, la heredarán, porque se conceptúa haber querido que cada uno sufriese la que por este delito le estaba impuesta, y no precisamente la de muerte; como el hombre. Á su padre sucederán por testamento en el quinto como qualquiera extraño, mas no abintestato, porque sin dispensacion no podia casarse con su madre al tiempo que los procreó, ni ley alguna le obliga á alimentarlos, ni les concede derecho á sus bienes (1).

68 Siendo hijos de hombre casado, y muger libre, aunque si ésta es pública concubina suya, merecen ser castigados los dos; pero como no se les impone pena de muerte, sinembargo de ser ayuntamiento dañado, parece podrán suceder á sus madres por testamento y abintestato, no obstante que tengan ascendientes legítimos, segun la misma ley 9. de Toro, que así lo ordena. Á su padre y parientes por esta línea dicen algunos (2), que solo por testamento como qualquiera extraño. Pero otros (3) afirman, que ni de un modo, ni de otro pueden suceder á su padre sino en el quinto, ó alimentos, porque no son hijos naturales, á quienes pueda en defecto de legítimos de-

(1) Gom. ibi vers. Patri vero. (2) Matienz. en la ley 6. tit. 8. lib. 5. glos. 4. n. 9. Gom. ibi vers. Quarto infero. Soto de Justit. & jur. quæst. 5. art. 1. vers. Itaque omnia sua bona. Palac. Rub. en la ley 9. de Toro n. 27.

(3) Avendañ. ibi glos. 2. n. 24. Covar. in 4. de Sponsalib. part. 2. cap. 8. n. 3. Perez en la ley 1. tit. 2. lib. 5. Ordenam. Jul Clar. lib. 3. Sentent. §. Testam. q. 3. n. 3. Menchac. lib. 3. Controv. illustrium c. 102. n. 7. Greg. Lop. en la ley 10. tit. 13. Part. 6. glos. 3. y otros que citan.

xar sus bienes, sino espurios, por quanto al tiempo de su generacion y nacimiento estaba imposibilitado de casarse con su madre: y á sus parientes paternos en nada. Y se fundan tambien en la ley 10. tit. 13. Part. 6. que al principio dice: *Nacido seyendo alguno de fornicacion, ó de incesto, ó de adulterio, éste á tal non puede ser llamado fijo natural, ni debe heredar ninguna cosa de los bienes de su padre.* Á lo qual me inclino, por no estar corregido en esta parte.

69 Los hijos de Clérigo ordenado *in Sacris* en nada deben sucederle por testamento, ni abintestato, ni tampoco haber de él, ni de sus parientes por esta línea cosa alguna por via de legado y donacion, ni aun con título de venta que les haga, ni por consiguiente ser substituidos pupilarmente de otro hijo legítimo impúbero, porque esta substitucion es segunda institucion directa, segun se prueba de la ley 4. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec. cuyo literal tenor dice: *Otrosí, por no dar ocasion que las mugeres así viudas como vírgenes sean barraganas de Clérigos, si sus hijos heredasen los bienes de sus padres, ó sus parientes por privilegio, ó cartas que tuviesen: ordenamos y mandamos que los tales hijos de Clérigos no hayan, ni hereden, ni puedan haber, ni heredar los bienes de sus padres Clérigos, ni de otros parientes de parte del padre, ni hayan, ni puedan gozar de qualquier manda ó donacion, ó vendida que les sea hecha por los susodichos agora, ni de aquí adelante: y qualesquier privilegios, ó cartas que tengan ganadas, ó ganaren de aquí adelante en su ayuda contra lo que nos así ordenamos, mandamos que no les valan, ni se puedan de ellas aprovechar, ni ayudar, cá nos las revocamos y damos por ninguna.* Y aunque su padre diga en su última disposicion que les debe frutos, dinero ú otra cosa, no están obligados sus herederos á entregársela, excepto que lo acrediten por otro medio legal, porque se presume que lo hace por beneficiarlos, perjudicar á sus herederos y defraudar la ley (1); cuya prohibicion no se amplía á los de Clérigo de menores, que goza beneficio eclesiástico, porque dexando, y perdiendo el beneficio, puede casarse con su madre, y por el coito no se impone pena civil á uno, ni otro, como lo dice *Matienzo* (2), ci-

(1) Ley 3. tit. 14. Part. 3. Ley Qui testam. 27. ff. de Probat. (2) Glos. final. de la ley 7. tit. 8. lib. 5. Recop.

tando otros, y es lo seguro y corriente. Pero el nieto de Clérigo *in Sacris* hijo legítimo, y natural de su hijo espurio bien puede ser instituido (ya su padre viva, ó esté muerto) por el Clérigo su abuelo, no siéndolo por contemplacion de su padre, porque esta ley habla solamente de los hijos, y no se entiende, ni estiende á los nietos (1).

70 Y los de Monjas, Frayles y Freyles profesos tampoco pueden heredar cosa alguna de ellos, como se prueba de la expresada ley 9. de Toro, que manda se observe con los hijos de estos lo que la próxima inserta ordena acerca de los de Clérigos, y dice al fin: *Salvo si fueren los hijos de Clérigos, ó Frayles, ó Freyles, ó de Monjas profesas, que en tal caso aunque por el tal ayuntamiento no incurra la madre en pena de muerte, mandamos que se guarde lo contenido en la ley que hizo el Señor Rey Don Juan el primero en la Ciudad de Soria, que habla sobre la sucesion de los hijos de los Clérigos.* Esta ley que es la citada en el núm. 69. que precede, excluye á los hijos de Clérigos de heredar, y haber cosa alguna de ellos, y de sus parientes abintestato, por testamento, y por contrato, aunque sea oneroso: luego mandando se observe lo mismo con los de Frayles, Freyles y Monjas profesas, tampoco deberán llevar cosa alguna de estos por las própias razones (2). De modo que los hijos ilegítimos, ó espurios en todos casos pueden heredar á sus madres, excepto en tres: El I, si tienen hijos legítimos. El II, si la madre por tenerlos incurre en pena de muerte. Y el III, si son hijos de Monja profesa; con la advertencia, de que en los dos primeros les pueden dexar el quinto, pero en el tercero nada, como he sentado en el cap. 1. de mi primera parte núm. 77. y siguientes.

71 Si el Clérigo dexa á su nieto existente en poder de su padre espurio el usufructo de sus bienes, ¿éste lo hará suyo, ó lo adquiere el nieto, ó por esto se amitirá la disposicion? No valdrá la disposicion estando el nieto baxo la patria potestad, porque si su padre es incapaz de haberlo por su própia persona, del mismo modo lo será por interposicion de otra (3).

(1) Covar. c. 8. §. 5. n. 14. Cifuent. en la ley 9. de Toro n. 7. Gom en ella n. 17. Matienz. en la 6. tit. 8. lib. 5. glos. 8. n. 24. Dueñ. regul. 36. limitat. 2. al fin. (2) Gom. en dicha ley 9. n. 15. y 20. al fin Tello en ella n. 36. Covar. ibi n. 27. (3) Ley 2. §. 1. ff. de Admin. test. ad civit. per-

lo que al contrario estando el hijo emancipado, porque puede adquirirlo todo para sí (1).

72 No obstante, la verdadera sentencia es, que la institucion no se anula, ni el padre adquiere para sí el usufructo, ántes bien lo hace suyo el nieto, por ser visto, y presumirse que el testador así lo quiso, y dispuso, para que fuese firme, y robusta, y no inútil el acto; porque aunque por derecho antiguo todo quanto adquiria el hijo, era para su padre, y nada podia quedar en él, aun quando quisiese el donante, ó testador, al modo que en el siervo (2); pero hoy por derecho nuevo, ó posterior se adquiere para el hijo la propiedad, y dominio de lo donado, y para el padre el usufructo solamente, á ménos que le prohiba el testador, ó donante (3); por lo que no pudiendo adquirirlo el padre por su incapacidad, lo adquiere el hijo, y en él se queda por tácita voluntad del testador (4). De suerte que los nietos del hijo espurio, quiero decir, que el vientre de hija espuria, ó de la muger de hijo espurio puede ser instituido heredero, con tal que el testador abuelo no tenga prole legítima, que no intervenga incesto, y que no se haga la institucion por contemplacion del hijo, ó hija espurios (5).

§. IV.

En qué bienes sucederán á sus padres los hijos legitimados por el subsiguiente matrimonio, ó por el Príncipe, y los prohijados.

73 Por derecho natural ántes del escrito, y de la constitucion del matrimonio no se conocia la legitimacion, ni habia diferencia entre los hijos que hoy distinguimos con los nombres de *legítimos*, *naturales* y *espurios*: y así todos eran legítimos, y

tinent. ley Sed si plures, §. In adrogato, ff. de Vulgar. et pupillar. substitut. ley Non licet, ff. de Contrahend. emptione. arg. ley 1. Cod. de natural. liber. vers. Sive itaque. (1) Ley Quaritur, ff. de Rerum liberat. (2) Ley Placet, ff. de Adquirend. hæredit. (3) Authent. Excipitur. Cod. de Bonis que liber. (4) Paul. in leg. Gallus, §. Quid si is, ff. de Liber. et posthum. Bertrand. consil. 96. col. 1. lib. 3. Arias Pinel in leg. 3. n. 22. tit. 13. Cod. de Bon. matern. Gom. en la ley 9. de Toro n. 19. vers. Vel dubium. Matienz. en la 6. tit. 8. lib. 5. glos. 8. n. 25. (5) Lara, Compendium vitæ homin. en el cap. 5.

aprobados, porque todo coito, ó acceso del varon con la hembra se permitia para la propagacion del género humano, y era impune (1); pero dadas las leyes del matrimonio, fué preciso fijar inmediatamente quáles eran los hijos que no teniendo legítimos podian llegarlo á ser, y por qué medio.

74 La legitimacion es uno de estos medios introducido por derecho escrito que remueve, y quita al hijo que no nació de matrimonio legítimo, el impedimento que le priva de obtener y gozar las prerrogativas concedidas á los legítimos, y le pone, y constituye en el estado de éstos (2). Prescindo de explicar qué personas pueden legitimar, y de la diferencia entre la legitimacion y dispensacion, pues lo expliqué en el c. 15. de mi primera parte n. 7., en donde lo puede ver el Contador, y en otros tratados con mas extension (3), y aquí trataré solamente de la legitimacion relativamente á suceder los legitimados á sus padres y parientes, que es lo concerniente á particiones, y por consiguiente la legitimacion se puede hacer de dos maneras, que son: por el subsiguiente matrimonio, y por privilegio del Príncipe (*a*).

75 La legitimacion por el subsiguiente matrimonio se hace, contrayendo matrimonio el hombre y muger libres, que ántes de ser casados, y no teniendo obstáculo para ello, procrearon algun hijo, ó hijos: por cuya contraccion todos los procreados anteriormente quedan tan legitimados, como si despues de casados sus padres lo hubieran sido, sin diferencia alguna. Así se prueba de la ley 1. cerca del fin. tit. 13. Part. 4. que dice: *Cá maguer estos fijos á tales no son legítimos quando nascen, tan gran fuerza hà el matrimonio, que luego que el padre, é la madre son casados, se facen por ende los hijos legítimos* (4). Y si

(1) Authent. Quibus modis naturales efficiantur legitimi, collat. 6. cap. 1. vers. Liceat igitur, y collat. 7. cap. 1. vers. Natura. Ley 1. §. Jus naturale, ff. de Justit. et jur. ley Virgo concepti, ff. de Statu homin. §. 1. Institut. de Jure natural. gent. et civil., y cap. Jus naturale, distinct. 1.

(2) Covar. de Matrim. part. 2. cap. 8. §. 8. (3) Sr. Covar. de Matrim. p. 2. cap. 8. §. 5. 7. 8. 9. y 10. (4) Cap. Tanta: *qui filii sint legitimi.* Ley Compromis, y ley Nasci, Cod. de Natural. liber. cap. 1. Qui filii sint legitimi. §. fin. Institut. de Nupt. y Authent. Quibus modis naturales efficiantur sui, collat. 7. cap. 3. vers. Si quis igitur dotalia.

(*a*) El que quiera ver con extension las doctrinas de los AA. sobre la legitimacion, lea al Sr. Covarrubias en los lugares en que se ha citado, á Tello en la ley 12. de Toro desde el n. 24: á Matienzo en la 10. tit. 5. lib. 5. Rec.

sus padres los pretericn, ó sin causa justa exheredan, pueden romper su testamento hecho ántes de la legitimacion, del mismo modo que si ésta hubiera precedido á su otorgamiento (1).

76 Se verifica lo explicado en el numero precedente, aunque se casen en el *artículo de la muerte*, y por esta razon no haya esperanza de que procreen; pues no obstante, se estimarán por legítimos, y sucederán á sus padres por testamento, y abintestato, porque la prole no es de substancia del matrimonio, quando falta por accidente, ó acaso (2). Lo que es al contrario quando el impedimento es cierto, y perpetuo, v. gr. en el decrépito, ó en el castrado, que están imposibilitados de engendrar, pues entonces **ni** pueden casarse, ni aun quando se casen, vale el matrimonio (3).

77 Se limita lo expuesto quando se contrae el matrimonio en fraude del substituto, ó fideicomisario llamados á la sucesion en defecto de prole legítima, y consta del fraude verdadera, ó presuntivamente: pues entonces aunque vale el matrimonio, no será excluido el substituto (4). Y lo próprio milita, si el que está en el *artículo de la muerte*, ó decrépito, perdió el uso de sus potencias, de tal suerte que no puede prestar su consentimiento para contraer el matrimonio, pues en dicho caso ni éste vale, ni los hijos se legitiman (5).

78 Tambien se legitiman por el subsiguiente matrimonio los hijos, aunque su padre despues de habidos en su concubina, se case con otra muger, si muerta ésta lo contrae con aquella: porque el matrimonio se retrotrae, y los derechos que establecieron la legitimacion, no prescriben, ni exigen precisamente habilidad, y aptitud entre los contrayentes en el tiempo

(1) Ley Certum, et ibi Immol. ff. de injusto, rupto testam. Angel. consil. 77. Anchar. consil. 290. Socin. consil. 226. n. 5. lib. 2. y consil. 63. numer. 19. lib. 3. Matienz. en la ley 10. tit. 8. lib. 5. Rec. glos. 5.

(2) Cap. Commissum de Sponsalib. et ibi Abb. et DD. cap. Nuptiarum, caus. 27. quæst. 1. ley fin. Cod. de Nuptiis. Castillo en la 21. de Toro, n. 25. y Cifuent. n. 15. Dueñas, regul. 350. limitat. 1. Sr. Molin. de Primog. lib. 2. cap. 5. n. 25. y 26. Gom. en la 12. de Toro n. 56. Matienz. en dicha ley 10. tit. 8. glos. 3. n. 4. (3) Glos. in cap. 2. de Frigid et ibi DD. ley Si serva, §. Si spadoni, ff. de Jure dotium, et ibi glos. Gom. ibi vers. Sed advertendum. (4) Molin. ibi; Tiraquel. in leg. Si unquam, Cod. de Revocand. donat. verb. Susceperit, n. 74. Gom. ibi n. 57. y 58. (5) Arg cap. Tua de Sponsalib. Socin. in leg. Sed est quæsitum, ff. de Liber. et posthum. col. 1. al fin. Gom ibi n. 58. dicho vers. Secundo.

medio de nacer, y casarse, sino en sus extremos, que son: que quando procrean, puedan contraer matrimonio sin dispensacion, y que luego se verifique este; por lo que los hijos naturales ya nazcan ántes ó despues, siempre se legitiman por el posterior de sus padres (1).

79 Milita, y se entiende lo referido para con el Clérigo ordenado de menores, que goza Beneficio eclesiastico, si contrae matrimonio con su concubina, en la qual tuvo hijos: pues los procreados ántes de casarse con ella, se legitiman por el subseqüente, y el Clérigo pierde el Beneficio (2); y se amplía, y ha lugar aun en el caso de que concurran en sus hijos al tiempo de su generacion los dos vicios de incesto y adulterio, pues prevalece el favor del matrimonio (3): porque como basta que en uno de los dos tiempos, que son el de la generacion, ó concepcion del hijo, ó el de su nacimiento, estén libres sus padres de impedimento canónico para contraerlo segun la ley 11. de Toro; aunque quando fué engendrado, interviniesen el incesto, y adulterio de sus padres, si quando nació, habia muerto el marido de su madre, ó la muger de su padre, y estaba obtenida la dispensacion, y casados los dos, se removieron ámbos impedimentos; y así nació en tiempo hábil, para que sea reputado por hijo legítimo de legítimo matrimonio. Y si no obstante estar obtenida la dispensacion, no se habian casado, se legitimará por el subseqüente, porque quando nació ya eran libres sus padres, y mediante la obtencion de la dispensacion anterior á su nacimiento, se hallaban tan aptos para contraerlo, como si jamás hubiera habido impedimento alguno entre ellos.

80 No solo milita y procede lo expuesto para con los hijos, sino tambien para con los nietos; por lo que si el abuelo tuvo algun hijo natural en una concubina, y éste otro hijo le-

(1) Authent. Quibus modis naturales efficiantur legitimi, cap. Sit igit. 2. §. Si vero solummodo al fin. collat. 6. tit. 3. Gom. en dicha ley 12. n. 60. Abb. in cap. Tanta n. 3. Qui filii sunt legitimi Joann. Andr. in Regul. Sine culpa n. 2. v. 3. de Regul. jur. in 6. Morquech. de Div. lib. 4. cap 6. n 20.

(2) Covar. in Epitom. de Sponsalib. part. 2. c. 8. §. 2. n. 5. Suar. Commun. opin. verb. Cler. n. 107. Greg. Lop. en la ley 1. tit. 13. Part. 4 [illegible].

(3) Vasquio de Succesion. part. 1. lib. 3. §. 22. limitat. 18. n [illegible] Sasar. cons. 10. lib. 1. n. 10. vers. Insuper Morq. lib. y c. dichos n 23.

gitimo y natural, que no puede suceder abintestato á su abuelo (1) porque para con este no concurren en él los derechos y prerrogativas de la legitimidad: y despues de muerto el hijo natural, se casa el abuelo con su concubina, se legitimara el nieto para con su abuelo casado ya con su abuela madre de su padre, del mismo modo que si ántes de fallecer éste, se hubiera casado con ella, y como legítimo le sucederá en todos sus bienes libres (2).

81 La legitimacion por privilegio del Príncipe, es, quando el Soberano á deprecacion del padre legitima á su hijo, para que sea habido como de legítimo matrimonio: en cuyo caso si el padre dexa hijos, ó descendientes de legítimo matrimonio, nacido ántes ó despues de la legitimacion, no puede heredarle el legitimado por rescripto sino en el quinto de sus bienes, si quiere dexárselo, y no de otra suerte. Y lo próprio milita aunque ningun hijo tenga procreado ó nacido durante el matrimonio, si tiene alguno legitimado por el subsequiente, pues este es verdaderamente legítimo, y como tal excluye al legitimado por rescripto, que se reputa extraño en competencia de los otros, segun se prueba de la ley 12. de Toro, que es la 7. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec. y en su primera parte dice: *Si alguno fuere legitimado por rescripto ó privilegio nuestro, ó de los Reyes que de nos vinieren, aunque sea legitimado para heredar los bienes de sus padres ó madres, ó de sus abuelos, y despues su padre ó madre, ó abuelos ovieren algun hijo ó nieto, ó descendiente legítimo, ó de legítimo matrimonio nascido, ó legitimado por subsiguiente matrimonio, el tal legitimado no pueda suceder con los tales hijos, ó descendientes legítimos en los bienes de sus padres, ni madres, ni de sus ascendientes abintestato, ni ex testamento; salvo si sus padres, ó madres, ó abuelos en lo que cupiere en la quinta parte de sus bienes, que podian mandar por su anima, le quisieren alguna cosa mandar, que hasta en la dicha quinta parte bien permitimos que sean capaces, y no mas.* Y se previene que esta legitimacion debe ir señalada á sus espaldas del Capellan mayor de S. M., ó de uno de los Capellanes continuos de su Real Ca-

(1) Ley final, Cod. de Naturalib. liber. (2) Gom. en la 12. de Toro n. 62. vers. Sed his non obstantibus Covar. de Sponsal. part. 2. cap. 8. §. 2. n. 18. Barbosa en dicha ley 12. tit. 8. glos. 3. n. 5. glos. 4. y 5.

pilla que tengan racion y quitacion, en cuya Secretaría se toma la razon, y sin este requisito no vale, como se advierte en las que se expiden por la Cámara.

82 La qual se entiende, excepto que el Príncipe diga expresamente en su privilegio, *que suceda el legitimado con los hijos legítimos sin diferencia, ya estén nacidos ántes de la legitimacion ó nazcan despues*: pues en este caso sucederá igualmente con ellos en la herencia de su padre, porque el Soberano de cierta ciencia, y plenitud de potestad, ó poder absoluto puede habilitarle, y disminuir la legítima de los legítimos. Pero si la concesion carece de la referida cláusula, no concurrirá con estos á la sucesion, ni les irrogará detrimento alguno, porque se presume que el Príncipe no quiso perjudicarlos, y que á saber que el padre los tenia, no hubiera legitimado al legítimo á lo ménos para sucederle (1).

83 No habiendo hijos legítimos, ó legitimados por el subsiguiente matrimonio, puede el natural legitimado por privilegio, ó el espurio por *dispensacion* (pues para con éste se llama así, y no *legitimacion*) heredar á su padre, y éste instituirle por heredero, aunque tenga padre, ú otros ascendientes legítimos ó parientes (2), porque se reputa, y en todo, y por todo es habido en este caso como verdaderamente legítimo para suceder por testamento y abintestato, y para los demás efectos de la legitimidad; por lo que si fuere preferido, puede decir de nulidad del testamento: y si exheredado sin causa justa, quejarse, y usar de todos los remedios concedidos á los legítimos contra el testamento de su padre, no solo estando legitimado al tiempo que lo otorgó, sino aunque lo sea despues de otorgado (3). (*a*)

(1) Paul. de Castro in leg. Gallus, §. Et quid si tantum, n. 16. & Bal. Aretin. n. 36. y Jason, n. 79. Hostiens. in c. Tanta, col. 2. Qui filios sua legit. Tello en la 12. de Toro, n. 3. y 4. Matienz. en la 10. cit. glos. 2. n. 2. 3. y 4. Gom. en dicha ley 12. n. 67. vers. Si vero sunt. (2) Ley Cum quis, al fin Cod. de Natural. liber. Perez en la 22. tit. 3. lib. 1. Ordinam. col. 163. cerca del fin. Cifontes en la 12. de Toro, n. 2. Mont. en la 17. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real Ordenanz. 258. n. 5. Matienz. en dicha ley, y glos. n. 1.

(3) Covar. lib. 4. Var. cap. 21. Jason in Rubr. de Liber. & postum. col. 2. y 3. Rip. in leg. Si unquam in Rubric. n. 86. Cod. de Revocand. donat. & ibi Tiraq. n. 63. Dec. regul. 350. Gom. en dicha ley 12. n. 66. Matienz. en dicha ley 12. glos. 7. n. fin.

(*a*) Se advierte en la nota puesta á este número que, aunque no hay

84 Pero si la legitimacion se coharta, y limíta á suceder por testamento, ó sin perjuicio de los descendientes ó ascendientes: ó en aquello que quisiere el padre del legitimado: ó quando se dispensa con los espurios, nada obra contra la voluntad del padre, por lo que contra ella no le sucederán (1). Y si se hace sin perjuicio de los que deben suceder abintestato, sucederá por testamento el legitimado, no habiendo legítimos; y abintestato no excluirá á otros, que al fisco y viuda del difunto (2). Previniendo, que si la legitimacion falta, y es de ningun momento, pertenece la herencia á los herederos abintestato, los quales deberan entregar los legados, y no recaerá en el fisco (3).

85 Aunque teniendo hijos legítimos los padres, no pueden sucederles los legitimados por privilegio, si son naturales, sino en el quinto: no obstante, no diferirán de aquellos en la nobleza y demás honores civiles que competen á los legítimos, ni tampoco en suceder por testamento, y abintestato á los parientes, como verdaderos legítimos; y así gozarán de aquellos, y heredarán á éstos, segun lo dice dicha ley 12. de Toro en su segunda parte: *Pero en todas las otras cosas, así en suceder á los parientes, como en honras y preeminencias que han los hijos le-*

ley que expresamente diga, ni determine lo que en el se contiene, sobre el goze de dichas prerogativas, verificada la legitimacion ó dispensa, puede deducirse de las leyes 10. y 11. de Toro; no obstante se entiende hay una razon poderosa, y de consiguiente para que es necesario se haga de la ley; en el principio de este §. 1. se sienta, que por derecho natural antes del escrito, y de la constitucion del emperador, no avia legitimacion, ni diferencia entre los hijos; á los que se dicen naturales ó espurios se les priva de dichas prerogativas por el vicio con que principio su procreacion, ó concepcion; para hacer gracia á estos inocentes, y quitar el impedimento que les privaba de semejantes prerogativas, se encontró el medio de la legitimacion para unos, y dispensa para los otros; luego, pues que de esto no se duda, y que, cesando la causa, deben sus efectos, mediante que ya se tienen por legítimos, se hace preciso confesar no pueden negarseles dichas prerogativas y remedios; de lo contrario ¿para qué la legitimacion ó dispensa? En todo caso siempre debe tenerse á la vista el literal contexto de ambos, y sus palabras demostraron que es lo concedido.

(1) Alex. consil. 30. n. 5. lib. 4. y consil. 189. al fin. lib. 5. Alb. t. in Rubr. de Liber. & posthum. col. 4. & ibi Socin. n. 12. y Jason, n. 13. Paul. consil. 300. n. 1. al fin. lib. 2. Rip. in leg. Inter cæteta, n. 47. y 48. ff. de Liber. & posthum. Marquech. de Divis. lib. 4. cap. 6. n. 50. Mexia. 2. glos. 1. n. 6. (2) Rimbald. consil. 446. n. 45. al 47. (3) Paul. in leg. Eam, quam, & ibi Jason, Cod. de Indeconanis. Decio consil. 288. n. 3.

timos, mandamos que en ninguna cosa difieran de los hijos nacidos de legítimo matrimonio. Lo qual no se entiende con los espurios en estos Reynos de Castilla en quanto á la nobleza y preeminencias, excepto que el privilegio lo especifique (1).

86 Al modo que entre los padres y sus hijos naturales, y demás ilegítimos no estando legitimados, es recíproca la sucesion por testamento y abintestato, segun expuse en el núm. 55. y diré en el cap. 7. de este libro num. 25: del mismo modo si el hijo es legitimado por derecho ó por privilegio, sucede á su padre, y éste á él, por ser recíproca en este caso igualmente que en el otro (2).

87 Los hijos adoptados, ó prohijados por sus ascendientes, les suceden como los legítimos, en caso que los adoptantes carezcan de ascendientes y de hijos, ó descendientes legítimos; pero si tuvieren ascendientes, que por derecho, á no haber intervenido la adopcion, les heredarian abintestato, les sucederán, y no los adoptados (3). Lo mismo procede con los estraños adoptados, los quales heredarán solamente abintestato al adoptante en defecto de legítimos, mas no á sus consanguíneos, ni contra su testamento (4). De las personas que pueden ó no prohijar, cómo, y de quántas maneras se hace la prohijacion, véase el cap. 15. de mi primera parte.

88 Los arrogados ó prohijados por via de arrogacion sucederán al prohijante por testamento y abintestato, si careciere de legítimos, á ménos que el Príncipe ordene en su privilegio que sucedan con estos, pues entónces le sucederán (5). Y si el arrogador echa de su poder al arrogado, está obligado á darle, ó dexarle la quarta parte de sus bienes (6); excepto que tenga descendientes legítimos, pues en este caso se limitará el quinto por via de alimentos, porque en el exceso no puede perjudicar

(1) Avend. in Dictionar. verb. Hijos legítimos. Perez en la ley 1. tit. 1. lib. 4. Ordenan. col. 1328. Matienz. en dicha ley 10. tit. 8. gl. 8. pen. n. fin.

(2) Paleot. de Notbis, & spuriis, q. 39. Tell. en la 6. de Toro n. 13. Roxas de Succes. abintestat. cap. 30. n. 38. Marq. lib. 4. y c. 6. dichos, n. 63.

(3) Ley ultim. al fin tit. 16 Part. 4. & ibi glos. fin. Acev. en la 1. tit. 8. lib. 5. Rec. n. 61. (4) Ley 8. verb. E la que diximos, & ibi glos. 5. y leyes 9. y fin. & ibi glos. 3. tit. 16. Part. 4. Marq. cit. n. 69. y 70.

(5) Dicha ley 8. & ibi glos. 2. tit. 16. Part. 4. y glos. de la 9. sig. y glos. fin. de la auten. tit. 15. Part. cit. (6) Ley 3. tit. 16. Part. 4. Ley Si arrogator, ff. de Adoption.

á los legítimos, aun quando tiene obligacion de alimentar á los que no lo son (1).

CAPITULO II.

DE LA DIVISION DE LOS BIENES DEL TESTADOR entre sus legítimos descendientes quando mejoró á algunos de ellos; y de la de los frutos de la mejora y donacion.

§. I.

Si los ascendientes podrán mejorar á sus legítimos descendintes, consignarlos la mejora; y gravar al mejorado, y cómo se ha de deducir.

1 La *legítima* es la parte de bienes que la ley señala á los hijos. Llámase *legítima* porque está señalada por la ley (2) y como que ésta la determina puede aumentarla y disminuirla. Por nuestro derecho de las siete Partidas se mandó, que la legítima fuese la tercera parte, si los hijos eran quatro, ó ménos; y si cinco, ó mas, fuese la mitad (3). Se crearon las leyes del Fuero Real, que permitian á los ascendientes disponer de un quinto en vida, y de otro en muerte; y estas se corrigieron posteriormente por las de Toro, por las quales se ordenó que el padre, madre ó ascendiente no pudiese disponer de mas que de un quinto de sus bienes en ambos tiempos, pues los restantes eran para sus hijos y descendientes legítimos (4); cuyas leyes son las que hoy nos rigen, y están en observancia en estos Reynos de Castilla.

2 No obstante este último establecimiento, no son legítima precisa y necesaria de todos los hijos y descendientes legítimos

(1) Leyes 10. y 28. de Toro. Greg. Lop. en dicha ley 8. glos. 2. y 5. Marq. lib. 4. y cap. 6. dichos, n. 71. y 72. (2) Ley. 17. tit. 1. Part. 6. Angul. de Meliorat. in leg. 1. tit. 6. lib. 5. glos. 1. n. 8. Ley Papin. 8. §. 6. 7. y 8. ff. de Inofficios. testam. y leyes Cum queritur 6. y omnimodo testator 30. Cod. eod. tit. (3) Ley 17. tit. 1. Part. 6. Authent. Novissimo, Cod. de Inofficios. testam. Authent. de Triente, & semisse cap. 1. y 2. colat. 3.

(4) Leyes 9. tit. 5. de Legados, y 7. tit. 12. de Donat. lib. 3. del Fuero Real, y 28. de Toro, que es la 3. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.

del testador las quatro partes de sus bienes, excepto que quiera igualarlos, como sentè en el cap. 1. de mi 1. parte adicionada n. 118. por lo que teniendo el padre ó la madre dos, ó mas, pueden mejorar en contrato en sanidad, ó en testamento, ú otra última voluntad á qualquiera, ó qualesquiera de ellos en el tércio y quinto de su hacienda libre, adquirida por qualquier título, ó en el uno de estos à su arbitrio (1), y los demás, llevarán su legítima diminuta ó corta. Lo qual se entiende, no solo quando están vivos todos los hijos, sino aunque no viva mas que uno, si tienen otro póstumo, porque este como ya existe, se computa é incluye en el número de ellos (2), y en lo que le es favorable se estima nacido (3); y así es capáz de ser heredero y legatario (4), y por consiguiente recibirá gravamen el tercio. Y se entiende tambien en propiedad y usufructo y no en una cosa sola, como en el n. 68. de dicho capítulo expuse.

3 Pero es de advertir, que este tercio y quinto debe ser solamente uno en vida y muerte en todos casos; y que siendo muchos los mejorados, si el testador no señala á cada uño la parte ó quota que de la mejora ha de percibir, se debe dividir igualmente entre todos, porque no puede haber mas que una (5); por cuya razon sin embargo de que los padres perciban frutos de los bienes de sus hijos, no pueden hacer de ellos, ni dexarles otra mejora, ni donacion, ni tampoco de su propiedad, porque la mejora no puede ser mas que una, como (6) se prueba de las leyes de Toro, de que en su respectivo lugar haré mencion.

4 Esta facultad de mejorar los padres á sus hijos legítimos se entiende aunque sean procreados en diversos matrimonios; y aun en el caso de que siendo el padre rico, y la muger segunda pobre, se deba dar á ésta la *quarta marital* que la ley la con-

(1) Dicha ley 9. del Fuero, y leyes 17. y 18. de Toro, que son las 1. y 1. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec. Gutier. de juram. confirm. part. 1. cap. 9. n. 16. Matienz. en la 2. tit. 6. lib. 5. glos. 2. y 3. (2) Ley Si quis filiabus, ff. de Testament. tutel. ley Si quis omnis, ff. de Oper. libertor. y §. Si quis filiabus, y §. fin. Instit. Quib. dari tutor. pos. (3) Ley Qui in utero, ff. de Statu homin. glos. in §. Cum autem, Institut. de Tutel. (4) Princip. Inst. de Bonor. poss. §. Posthum. Instit. de Legat. ley Qui filium, ff. de Leg. 1. ley Posthumos, ff. de Inofficios. testam. y ley Gallus 29. §. Hic casus 15. ff. de Liber & posthum. Argul. de Meliorat. de leg. 11. glos. 10. n. 5.

(5) Dicha ley 9. tit. 5. lib. 3. del Fuero Real. (6) Gutierrez lib. 2. Pract. quæst. 69.

cede, como diré en el cap. 3. n. 174. y siguientes; pues no obstante esto, puede mejorar el padre á qualquiera de ellos, porque la quarta es débito legal, al qual por ser rico el marido, casarse con muger pobre, y no dexarla los decentes alimentos, están obligados sus bienes en virtud de la concesion y precepto de la ley (1).

5 Lo mismo procede en quanto á los descendientes respecto de sus legítimos ascendientes, pues la viuda de aquellos llevará su quarta en el caso propuesto, y ademas podrá disponer el descendiente del tercio que le permite la ley 6. de Toro, en perjuicio de su padre ó ascendiente, porque vers. identidad de razon en una legítima, que en otra, y así debe obrar la própia disposicion legal y hacerse lo mismo en el juicio (2): y porque las deudas ya sean legales ó convencionales, como que no son herencia, ni bienes del difunto, se deben deducir ántes que se proceda á la division de los próprios de éste; segun he sentado en los cap. 3. y 4. del lib. 1. de este tratado.

6 Pueden tambien los abuelos mejorar en el tercio y quinto de sus bienes libres, ó en uno de ellos á sus nietos y demas descendientes legítimos, aunque sus hijos padres de estos esten vivos, como lo dispone la ley 18. de Toro que es la 2. tit. 6. lib. 1. Nov. Rec. que dice: *El padre y la madre, ó qualquier dellos puedan si quieren, hacer el tercio de la mejoría que podian hacer á sus hijos ó nietos conforme á la ley del Toro, á qualquier de sus nietos ó descendientes legítimos, puesto que sus hijos padres de los dichos nietos ó descendientes sean vivos, sin que en ello les sea puesto impedimento.* Pues en el título ó nombre de hijos vienen, y se comprehenden los nietos, y demas descendientes de estos (3), así la misma razon versa en unos que en otros (4). Y no solo se amplía su potestad á mejorar á un hijo, nieto ó descendiente, sino á dos, tres ó á todos los que tengan, excepto uno, porque aquel á quien por derecho se permite elegir á uno en algun legado, fideicomiso, ó disposicion, puede elegir dos, ó mas (5).

(1) Salicet. in Authent. Præterea, Cod. Unde vir. & uxor. n. 9. al fin. Tello en la ley 9. de Toro n. 31. Angul. en la 9. tit. 6. lib. 5. Rec. glos. 2. n. 5. y 6. (2) Ley Nam etsi parentibus, ff. de Inofficios. testam. Ang. ibi.

(3) Ley Liberi 220. ff. de Verbor. signific. (4) Ley Antigero 6. §. Quamvis, ff. de Jur. patron. (5) Ley Cum quidam ita 24. y ley Quidam ex familia 67. §. Sed dubium, ff. de Legat. 2. Gom. en la 18. de Toro, n. 2. al fin. Tell. ibi n. 1. Castill. en la 27. n. 10. Mor. de Div. lib. 3. cap. 1. n. 10.

7 Se entiende lo expuesto en el número precedente, ya el padre ó madre tengan varios hijos, y algun nieto, ó nietos hijos de éstos, ó solamente un hijo y de él un nieto ó nietos: pues no obstante ser único el hijo, pueden mejorar al nieto, ó nietos hijos de éste; cuya opinion es la segura y corriente en la práctica (1), sin embargo de lo que dice Gomez (2); pues como la mejora supone eleccion y predileccion de personas: es preciso para elegir que á lo ménos haya dos: y la ley inserta permite que los abuelos puedan mejorar al nieto, viviendo su hijo; se verifica la eleccion, estando ámbos vivos.

8 Pero si el testador no tiene mas que un hijo, ó descendiente, no puede mejorarle en el tercio de sus bienes, ni por consiguiente imponerle gravámen en él. Lo I, porque el mejorar supone predileccion, y mas afecto á los hijos y descendientes entre quienes recae, que á los demás, como queda expuesto (3): las leyes hablan de descendientes en plural, y para ser se requieren á lo ménos dos (4); no obstante que en el nombre de hijos se comprehende uno, aunque sea solo (5): y no habiendo mas que uno, no puede verificarse, pues no se dá qualidad sin ente, ó sugeto en quien recaiga (6). Y lo II, porque de necesidad debe suceder en todos los bienes de su ascendiente, excepto en el quinto, y asi solo en éste (en caso que se lo legue) le puede imponer gravámen, pues todos los restantes son legítima del hijo, ó descendiente, la que segun derecho (7), de ningun modo puede ser gravada, ni condicionada; y por otras

(1) Covar. lib. 1. Var. cap. 19. n. 4. vers. Oriter. tamen. Acgul. en la ley 11. glos. 10. n. 2. y 3. Nenes. in leg. Unus ex familia, §. Si duos cit. n. 5. Molin. de Primog. lib. 2. cap. 11. n. 5. Tell. en dicha ley 18. n. 3. Morquech. ibi n. 15. y 16. Marienz. en la ley 2. tit. 6. lib. 5. glos. ultim. n. 5. y fin. (2) Gom. en la ley 27. de Toro n. 19. vers. Ex quo singulariter, y en la 18. n. fin (3) §. 2. Institut. de Acrignat. Inserter. ley Utrum, ff. eod. tit. y ley Cum pater, §. Heres, ff. de legat. 2. (4) Ley Ubi numerus, ff. de Regul. jur. ley Ubi numerus, ff. de Cestib. ley Sed quartam, §. ultim. ff. de legat. 1. y ley Legato, §. Sed primo, ff. de legat. 2.

(5) Ley Non est sine liberis, ff. de verbor. signific. ley Pater Severinam, §. Ita fideicomisso, ff. de condit. et demonstrat. y ley A filia al princip. ff. ad Trebellian. (6) Ley Ejus qui in Provincia, §. fin. vers. Quoniam, ff. de Reb. cred. si certum petat. ley Pomponius. §. fin. ff. de Acquirend. posses. ley Si servum, §. fin. ff. de Action. empt. Gom. en la 17. de Toro n. 19. Morquech dicho cap. 1. n. 7. lib. 3. (7) Ley 11. tit. 4. Part. 6. y ley Quoniam in prioribus, Cod. de Inofficios. testament. Baez. de Non meliorand. filiab. cap. 9. n. 6. 7. y 8.

razones que expuse en el cap. 1. de mi 1. part. n. 54. y traen los AA. Lo qual es corriente, no obstante decir alguno (1), que el padre puede mejorar a su hijo unico, y vincular el tercio, y defenderlo vigorosamente.

9 Procede lo explicado en el número anterior, aunque en pacto dotal se haya impuesto el gravámen de vinculacion, y restriccion, si no naciere mas que un hijo; ó sea hecha la mejora por contrato en cantidad irrevocable; ó el mejorado lo haya sido en ultima disposicion, habiendo muchos descendientes; pues si todos fallecieren, y al tiempo de la muerte del mejorante se hallare unico, cesará el gravámen, y todos los bienes de sus ascendientes (excepto el quinto) serán legítima suya, porque ésta se debe regular segun el tiempo de la muerte; y como al de ella lo es, y no puede haber mejora, por faltar sugeto en quien se verifique, y por no consumarse, ni surtir su efecto hasta entónces: por eso el gravámen se entiende no impuesto (2).

10 La doctrina del núm. 8. se limita en caso que el hijo mayor de 25 años consienta expresamente el gravámen que su padre le impuso en el tercio, jurando no reclamarlo, pues valdrá, porque puede renunciar el beneficio legal que le compete; cuyo consentimiento es mas poderoso que el real permiso, y confirmacion del gravámen (3). O que calle toda su vida, y por su muerte posea los bienes de su hijo por espacio de 30 años, ó mientras vive, sin reclamar la vinculacion y gravámen, pues por este silencio de los dos, en tanto tiempo es visto consentirla, y queda firme, y los bienes ligados a ella (4). O que el padre le mejore con la condicion de: *Si otro hijo, ó hijos le nacieren*, en cuyo caso será valida tambien la mejora, y gravamen, porque el acto, que puede ser hecho puramente, se puede hacer con condicion (5); por lo que si el hijo unico fuere mejorado simplemente por sus padres, convalecen la mejo-

(1) Parlador. lib. 1. rer. quotid. cap. 7. (2) Angel en dicho l. y 11. gl. 19. n. 6. y 7. al fin. Castill. lib 3. Controv. cap 13 n. 5. y lib. 2. cap. 14. y Si quis in conscribendo 29. Cod. de Pact. (4) M. Bl. dicho cap. 9. n. 7. Bler. dicho cap. 9 n. 10. Suar. in leg. Quoniam in prior. Cod. de Inofficios. testam. ampliat. 10. n. 24. (5) Ley 2. ff de Conditionibus y §. Empcio, Institut. de Emption. et venditione. Molin. dicho lib. 2. c. 3 n. 7 y cap. 15. dit. 9.

ra y gravámen luego que nace otro hijo, del mismo modo que si despues de nacido hubiera sido hecha; pues toda disposicion que siendo puramente hecha, no tiene vigor, se entiende ordenada con la tácita condicion con que vale el acto (1): y éste quando no puede valer puramente, se resuelve en condicion (2). Y lo mismo procede, aunque en la mejora no ponga la condicion referida, si le nacen despues mas hijos, porque es visto haberla hecho con la esperanza de procrearlos, y en perjuicio suyo; y como hasta que fallece no tiene derecho á la mejora el mejorado, y al tiempo de su fallecimiento ya están nacidos, convalece ésta, y queda firme (3); pues el padre pudo revocarla, y respecto no haberlo hecho, quiso que subsistiese, y manifestó que tuvo mas aficion á aquel hijo que á los otros.

11 Se limita tambien, quando el padre constituye mayorazgo irrevocable del tercio, entrega en vida á su hijo los bienes que lo importan, sin reservarse su usufructo, y éste percibe sus frutos, los quales equivalen al gravámen; en cuyo caso valdrá asimismo la mejora (4). Y lo própio milita, si la hace de tercio y quinto, con la condicion de que si el hijo no consintiere el gravámen del Mayorazgo hecho en el tercio, no lleve el quinto; pues entónces, ó deberá consentir el gravámen del tercio, ó perderá el quinto (5). O quando precede facultad real, en cuyo caso no solo tendrá potestad de vincular el tercio, sino todos sus bienes libres, si ésta se lo permite, porque la facultad es para obligar al hijo á estar, y pasar por la vinculacion, aunque lo repugne y resista; pues como la q'ota de la legítima depende de la asignacion legal, puede el legislador dispensar, y derogar la ley en que la prefine, y minorarla, y gravarla á su arbitrio, sin que en el hijo resida autoridad para impedírselo, ni invalidar la concesion, ni lo hecho con arreglo á ella por su padre. Y aunque no observa el órden de la

(1) Dicha ley Gallus, y §. Quidam recte, et ibi gles. et DD. ff. de Liber. et posthum. Angel. en la 1. glos. 13. ex n. 11. al 19. y en la 11. glos. 10. n. 8. Morquech. lib. y cap. cit. n. 9. Baez. dicho cap. 9. n. 60. (2) Ley Si hæreditas, §. Si furiosus, y sig. ff. de Testam. tutel. (3) Baez. dicho c. 9. n. 14. al 18. Covar. lib. 2. Var. cap. 19. n. 2. al 4. (4) Ley Ab eo, Cod. de Fideicom. Segur. in Repetit. leg. 1. §. Si vir. uxori, vers. Si potest dicere aliquis, ff. de Acquirend. posses. Peralt. in leg. Cum pater, §. A filia, ex n. 20. ff. de Legat. Molin. dicho lib. 2. y cap. 11. n. 4. Morquech. ibi n. 22.
(5) Molin. ubi supr. n. 8. Baez. dicho cap. 9. n. 21.

ley 27. de Toro, no se anulará, si la facultad no le precisa á ello (1).

12 La muger casada no puede en sanidad mejorar á hijo, ni descendiente alguno suyo por contrato sin licencia de su marido, como he sentado en el cap. 1. de mi 1. part. num. 120. y 121., pero estando viuda sí: y tambien quando está casada, si sus bienes son libres de tal suerte, que su marido no tiene el usufructo de ellos, pues teniéndolo, aunque será válida la mejora por lo tocante á su perfeccion y firmeza, y no se podrá revocar, siguiéndose su tradicion, ó haciéndola por contrato, ó causa onerosa con tercero, como diré en el §. 2. numer. 80.; pero no en quanto á privar á su marido de su usufructo, pues éste debe quedarle para superar las cargas matrimoniales (2); porque quando alguno dona, ó lega algo, se entiende donar, y legar solamente el derecho que tiene en la cosa legada, salvo siempre el de otro (3).

13 No se circunscribe, ni limíta la potestad de los ascendientes legítimos á mejorar en el tercio de sus bienes libres á qualquiera de sus legítimos descendientes, ántes bien se entiende, y amplía á podérselos consignar en bienes ciertos y determinados, para que en ellos se les satisfaga su importe despues de su muerte; y así pueden señalar para pago de ámbos, ó del que les parezca, las fincas, ó alhajas que quieran, con tal que el valor del tercio no exceda del que montáre la tercera parte de sus bienes al tiempo de su fallecimiento, como lo dispone la ley 19. de Toro, que es la 9. tit. 2. lib. 10. Nov. Rec. que en su primera parte dice: *El padre, ó la madre, y abuelos en vida, ó al tiempo de su muerte puedan señalar en cierta cosa, ó parte de su hacienda el tercio, y quinto de mejora, en que*

(1) Molin. ibi n. 10. al 18. Gom. en la ley 40. de Toro n. 55. y 57. Greg. Lop. en la ley 23. tit. 9. Part. 6. verb. Mas de uno, glos. 1. Matienz. en la 2. tit. 7. lib. 5. glos. 1. n. 3. (2) Ley 25. tit. 11. Part. 4. ley Dotis fructum 7. y ley Plerumque 10. ff. de Jure dotium, ley Pro oneribus 20. Cod. eod. tit. ley Si maritus 46. ff. Familiæ erciscund. Matienz. en la 2. tit. 6. lib. 5. glos. 1. (3) Leyes Servi 5. §. fin. Senatus 43. y Si cui 49. §§. fin. Si domus 71. §. Si fundus, y Non quocumque 82. §. 1. ff. de Legat. 1. ley 1. ff. de Liberat. legat. ley Qui tabernas 32. ff. de Contrahend. emption. y ley Si constante 19. Cod. de Donat. inter vir. et uxor. Gom. en la ley 18. de Toro n. 3. Castill. en ella n. 2. Matienz. en dicha ley 2. tit. 6. y glos. 1. n. 2. y 3.

lo haya el fijo, ó fijos, ó nietos que ellos mejoraren, con tanto que no exceda el dicho tercio de lo que montáre, ó valiere la tercia parte de todos sus bienes al tiempo de su muerte:::: De suerte que habiendo consignacion sin tradicion de cosa alguna, se ha de atender, y tener respeto para el cabimiento del tercio al valor que tienen los bienes del mejorante, quando fallece, y no al que tenian quando hizo la mejora, ya sean muchos, ó pocos en qualquiera de los dos tiempos. Esta ley, y las 23. 25. y 26 de Toro las explicaré en el cap. siguiente §. 4. desde el n 155. al 119. en donde se podrá ver el espíritu de su disposicion.

14 Pero han de hacer por sí mismos, y no cometer á otros la consignacion ó señalamiento de los bienes del tercio, ni quinto, porque se lo prohibe la ley inserta, que en su segunda parte dice: *Pero mandamos que esta facultad de poder señalar el dicho tercio y quinto, como dicho es, que no la pueda el testador cometer á otra persona alguna.* Y la razon de esta prohibicion consiste en que la facultad y declaracion de ánimo es cierto derecho personalísimo coherente á la persona del ascendiente, por lo que no se puede ceder, ni cometer á otro (1).

15 Esta asignacion parece debe hacerse de suerte que los demás hijos no sean gravados en sus legítimas, ni por ella se les defrauden éstas (2). Pero la ley habla generalmente, y así se debe entender, cesante todo fraude (3), porque comprehende indistintamente todos los casos, aunque verse mayor razon en uno que en otro (4), y estiende su potencia hasta lo infinito (5). Lo qual se entiende, excepto que por leyes posteriores se establezca otra cosa, pues entónces se debe declarar segun ellas (6), porque no se refiere á casos especialmente notados (7), y se debe

(1) Ley Centessimis, §. fin. ff. de Verbor. obligat. ley 4. ff. Locati, ley Post mortem, §. fin. ff. de Adopt. ley Inter artifices, ff. de Solut. y ley Item Pomponius scribit, §. fin. ff. de Rei vindicat. Gom. en la ley 19. de Toro n. 2. (2) Covar. in cap. Raynaldus, §. 2. n. 5. al fin. de Testam. Matienz. en la ley 3. dicho tit. 6. lib. 5 glos. 1. n. 2. (3) Ley de pretio, ff. de Publician. in rem action. (4) Ley 1. §. Quod autem, ff. de Delatorib. & ibi glos. (5) Ley 1. §. In infinitum, ff. de Legat. præstand. (6) Ley Filius familias, ff. de Obligat. & action. ley 1. ad Macedon. ley Juris gentium, §. Si paciscar, ff. de Pact. y ley Transigere, & ibi glos. Cod. de Transaction. (7) Ley Sanctio legum, ff. de Pœnis, ley Doli clausula 119. ff. de Verbor. obligat.

evitar la correccion de leyes, y concordarse unas con otras (1): y como la mejora se debe pagar con atencion al valor de la herencia que dexa el testador, quando no entrega parte de ella en vida; segun las leyes 19. 23. y 29. de Toro, no puede verificarse gravámen en las legítimas en quanto á la cantidad, que es el que quiso evitar la ley 19. inserta por la condicion que pone (2); y solo en el caso de ser hecha la asignacion en todo lo mejor, mas fructífero y permanente, podrá verificarse gravamen en la qualidad de las cosas destinadas para su pago, y se presumirá dolo, por defraudar las legítimas á los no mejorados; pero en este caso se debe reducir á alvedrío de buen varon, y entenderse hecha la asignacion, no precisamente en todo lo referido y que lo peor sea para estos, sino en lo bueno, y que quede bueno tambien para ellos, pues de lo contrario se comete dolo, el qual se debe evitar; porque anula todo lo que con él se obra, por no ser justo que despues de ser mejorado el hijo, lleve los bienes mejores y fructíferos, y que sus hermanos despues de no serlo, quedándose con sola su legítima diminuta, lleven lo peor é infructífero; y en este sentido se debe entender la asignacion que previene la referida ley 19. no solo en quanto al tercio, quanto los ascendientes lo dexan á sus legítimos descendientes, sino al quinto, ya lo leguen á éstos ó á extraños, ó por su alma (3).

16 Si el testador ha señalado en bienes determinados la mejora de tercio y quinto, ó del uno de éstos solo, se ha de entregar al mejorado, ó legatario (ya sea legítimo ó estraño) los propios bienes en que se la señaló, y no en dinero. Lo qual se entiende, excepto que estos no puedan dividirse comodamente, v. gr. quando naturalmente no admiten division, porque por la naturaleza tienen sus fines destinados, sin los quales el individuo no puede subsistir, á la manera del siervo, el caballo, &c. ó quando no se puede hacer la division sin daño de los mismos bienes, como sucede en el horno, molino, nave y otras cosas semejantes, en las quales para usarlas es menester la alter-

(1) Ley Sed & posteriores, ff. Leg. lex Praeiminus, Cod. de Appellat.
(2) Tello en la ley 19. de Toro n. 1. Gutier. lib. 2. Pract. q. 55.
(3) Morquech. de Divis. lib. 3. c. 1. ex n. 22. hasta el fin. Acev. en la ley 3. tit. 6. lib. 5. Rec. n. 1. y 2. Matienz. en ella glos. 1. Covar. en dicho cap. Raynaldus, y n. 5.

nativa, ó aplicarlas á uno solo (1), como sentè en el cap. 1. n. 115. lib. 1. de este tratado; pues en estos casos se le puede dar en dinero, para evitar que con la division sea dura y nociva la separacion. Y si no la señaló, se ha de dar en la parte de hacienda que dexáre. Así lo ordena la ley 20. de Toro, que es la 4. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec. cuyo contexto es: *Los hijos, é nietos del testador no puedan decir que quieren pagar en dinero el valor del tercio, ni del quinto de mejora que el testador oviere fecho á alguno de sus fijos, ó nietos, ó quando mejorare en el quinto á otra persona alguna: sino que en las cosas que el testador oviere señalado la dicha mejora del tercio, y quinto, ó quando no le señaló, en la parte de la facienda que el testador dexáre, sean obligados los herederos á ge lo dar; salvo si la hacienda del testador fuere de tal calidad, que no se pueda conveniblemente dividir, que en este caso mandamos que puedan dar los herederos del testador al dicho mejorado, ó mejorados el valor del dicho tercio, y quinto en dineros.* Cuya ley es la correctoria del derecho comun (2), por el qual quando el testador lega parte ó qüota de sus bienes, se concede facultad y eleccion al heredero de pagarla al legatario en ellos, ó en dinero, ó parte en este, y parte en aquellos.

17 Pero es de advertir, que quando la hacienda no tiene cómoda division por alguna de las razones expuestas en el número precedente, no están obligados los no mejorados á dar precisamente en dinero el tercio ó quinto á los que lo son, porque no les compele á ello la ley, ántes bien lo dexa á su arbitrio y voluntad, respecto no dice que *deben*, sino que *puedan*: y así la pagarán en dinero, ó en otros bienes de la herencia, segun quisieren, como quando no se la señala, sin que el mejorado tenga accion á pedir que se le dé indispensablemente en dinero (3).

18 Y si el testador por carecer de herederos legítimos, testa entre estraños, y mejora á alguno en el tercio ó quinto, ó en otra qüota ó parte de sus bienes, ó lega á otro, parece que este legatario ó mejorado no tendrá accion á elegir, y sí el heredero, y que por consiguiente podrá darle su legado ó mejora en dinero,

(1) Ley Non ampliùs 26. §. Cum bonor. 2. ff. de Legat. 1. ibi: *Vel naturalitèr, vel sine damno.* Castill. en la 20. de Toro n. 3. y 4. Angul. en la 4 tit. 6. lib. 5. Rec. glos. 8. (2) Dicha ley Non ampliùs, y §. Cum bonor. y ley Potest. 27. ff. de Legat. 1. Gom. lib. 1. Var. c. 12. n. 21.

(3) Gom. en la 20. de Toro n. *fin.* vers. Sed advert.

porque la ley inserta se ha de entender en sus própios términos, y como correctoria del derecho comun no ampliarse á otros casos, aunque en ellos concurra identidad de razon (1).

19 Mas no obstante, mediante la referida ley, lo contrario se debe tener: y así el legatario ó mejorado debe llevar indistintamente su legado, ó mejora en los bienes que dexó el testador, y el heredero no tiene derecho á elegir, porque si teniendo descendientes, y dexando el quinto á extraño, debe haberlo éste en los própios bienes del testador, como dice la ley; con superior razon siendo todos extraños, lo deberá llevar pues para el caso lo mismo es que sea el quinto, que el quarto, tercio u otra qüota, ó parte de bienes. A mas de que quando hay algunos casos de ley nueva, la disposicion de ésta en uno se entiende y amplia á los demás (2): es así que por derecho comun le tenia el heredero á elegir, y pagar el legado (ya fuese de la tercera, quarta, quinta, sexta ú otra qüota de bienes) al legatario en los que habia dexado el testador, ó en dinero; luego por el contrario, repecto á que la ley de Toro manda que el quinto se satisfaga en ellos, se debe estender al tercio, quarto, sexto ú otra parte mayor ó menor que dexe al legatario (3).

20 No sucederá lo mismo, si el testador lega anualmente, v. g. la tercera parte, ú otra del usufructo de cierto fundo suyo, pues podrá el heredero vender el fundo, y entregar al legatario la estimacion y cantidad anua respectiva á la locacion de la misma parte del usufructo, aunque no debiera recibirlo (4), y este es uno de los casos, en que se puede entregar una cosa por otra al acreedor contra su voluntad.

21 Aunque la legitima de los hijos, y descendientes legítimos no puede ser gravada, ni aun con condicion por sus padres (5): si éstos dexaren á algunos mas porcion que la que por ella les corresponde, se les permite poner en el exceso condí-

(1) Ley Si vero, ff. Solut. matrim. ley Præcipimus, Cod. de Appellat. y ley Sancimus, Cod. de Testam. & ibi DD. (2) Ley Ut tantum 14. §. 1. ff. de Servo corrupt. glos. fin. in leg. Si quis servo alieno, Cod. de Furt.

(3) Gom. lib. 1. Var. c. 12. n. 21. vers. Advertend. tamen est.

(4) Ley 38. ff. de Usu et Usufruct. legat. Ley Generali capite 32. §§. penult. y ultim. ff. de Usu, & Usufruct. y ley 1. §. 1. ff. de Auro, argent. legat. Castill. en la 20. de Toro n. 3. (5) Ley 17. al fin. tit. 1. ley 11. tit. 4. y leyes 4. y 7. tit. 11. Part. 6.

ciones posibles y honestas (1). Y respecto no ser legítima rigurosa de todos el tercio, si sus padres lo dexaren á alguno ó algunos, pueden imponer en él para siempre, ó por tiempo señalado á su arbitrio, en contrato, ó en última voluntad, sin distinguir de quarta, ni quinta generacion, el gravámen de restitucion, incompatibilidad y fideicomiso, y no otro alguno en propiedad, ni usufructo, con los vínculos, sumisiones y substituciones que les parezca, con tal que sea precisa, é indispensablemente entre sus legítimos descendientes de qualquier grado, varones ó hembras, y parientes por las líneas paterna y materna, ó por solo una, anteponiendo, ó postergando entre las personas de cada grado las que quisieren, ya sean varones ó hembras, y no excluyen á estas, ni por consiguiente haciendo agnaticia la vinculacion, pues para esto no se les dá facultad, y tiene visos de iniquidad su exclusion; en defecto de legítimos, entre los ilegítimos que hayan derecho de poderlos heredar; no habiéndolos, entre sus ascendientes; á falta de estos, entre sus parientes; y extinguidos todos, entre extraños; pues en otros términos les está prohibido gravarlo, y el imponerle condicion, y si lo hicieren, se reducirá al órden expuesto, y valdrá hasta la persona en quien inútilmente, y contra la ley hicieron la substitucion (2), en la qual se extinguirá, y en su poder quedarán libres, y como tales partibles entre sus herederos los bienes (3), si de la mente del mejorante no aparece lo contrario: porque en las cosas que admiten separacion, no se vicia lo útil por lo inútil (4); cuyo gravámen, y condiciones pueden poner no solo al tiempo de hacer la mejora, sino en qualquiera posterior, pues vale el argumento de la cosa á esta, y de esta á ella, con tal que puedan revocarla, y de otra suerte, porque si es irrevocable, carecen de potestad para ello despues (5). Pero en el quinto

(1) Dicha ley 11. tit. 4. Part. 6. (2) Ley 27. de Toro, que es la 11. tit. 6. lib. 5. Rec. Angul. de Meliorat. en dicha ley 11. glos. 15. Matienz. en ella. Roxas Almans. de Incompat. disp. 2. q. 3. n. 8. hasta el 23.

(3) Ley Placuit 29. ff de Usur. ley 1. §. Sed si mihi, y ley Quæ extrinsecus 65. ff. de Verb. obligat. Ayor. de Part. part. 2. q. 43. Castill. lib. 2. Controv. cap. 7. per tot. (4) Regla Utile per inutile de Regul. jur. in 6.

(5) Gom. en la ley 17. de Toro n. 22. Matienz. en la 11. tit. 6. glos. 3. lib. 5. Rec.

no solo pueden poner el gravamen referido, sino otro qualquiera posible y honesto, y hacer lo que quisieren de él, sin estar obligados á observar el órden y llamamientos expresados, porque es suyo privativo, ninguna ley les precisa á ello, ni sus descendientes tienen el mas leve derecho á que se lo dexe (1). Acerca de lo qual véase lo explicado en el cap. 10. n. 118. de mi primera parte; bien que hoy por Real Decreto de 8 de Abril de 1789. adicionado al fin del cap. 11. de mi primera parte, se prohibe vincular las mejoras, y fundar mayorazgo sin real permiso como en él se ordena, y se derogan las leyes y costumbres contrarias; y lo mismo se preceptúa por la Real Cedula expedida á su consequencia en Aranjuez á 14 de Mayo siguiente.

22 Pero se advierte: Lo I, que ya se haga la mejora en contrato, ó en última voluntad, no puede el mejorante excluir á la hembra próxima descendiente por el transversal mas remoto, pues debe ser preferida, porque de lo contrario se invertiria el órden de esta ley; y así siempre que haya descendientes, ya sean varones ó hembras, no se admiten transversales, ni pueden ser llamados, aunque sean varones, ni entran á suceder en los bienes de que se constituyó la mejora, hasta que las lineas masculina y femenina de los descendientes legítimos se extinguen (2); pero dentro de cada grado puede anteponer ó posponer al varon, ó hembra que quisiere, como queda sentado.

23 Lo II, que en defecto de legítimos puede el padre llamar á sus naturales, y á la posteridad de estos antes que á los ascendientes, porque en él es voluntario el llamarlos ó no; pero en la madre es preciso: y así ya sean naturales ó espurios, debe preferirlos á ellos, no siendo de dañado y punible ayuntamiento, porque son sus herederos forzosos por testamento y abintestato, y por consiguiente deben heredarla, en caso de no tener descendientes legítimos, y no sus ascendientes (3).

24 Lo III, que instituidos los hijos naturales, si hay as-

(1) Avendaño en la ley 27. de Toro. Angul. en dicha ley 11. glos. 3. y 16. Matienz. en ella glos. 2. y 10. Tell. en la 27. de Toro n. 3. vers. Tert. (2) Tello en dicha ley 27. de Toro n. 4. al 7. y n. 16. Gom. Varias en ella n. 50. (3) Gom. en la ley 10. de Toro n. 6. al fin. Ang. en dicha ley 11. tit. 6. lib. 5. glos. 11.

cendientes del instituyente, no puede este nombrar, ó substituir extraños: y si los nombrare, llevarán solamente el tercio, y el residuo será para los ascendientes; pues al modo que la institucion no valdria sino en él segun la ley 6. de Toro: del mismo no valdrá la substitucion, porque es segunda institucion (1): y el que no puede ser instituido, tampoco puede ser substituido (2). Lo IV y último que se advierte, es que si el testador manda que el mejorado pueda de própia autoridad aprehender la posesion de los bienes de la mejora que le señaló, se ha de observar su voluntad, no siendo opuesta á derecho (3); y por el contrario, si prohibe que la tome hasta que sus testamentarios cumplan su disposicion, y paguen los legados, tambien debe ser obedecido (4).

25 Si el padre mejora á un hijo en el tercio y quinto de sus bienes por última voluntad, y le impone el gravámen de restituirlo á otro hijo, ó descendiente al tiempo que le prelinió, si despues *en el articulo* de la muerte hizo simplemente prelegado del mismo tercio, y quinto á otro hijo, removerá el gravamen de restitucion impuesto al primero el prelegado hecho al segundo, porque por el hecho de no haberlo expresado, se entiende no haber querido imponérselo, sino ántes bien dexárselo libremente (5). Quándo se entiende hecho el fideicomiso, y de quántos modos, lo trata *Castillo* en la ley 27. de Toro (6).

26 Si el padre del testador le prelegó un fundo en fideicomiso, imponiéndole la condicion y gravámen de que despues de la muerte del mismo testador habia de pasar á su hijo mayor, nieto de su padre, se debe adjudicar al nieto, y no imputársele en su legítima paterna (7): y la razon es, porque el abuelo tuvo facultad para mejorarle, substituirle, y gravarle á la restitucion, y el nieto recibe de él, y no de su padre el fundo; por lo que no se debe conceptuar finca, ni

(1) Ley Cohæredi 41. §. Cohæres 6. ff. de Vulgar. substitut.
(2) Angul. en dicha ley 11. glos. 12. n. 3. (3) Glos. & DD. in leg. Titia cum test. §. 1. ff. de Legat. 2. Boer. decis. 156. n. 15. (4) Joann. Andr. ad Speculat. de instrument. edition. §. Nunc vero aliqua addictio fin. Boer. decis 41. n. 4. Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 1. §. 9. n. 7. (5) Cast. en la 27. de Toro n. 11. vers. Sed quæro pater. (6) En la palabra Fideicomm. n. 21.
(7) Glosator. in dict. leg. 27. Tauri.

hacienda de este; y por no serlo tampoco se debe hacer mérito de él en la particion de los bienes del testador.

27 Habiendo dexado al nieto el fundo en fideicomiso, *para quando tuviese hijos*, si ántes de verificarse esta condicion, ó de tenerlos, se dividieron los bienes de su padre entre él, y sus hermanos, ó coherederos, incluyéndolo en la particion, y prometiendo todos haberla por firme ¿verificandose despues la condicion, podrá el nieto pedir el fundo dividido ya, y entregado? Puede, aunque intervenga su juramento de no contravenir jamás á la particion (1); y la razon es, porque por la de los bienes comunes no se entiende remitido, ni renunciado el fideicomiso condicional, aunque intervenga ciencia de él, y se diga en la misma particion que el uno remite, y cede al otro todos los derechos que tiene, y espera tener, y lo que se le dexó en testamento (2).

28 Pero esto se limita: Lo I, quando muerto el padre, se purificó el fideicomiso, pues si se dividiese despues entre los hermanos, se perjudicaria el nieto por la renuncia y remision (3). Y lo II, si en la division se pusieron palabras amplias y eficaces, v. gr.: *Si dixeron que de las cosas divididas ninguno habia de poder repetir, ni exigir jamás del otro coheredero cosa, ni parte alguna, aunque de hecho, y por derecho le tocase, y pudiese tocar, porque lo renunciaban todo, y se lo condonaban mútuamente para siempre*, pues entonces se presume que el nieto quiso dividir, y renunció el fideicomiso (4). Lo qual se entiende, teniendo ciencia de este, y haciendo constar que la tenia, y no en otros términos (5); pues la renunciacion por general, y amplia que sea, no comprehende lo ignorado, y ninguno se presume renunciar el derecho que ignora tener (6).

(1) Ley Qui Romæ, §. Duo fratres, ff. Verbor. obligat. Alex. cons. 104. y consil. 208. lib. 6. (2) Ley Cum pater, §. Hæred. ff. de Legat. 2. Roman. consil. 403. n. 1. Alex. consil. 38. n. 7. vol. 5. y consil. 208. n. 2. vol. 6. Cost. Junior. consil. 23. n. 1. y cons. 52. n. 13. Areño cons. 44. n. 7. Boer. dec. 147. n. 4. Rolin. consil. 99. n. 10. y sig. (3) Paul. de Castr. in dict. §. Duo fratres, col. 3. & ibi Rip. & Alex. col. 9. ideo Alex. cons. 10. n. 11. Adveh. 7. Jason. consil. 770. vol. 2. Menoch. cons. 86. (4) Jason Arat. in Addit. ad Speculat. tit. de Testam. n. 27. vers. Sed qui si itaque. F. Cost. Junior. cons. 59. n. 4. lib. 3. Cravet. cons. 24. n. 12. vers. Amplius Menoch. dicho cons. 86. n. 28. Purpur. cons. 86. n. 12. y 13. lib. 1. Roland. cons. 32. col. 19. y 20. lib. 4. (5) Menoch. dicho cons. 86. n. 26. lib. 4. Boer. cons. 137. n. 15. vol. 2. (6) DD. in leg. Si de certa, Cod. de Transact. Cephal. cons.

29 La mejora se puede hacer *expresa y tácitamente: expresamente*, quando en la donacion usa el testador, ó donante de la palabra *mejoro*, ú otra equivalente. Y *tácitamente*, quando hace donacion simple al descendiente sin causa alguna por solo beneficiarle, y ser liberal con él: en cuyo caso se presume que le mejora en lo que le dona, y así no se le ha de imputar en su legítima (1). Lo qual se entiende, excepto que conste lo contrario de la voluntad del donante, pues siempre se debe atender á la mente de los contrayentes (2), y recurrir á las congeturas, por las quales si consta que el padre ó madre quisieron donar, será mejora la tradicion de lo donado, como la expresa donacion simple (3).

30 De lo expuesto se prueba que si el padre entrega á su hijo emancipado cierta cantidad de dinero, aunque sea grande, para que en suelo suyo construya un edificio ó plante viña ú olivar (el que de otro modo no construiria, ni plantaria), es visto que se la dona, y por consiguiente que le mejora en ella (4): y que si compra alguna cosa en nombre de él, y se le entrega, le hace donacion de ella, y así adquiere su dominio (5).

31 Lo mismo procede, si su madre lo redime de cautiverio (6): ó si no teniendo, ni administrando bienes suyos, le da alimentos; pues se presume que lo practica movida de piedad, y con ánimo de hacerle donacion (7); cuya presuncion es por razon de la sangre y conjuncion de personas, y por favor de los alimentos, en los quales se considera grande equidad y estudio de los padres para que sus hijos no perezcan (8), y así

218. n. 18. y cons. 222. n. 11. vol. 2. Fulgos. in leg. 2. n. 5. Cod. de Resc. vend. Alex. cons. 14. vol. 2. Aret. cons. 33. n. 9. Dec. cons. 530. n. 11. y 12.

(1) Tello en la ley 26. de Toro n. 1. Matienz. en la 10. tit. 6. lib. 5. Cod. glos. 1. n. 2. Angul en ella glos. 2. n. 7. (2) Ley Obligat. substantia, ff. de Oblig. & action. (3) Ley 26. de Toro, que es la 10. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec.

(4) Ley Sed si mors. 13. §. fin. ff. de Donat. inter vir. & uxor. Paul. in leg. Cum quid, n. 11. ff. de Beb. credit. si cert. petat. Masc. conclus. 554. n. 52. y 53. vol. 2. de Probat. (5) Ley Filiæ cujus 48. & DD. Cod. Familiæ erciscund y ley Si emancip. 2. Cod. Si quis alteri, vel sibi.

(6) Ley Liber captus, Cod. de Captiv. Decio, consil. 628. n. 8. Alciat. regul. 1 præsumpt. 32. n. 2. Menoch. de Arbitr. cas. 88. n. 29.

(7) Ley pen. tit. 12. Part. 5. Ley 1. y ley Alimenta, Cod. y ley Nosenalias, ff. de Negot. gest. (8) Ley Si quis à liberis, §. Utrum 2. y §. Si matet 14. y ley penult. ff. de Liber. agnoscend.

no se les deben imputar en su legítima éstas y otras donaciones semejantes, sino estimarse por mejorados en ellas hasta en lo que permite la ley, no constando lo contrario de la voluntad del donante. De lo qual trataré mas latamente en el cap. sig. con motivo de las colaciones.

32 Se entiende que hay mejora, quando el padre testando entre hijos, nombra á uno ó mas por sus universales herederos, pretiriendo absolutamete ó injustamente exheredando á los restantes, ó instituyendo á todos, pero dexando á alguno ó algunos menor parte de herencia, que la que por sus legítimas debe corresponderles; en cuyo caso aquel hijo ó hijos instituidos por universales herederos, no solo percibiran su legítima, sino que se conceptuarán mejorados en el tercio y quinto, si el testamento contiene la *cláusula codicilar*, (cuyos efectos explique en el cap. 1. de mi primera parte adicionada, n. 232. al 238.) y la solemnidad de testigos que prefine la ley, y no de otra suerte; y los preteridos, ya sean los que á la sazon viven, ó los que viviendo su padre, nacen despues de la institucion, y no fueron nombrados específica, ni genéricamente, segun expuse en dicho cap. n. 55. ó los injustamente exheredados ó perjudicados en su legítima, percibiran únicamente esta diminuta, porque su padre careció de potestad para privarles de ella, gravarsela y desfalcársela (1); pues la cláusula codicilar hace que el testamento valga del modo que por derecho puede valer, que segun el nuestro es el expuesto. Sobre lo qual he visto caso práctico así resuelto; pero nombrándolos, aunque no sea sino genéricamente no procedera lo explicado.

33 El padre que hace en su testamento, ó en otra última voluntad algun legado á su hijo ó descendiente, y le instituye por su heredero igualmente con los demás, ¿este legado se le ha de imputar en parte de legítima, ó entenderse donacion, y por consiguiente mejora? Sin embargo de que algunos dicen que en parte de legítima, porque en duda mas parece que quiere pagar el débito, que hacer donacion, segun derecho (2), á ménos que otra cosa conste de su voluntad: no obstante, lo contrario es lo verídico, y así se debe estimar como mejora; del

(1) Gom. en la ley 3. de Toro n. 86. (2) Ley Cum de indebito 25. ff. de Probat.

mismo modo que si fuera donacion y no imputársele en legítima (1); y la razon es: Lo I, porque el legado es cierta donacion hecha en última voluntad, que el heredero debe dar al legatario (2), lo qual se prueba claramente de la ley 26 de Toro, que es la 10. tit. 6. lib. 10. *Nov. Rec.* que dice: *Si el padre, ó la madre en testamento, ó en otra qualquier última voluntad, ó otro por algun contrato entre vivos hicieren alguna donacion á alguno de sus hijos, ó descendientes, aunque no digan que lo mejoran en el tercio, ó en el quinto, entiendese que lo mejoran en el tercio, y quinto de sus bienes, y que la tal donacion se cuente en el dicho tercio, y quinto de sus bienes en lo que cupiere, para que á él, ni á otro no pueda mejorar mas de lo que mas fuere el valor del dicho tercio, y quinto: y si de mayor valor fuere, mandamos que vala fasta en la quantidad del dicho tercio, y quinto, y legítima de lo que debian haber de los bienes de su padre, y madre, y abuelos, y no en mas.* Lo II, porque en testamento, ni en otra última voluntad muy rara vez se hace donacion en fuerza de contrato en sanidad, aunque puede hacerse: y la ley se debe adaptar á las cosas que comunmente acaecen, como dice el derecho (3). Y lo III, porque si el padre quisiera que se imputase al hijo en su legítima, lo expresaria, y por no haberlo expresado, y sí instituido al legatario por heredero con los demás, es visto que quiso mejorarle en el prelegado que le hizo.

34 Procede lo referido, no solo quando le instituye por su heredero igualmente con los demás, sino aunque le instituya simplemente por tal: porque esta simple institucion se estima en derecho por iguales partes (4). Y procede tambien, no solo para con el hijo varon ú otro descendiente, sino para con la hija ó nieta; pues aunque no puede ser mejorada en contrato en sanidad por razon de dote, ni casamiento segun la ley (5), como

(1) Ley 10. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec. Ley A patre, y ley Nec emancipati, Cod. de Collat. ley In donat. Cod. ad leg. Falcid. Segur. in leg. Unum ex familia 77. §. Sed, & si, n. 57. y 154. ff. de Legat. 1. Rodrig. Suar. in leg. Quoniam in prioribus, §. 5. quæst. 5. n. 3. y sig. Matienz. en la ley 10. glos. fin. tit. 6. lib. 5. Rec. Angul. de Meliorat. en dicha ley 10. tit. 6. glos. 2. n. 3. al 5. Palac. Rub. en la ley 26. de Toro n. 1. (2) Ley 1. tit. 9. Part. 6. §. 1. Institut. de Legat. ley Legatum, ff. de Legat. 2.

(3) Ley Nam ad ea 5. ff. de Legib. (4) Ley 17. tit. 3. Part. 6. Ley Quotiens, §. Heredes, ff. de Hæredib. instituend. §. Si plures Inst. eod. tit.

(5) Ley 6. tit. 3. lib. 10. Nov. Recop.

en el n. 87. diré, pero si en testamento ú otra última voluntad, porque ninguna prohibe que sus padres ó ascendientes legítimos la mejoren, ó hagan legados, como en el 94. expondré (1).

35 De lo expuesto se deduce, que si el testador no dispone del quinto, y es de mucho valor la cosa legada, se ha de computar primero ésta en el tercio y quinto, y si excede al importe de ambos, aplicarse al legatario el exceso en cuenta de la legítima que de los bienes del testador le corresponde, y no imputarsele en ésta su total. Y si dispone de él, se le imputará en el tercio, y el sobrante, si lo hubiese, en su legítima, pues lo contrario es opuesto á lo resuelto por la ley 20. de Toro, cuya inteligencia en la forma explicada está comunmente recibida, y segun derecho (2), se debe observar el órden de las palabras, quando de ellas consta el espíritu y la mente de la disposicion legal.

36 Y aunque *Acevedo* (3) queriendo conciliar las opiniones acerca de la dote y donacion *propter nuptias*, distingue entre la donacion expresa y tácita, diciendo que quando la dote se da simplemente á la hija, y no por via de donacion, se le debe imputar primero en su legítima: y quando es por via de donacion, en el tercio y quinto, y el exceso en cuenta de legítima; no es verdadera esta doctrina, y así no debe seguirse: Lo I, porque quando el padre da dote á su hija, lo hace por necesidad, y por la obligacion que segun derecho tiene de dotarla: por lo que es visto dársela con ánimo de que se la compense con su legítima (4), y así se la debe imputar en esta (5); y la misma razon versa en la donacion *propter nuptias*, porque el padre puede ser compelido á hacérsela (6). Lo II, porque la dote y donacion *propter nuptias* son colacionables, segun diré en el cap. 3. y como tales se imputan en cuenta de legítima (7),

(1) Roxas de Succes. abint. c. 3. n. 4. Baez. de Non melior. filiab. c. 20. n. 5. y sig. Gut. de Juram. confirm. part. 1. c. 59. n. 15. Acev. en la ley 1. tit. 2. lib. 5 Rec. n. 17. Matienz. en ella, glos. 2. n. 4. y gl. 8. n. 1.

(2) Ley Nec enim 6. ff. de Solut. ley Si mihi 12. § 3. ff. de Legat. 1. y ley Generaliter 24. §. Quid ergo 17. ff. de Fideicom. libert.

(3) Ley 10. tit. 6. lib. 5. Rec. n. 6. (4) Authent. Praterea, Cod. Ut de vir, & uxor. (5) Ley 3. tit. 15. Part. 6. Ley Quoniam novella, Cod. de Inoffic. testam. (6) Ley final, & DD. Cod. de Dotis promis. (7) Leyes 29. de Toro, y 3. y 4. tit. 15. Part. 6. Palac. Rub. en dicha ley 29. de Toro n. 5.

y así no pueden ser gravadas con la restitucion de fideicomiso, como la mejora (1). Y lo III, porque no vienen ni se comprehenden en el nombre genérico de donaciones (2), pues la dote sucede en lugar de legítima (3), y es particular propio de la hija (4), por lo que una y otra se deben imputar en legítima, excepto que el testador mande expresamente lo contrario, y mejore al hijo en la que haga: lo qual no sucede con otras donaciones voluntarias.

37 Si el testador dixo en su testamento: *Mi Hijo Pedro me quitó cien doblones*: o dixo: *A mi hijo Pedro di cien doblones quando se casó*: *ó para ciertas cosas*: *mando que los colacione, y traiga á particion con sus hermanos, y se le imputen en su legítima.* Y el hijo niega haber recibido de su padre, ó quitádole los cien doblones, y no hay mas prueba que la confesion de su padre, ¿en este caso se entienden mejorados los demas, y se ha de estar á su mera confesion? Si el padre no mejoró á los dámas hijos, valdra hasta en lo que alcance el tercio y quinto y no en mas á favor del hijo, porque en estos puede gravar á algunos de sus herederos legítimos. Lo qual se entiende, aunque no sea verídica su asercion, porque la demostracion falsa no vicia el legado de cantidad ó cosa cierta hecho en utilidad de los hijos (5). Y si los mejoró en el tercio y quinto, no valdrá, ni se debe estar á ella en perjuicio de la legítima del hijo, que niega la extraccion, ó recepcion de la suma que dice su padre (6), y así deberá percibir su legítima íntegra el referido hijo.

38 Pero si dice: *Mejoro á Juan, y Diego mis hijos en tanta cantidad, que Pedro tambien mi hijo me quitó.* Y esta asercion paterna no consta por otro medio, que por su mera confesion: parece que será aerea, y se frustará la mejora, porque fué hecha de una cosa que no existia, respecto no acreditarse legalmente

(1) Padill. n. 20. Cod. de Fideicom. Nat. consil. 255. n. 8. lib. 2. Corn. consil. 35. lib. 4. n. 1. Alex. consil. 20. n. 10. lib. 3. (2) Palac. Rub. en dicha ley 29. de Toro n. 5. cit. (3) Ley Titio fundus, §. Titio genero, ff. de Condit. & demonstrat. (4) Ley Proponius, ff. Familiæ erciscund.

(5) Ley Demonstratio falsa 17. §. Quod autem, ff. de Condition. & demonstration ley Lucius 97. §. Semproniæ, ff. de Legat. 3. y §. Sed si uxori maritus, Institut. de Legat. (6) Ley Rationes, y Authent. Quod obtinet, Cod. y Ley Qui testam. ff. de Probat. y ley 3. tit. 14. Part. 3. Gom. lib. 1. Var. cap. 12. n. 81. & ibi Avend. Ayor. part. 2. cap. 5. n. 12. y 13. Menq. de Divis. lib. 3. cap. 3. n. 56. al 59.

su certidumbre, al modo que si dixese: *Lego á Francisco ciento, que Antonio me debe*, será inútil este legado, no haciéndose constar el debito (1). Mas no obstante, vale la mejora, porque hay diferencia entre los dos casos, pues quando las palabras del testador se dirigen al heredero, v. gr. si dice: *Lego á Pedro ciento que le debo*, parece que su voluntad es gravarle para que dé aquello que lega (2); pero quando habla de tercera persona, como en el mismo caso de Francisco, y Antonio, no es visto que quiere gravarle á dar lo que expresa (3) (a).

3º Donando en vida simplemente, y entregando el padre á un hijo algun fundo, se contempla mejorado tácitamente en él: por lo que si su valor excede al tercio y quinto del que (incluyendolo) tienen los bienes del donante quando fallece, ha de llevar el exceso en cuenta de la legítima; y si excede tambien á ésta, debe restituirlo á los coherederos (4). Lo mismo se debe practicar, quando le mejora expresamente, señalándole, y entregándole los bienes de la mejora, atendiéndose, y computándose en todo evento el valor de los del mejorante, ó donante al tiempo de su muerte, unido con el de los entregados, para excluir la querella de inoficiosidad, y no al de los que tenia quando le mejoró, ya fuesen mas ó ménos (5), como explicaré latamente en el siguiente capítulo.

4º Supuesto que esta donacion se conceptúa ser mejora, ¿se ha de imputar en el tercio, ó en el quinto, y de qual se ha de entender primero en el caso de que su valor no alcance

(1) Leyes Si sic legatum 75. §. 1. al fin. y Non quocumque 82. §. Qui Cajum, ff. de Legat. 1. (2) Dicho §. Sed si uxori, Instit. de Legat. Merq. lib. 3. cap. 2. n. final. (3) Ley Si damnatus hæres. ff. de Liberat. legat. glos. in leg. Legavi, §. Contra autem, verb. Legata, ff. eod. tit. (4) Leyes 20. y 29. de Toro, y ley 2. Cod. de Inoffic. donat. Gut. lib. 2. Pract. q. 63. Parlad. differ. 150. §§. 1. y 3. Gom en la ley 29. cit. n. 30. vers. Palacios. (5) Leyes 3. 7. 10. tit. 6. lib. 10. y 5. tit. 3. lib. 10. Nov. Rec. leyes Cum quæritur 6. y Parentibus arbitrium 8. & ibi DD. Cod. de Inoffic. testam. ley Quotiens. Cod. Familiæ erciscund. y §. Igitur Instirut. de Inoffic. testam.

(a) A este lugar se pone la siguiente nota, *obscura, confusa, y poco sólida, y atendible parece la doctrina de este num.* Para adherirse qualquiera á este pensamiento, falta lo principal, qual es la razon de semejante aserto, respecto que entonces, cotejada la doctrina que propone el Autor con la razon que manifestase el reformador, entraba bien el asentir ó disentir; bien es que aunque la propusiese, se deduce seria de poca eficacia, en atencion á que con la palabra *parece* nada en rigor afirma positivamente.

á completar el de ámbos? Se deberá entender del quinto, respecto á que por la ley 214. del estilo, que está en uso, se manda deducir primero que el tercio por favor del alma del testador, ó donante: y quando no consta claramente de la voluntad de éste, se entiende disponer ó contraer segun la costumbre de la region en que hace la disposicion ó contrato (1). Ó que si equivale al tercio, se imputará en él, ó en el quinto, si equivaliese á su importe, pues aquello se entiende hecho, que de la qualidad de la cosa se colige; y así de la del precio se infiere si fué venta ó locacion la que se hizo (2). Y si lo que dono, equivale á su legítima, parece que quiso anticipársela como pudo, y que así deberá colacionarla (3); sin que se deba parar en que exceda, ó no llegue el tercio, quinto, ó legítima en poca suma, porque lo poco por nada se reputa (4).

41 Sin embargo de lo expuesto, digo: que no se debe imputar, ni entender del quinto ni legítima, sino estimarse como tercio, ó parte de él (5): Lo I, porque como el quinto es la única hacienda del testador, es visto haber querido reservarlo para disponer de él á favor de su alma, ó en otras cosas á su arbitrio: y de entenderse serlo, y no tercio, resultaria que el mejorado estaba obligado á pagar de él no solo el funeral y misas sino los legados pios y graciosos: lo qual no puede ser, porque solo en quanto al funeral necesario y moderado, misas y descargo de su conciencia, es revocable, como he sentado en el cap. 1. de este libro n. 44. y 48. para que no se verifique intestado el donante; y no estando, como no está obligado á cumplir cosa alguna de estas del tercio, porque es parte de legítima, y no puede ser gravada, se seguiria, que, ó se le habia de gravar en él, ó no se habia de cumplir enteramente la voluntad del donante. Lo II, porque si despues de donado el fundo, legase á un extraño el quinto de sus bienes, es indu-

(1) Ley Semper in stipulat. ff. de Regul. jur. ley Quod si nollit, §. Quia assidua, ff. de Ædilitio edict. ley Si fundas, ff. de eviction. ley Si prius, §. Placuit, ff. de Aqua pluv. arcend. y cap Cæter. de Donat. (2) Alex. cons. 26. lib. 4. Aretin. consil. 6. col. penult. Greg. Lop. en la ley 2. tit. 33. Part. 7. glos. 4. (3) Ley Cum quis de Peculio, §. fin. ff. ad leg. Falcid. Gom. en la 29. de Toro n. 28. al fin. (4) Ley Scio, ff. de In integrum restit. ley 1. §§. 8 y 9. y ley 4. al fin, de Ædilitio edict. y ley 60. al fin, ff. de Re judicat. (5) Angul. en la ley 10 tit. 6. lib. 5 glos. 5 n. 1. Cast. en la 26. de Toro n. 2. Gom. en la 29. n. 30. vers. Tertio in quantum.

bitable que el valor de la finca se tendria por tercio, ó parte de él; al modo que si por su alma hubiera dexado el quinto; y debiendo observarse en el todo su voluntad, si se puede, sin infringir la ley, se debe entender por eso ser tercio, y no quinto (1). Lo III, porque en duda siempre se presume que todos quieren, y procuran gravarse, y dar lo ménos que pueden, y que hacen lo que qualquiera prudente y diligente haria: es así, que si la donacion de la finca se entendiese del quinto, se quitaba á sí próprio la facultad de testar libremente del íntegro, lo qual no es creible quisiese: luego se debe entender del tercio. Y lo IV, porque la disposicion, y contrato dudosos se han de interpretar segun lo que es mas verosímil quisieron el testador, y contrayente, y es mas acto para que su voluntad tenga efecto (2), y conciliarse con las leyes en todo lo que no se oponga. Por cuyas razones se ha de entender y computar en el tercio; y si sobrase algo en el quinto, ya lo dexe por su alma, ó á extraño, ó disponga de él a su arbitrio en otras cosas.

42 El padre que hace donacion, y tradicion de la finca al hijo para casarse, si muere ántes que su padre, sin dexar hijos, y en vida la vendió y entregó al comprador, ¿los coherederos podrán reivindicarla de éste en la parte en que su valor excedió á la legítima y mejora? Parece que sí, segun afirma *Ayora* (3), fundandose en que se entiende mejorado con la condicion de que sobreviva á su padre, porque miéntras vive, ni hay herencia, ni puede tener heredero de hecho (4), ni hasta que muera se le debe la legítima (5).

43 Á los fundamentos de esta opinion se responde lo I, que aunque el padre miéntras vive, no puede tener heredero, esto se entiende siendo extraño, mas no siendo hijo, porque éste se llama heredero de su padre en vida (6), y quasi dueño de sus bienes (7). Lo II, que no obstante no debérsele la le-

(1) Ley Et magis, ff. de Solution. y ley Nemo is 75. ff. de Legat. 3. (2) Leyes Quotiens 20. In obscuris 114. §. Ita, quæ 192. ff. de Regul. jur. y 1. y Cum in testam. 23. ff. de Reb. dub. Ayor. part. 2. quæst. 4. Palac. Rub. in cap. Per vestros, §. 22. col. 3. n. 13. (3) Part. 2. quæst. 3.

(4) Ley Qui superstitis 93. ff. de Acquirend. hæredit. (5) Ley 1. §. Si impubes, ff. de Collat. bonor. Authent. Novissima, y Authent. Ubique, et si parens, Cod. de Inoffic. testam. (6) DD. in leg. Gallus, §. Et ita si prætor, n. 2. ff. de Liber. et posthum. Socin. in leg. Si filius qui patri, n. 16. ff. de Vulgar. et pupillar. substitut. (7) Ley 21. tit. 3. Part. 6. ley In suis,

gítima, ni poder ser compelido el padre á entregársela, puede pagársela en vida, previniendo el tiempo de su muerte (1); y quando le dá algo por cuenta de ella, se dice mas bien que le anticipa, ó paga ántes de tiempo, que no que le dona, y por lo mismo vale (2), pues el hijo se titula acreedor á ella en vida de su padre (3). Lo III, que la donacion hecha al hijo, estando baxo de la patria potestad, se confirma con la muerte del padre, si no la revoca (4): y sin embargo de que por derecho comun no se le podia hacer (5), pero si en compensacion de su legítima, y valia (6). Y lo IV, que al modo que la donacion hecha á la hija por causa de dote, es valida (7), y ésta se dá en parte de legítima, y sucede en su lugar (8); del mismo modo la donacion por causa del matrimonio con cierta persona sucede en lugar de la *propter nuptias*, y así vale, y no se puede revocar (9), pues corre parejas con la dote, por lo que el padre puede ser compelido á hacerla á su hijo (10).

44 De lo expuesto se sigue que el hijo se constituyó verdadero dueño de la finca, y legítima por la causa porque se la dió, y por su tradicion, y que como tal pudo haberla enagenado, pues cada uno es dueño de disponer de lo suyo á su arbítrio (11); y una vez enagenado legítimamente, no se puede retractar; aunque despues llegue el caso, y se advierta que si antes de hacerlo hubiera sucedido, impedíria que se perfeccionase la venta (12). Á mas de que por el hecho de donarla el padre á su hijo, es visto haber consentido en su ena-

ff. de Liber. et posthum. (1) Dueñas reg. 222. n. 5. Acev. en la ley 1. numer 31. tit. 5. lib. 5. Rec. Morq. ech. de Divis. lib. 3. cap. 3. n. 7.

(2) Ley Sed si vir, §. Quod vir, ff. de Donat. inter vir. et uxor.

(3) Ley Et quia, ff. Pro socio, ley Si quis legatum 2. fin, ff. de Fals. y ley ultim. §. Sin autem, Cod. de Curator. furios. (4) Ley Cum de Bonis, y ley Quæ emancip. Cod. de Donat. y ley Donationibus in concubina, §. Si pater, ff. eod. tit. (5) Ley Donat. otras parentes, Cod. de Donat. inter vir. et uxor. (6) Angel. in leg. Si non omnis, ff. de Inofficios. testam. Jason, in leg. Frater à fratre, vers. Secundo limita, ff. de Condition. indebit. (7) Ley Pomponius Fundelobus, ff. Familiæ erciscund. (8) Ley Quoniam novela, Cod. de Inofficios. testam. (9) Ley 3. tit. 15. Part. 6. ley 17. de Toro, y en ella Tello n. 28. Angel. de Malor. in leg. 9. glos. 4. n. 5. Avor. part 2. quæst 18. (10) Ley fin. Cod. de Dotis promissio. ley 3. cit. y ley Jubemus, Cod. ad Senatus cons. Velleian. (11) Ley In re mandata, Cod. Mandati. (12) Ley Sancimus, Cod. de Administ. tutor. ley In ambigüis 85. §. Non est novum, ff. de Reg. jur.

genacion, como sucede en los bienes profecticios, quando le concede su administracion (1).

45 Si el padre ó la madre estando poseyendo alguna finca con el gravámen de no enagenarla, y sí restituirla á alguno de sus hijos despues de su muerte, mejoró al uno de ellos en el tercio y quinto de sus bienes, y falleció sin hacer la restitucion, ni mencion de la finca, parece que el mejorado llevará en ella la parte correspondiente á la mejora, y que por consiguiente no solo se deducirá ésta del valor de los demás bienes del mejorante, sino tambien del de la finca. Pero lo contrario es lo cierto, y así no llevará el hijo mejorado como tal parte alguna de él, por no ser própio del mejorante, ántes bien lo tendrá y poseerá igualmente con todos sus hermanos como acreedores á él, mediante no haberlo restituido á ninguno, pues por esta omision y silencio es visto haber querido restituirlo á todos; por lo que la mejora se deducirá únicamente de los demás bienes que el mejorante haya dexado como suyos, porque en ellos le pudo mejorar, pues el gravado á restituir indistintamente á alguno de una familia, puede hacer la restitucion á dos, ó mas de la própia familia (2).

46 Como regularmente quando hay mejora de tercio y quinto entre los descendientes legítimos del testador, se nombra primero el tercio que el quinto, suelen dudar algunos quál se ha de deducir ántes del cuerpo de su caudal líquido y efectivo. Y parece que segun el órden de las palabras de la disposicion, y comun estilo de hablar, se debe baxar el tercio. Pero lo contrario es lo cierto, no interviniendo tradicion, ó posesion de los bienes de la mejora; y así el quinto dexado en un mismo testamento ó contrato, se debe deducir ante todas cosas del cuerpo de la efectiva herencia por favor del alma del mejorante, para que sea de mayor valor, y por las demás razones expuestas en el cap. 1. de mi primera parte, numer. 124 no habiendo fuero ó costumbre contraria; lo qual está dispuesto por la ley 214. del estilo, que declarando la 9. tit. 5. lib. 3. del Fuero Real, dice en su segunda parte: *Y es*

(1) Ley 1. §. Adipiscimur, ff. de Acquirend. posses. ley Quod servus al *fin*. ff. de Solut. Morquech. lib. y cap. 3. dichos, ex n. 15. hasta el fin.

(2) Ley Pater filium, et ibi DD. ff. ad leg. Falc. ley Unum ex familia, §. Si duos, ff. de Legat. 2. et ibi Paul. Ayor. part. 2. quæst. 27.

á saber sobre esta quinta parte, y sobre esta tercia parte, quando no hay otro fuero, ni costumbre que sea contra ley, que sacan primero por razon del alma é quinto de quanto oviere, y mandarlo há á quien quisiere, y de todo lo al que finca, mejorará alguno de sus hijos, y mandarle há el tercio, y así se usa esta ley. y se observa regularmente en estos Reynos de Castilla. Lo qual procede, aunque el contrato sea irrevocable, porque por la mera irrevocacion adquirió únicamente derecho el mejorado á no poderlo ya dexar de serlo, mas no á que el tercio se deduzca primero que el quinto; y así su importe como existente entre los bienes del mejorante se contempla donado por última voluntad confirmada con su muerte. Y el modo de girar la cuenta, es hacer cuerpo de todo el caudal del difunto, deducir de él todas las deudas, pues hasta que se deducen no hay herencia; sacar luego de lo líquido la quinta parte, y del residuo despues de sacada ésta baxar el tercio, y el resto (baxados ámbos) dividirlo en tantas partes iguales, quantos son los herederos, incluso el mejorado, ó mejorados, si tambien lo son, pues no siéndolo, (v. gr. por ser nietos que no entran á heredar, á causa de estar vivos su padre ó madre) se dividirá entre los instituidos por tales (1). Pero es de advertir al contador, que quando el testador dexa á su favor deudas cobrables, dudosas y fallidas, ó de qualquiera de estas clases y bienes fructíferos é infructíferos, y mejora indistintamente en el tercio de todos los suyos, ó en el quinto, ó en ámbos á alguno ó algunos de sus herederos, debe sacar mejora, hacer prorratéo, y liquidacion de cada una de estas especies, de modo, que cada interesado lleve en ellas lo que le corresponda, y aplicarle proporcionalmente su parte segun la voluntad del testador, y de esta suerte procederá con justificacion, y ninguno será perjudicado.

47 Lo mismo que queda sentado debe practicarse quando la mejora se hace en un instrumento, procede quando se constituye en dos, v. gr. parte en testamento ó contrato, y parte en codicilo, ya sean uno solo, ó dos, ó mas los descendientes mejorados en ellos, pues de qualesquiera suerte se ha de deducir primero el quinto. Bien que si es uno solo el mejora-

(1) Gom. y Cast. en la ley 17. de Toro n. 2. Rodrig. Suar in Repetit. leg. Quoniam in prioribus, Cod. de Inoffic. testam. tol. 88. col. 4. vers. Modus practicandi. Angul. de Melior. en la ley 10. tit. 6. lib. 5. glos. 5. n. 2

do en ámbos, lo propio es sacar este ántes ó despues que aquel, como el arismético lo puede ver demostrado, haciendo la cuenta; v. gr. asciende el crudo líquido partible á quince, si se saca primero el quinto, importa tres, y quedan doce, de los quales el tercio son quatro, por lo que por tercio y quinto baxan lo primero éste, le tocan siete. Y si se baxa ántes el tercio, serán cinco, y quedan diez, de los quales el quinto son dos: y así le tocan los mismos siete, porque cinco, y dos los componen, al modo que tres y quatro.

45 Se limita lo dicho en el n. 46. quando el mejorante manda que el tercio se deduzca ántes que el quinto, si son dos los mejorados, ó aunque sea uno solo: ó dispone á favor de uno de sus descendientes del tercio, y á favor de otro ó de extraño, ó por su alma del quinto, pues entonces se observará su precepto: lo uno, porque la prévia deduccion del quinto se ha establecido á su favor, para que tenga mas de que disponer por su alma, ó en lo que quisiere, por lo que puede renunciar este beneficio á favor del mejorado en el tercio. Y lo otro, porque las leyes le permiten mejorar al hijo, ó descendiente en el de todos sus bienes; y así puede usar de su literal, y ordinal permision, y mandar que se deduzca primero que el quinto (1), por no estarle prohibido, ántes sí permitido renunciar lo que en su privativo beneficio está establecido (2).

46 Se limita tambien quando por contrato en sanidad irrevocable, ó por causa onerosa, v. gr. casamiento, hizo mejora del tercio á favor de un descendiente legítimo con entrega de los bienes, ó de su posesion verdadera ó ficta, y por última voluntad del quinto á favor de otro, ó de un extraño, ó dispuso de éste en otros fines: y quando se pactó (como se puede, y valdrá) entre las partes que la donacion surtiese su efecto antes de la muerte del donante: pues en estos casos se deducirá primero el tercio, y disminuirá el quinto; y la razon es, porque mucho ántes que el legatario de éste adquiriese derecho á él, ya el mejorado en el tercio lo tenia adquirido á su importe en el de todos los bienes del mejorante: por cuya razon careció de potestad para legar quinto de parte del tercio,

(1) Cifuentes en la ley 25. de Toro al fin. (2) Ley Si quis in conscribendo 29. Cod. de Pact.

que tocaba íntegramente al mejorado en el, sino quedando siempre salvo en el total de sus bienes; y así para efecto de deducirse se ha de considerar deuda contra el caudal del mejorante, ó donante. Lo qual se entiende, aunque el instrumento revocable en que se donó, ó legó el quinto, se otorgue ántes que el irrevocable del tercio, porque éste inmediatamente surtió su efecto, y aquel no, hasta que se confirmó con la muerte del otorgante, desde la qual empieza á tener vigor, por no poderlo revocar ya; ni tampoco poderse retrotraer, á causa de faltar los extremos hábiles que en el donatario se requieren al principio y fin; al principio, por la qualidad del instrumento, y falta de tradicion de lo donado: y al fin, por el obstáculo de la donacion irrevocable, que precedió á la revocable, y prestó título, y dominio al mejorado en el tercio ántes que el del quinto principiase á tenerlo (1).

50 Pero para hacer la deduccion del tercio íntegro, ó de la parte que de él señale el testador al mejorado, se ha de tener consideracion á lo que valen sus bienes quando muere, y no á lo que valian quando hizo la mejora (2); y la razon es, porque el tercio es legítima, y el valor de esta se atiende al tiempo de la muerte, y no en vida (3); por lo que si quando el testador la hizo, tenia pocos bienes, y al tiempo que fallece, tiene muchos, se deducirá, y pagará el tercio al mejorado del importe de estos; y si por el contrario tiene pocos, percibirá ménos, aunque entonces tuviese muchos, pues no hay eleccion de tiempos, ya se haya entregado en vida el todo, ó parte de la mejora al mejorado: ó nada: y solo en el caso de tradicion se unirá su importe al cúmulo del caudal partible, y hecho todo un cuerpo, se deducirá de ello la mejora, y verá si cabe ó no, ó tiene mas que haber en cuenta de ella. De lo qual trataré con toda extension, y claridad en el cap. sig. §. 4. n. 135. con motivo de la colacion.

51 Lo própio milita en qualquiera donacion de cosa, ó

(1) Angul. en la ley 9. tit. 6. lib. 5. glos. 2. n. 3. y en la ley 10. glos. 1. n. 7. y 8. Cifuent. en la 17. de Toro al fin. Escobar, de Reditib. cognit. 1. n. 2. al 6. (2) Ley 23. de Toro, que es la 7. tit. 6. lib. 5. N. R. hoc.

(3) Ley Cum quaritur 6. y ley Omnimodo 30. C. de inoff. test. y ley Papin. §. Quarta autem, ff. eod. tit. Gom. y Cirone 2. de [illegible] Cast. en la 19. n. 6. y 7. Covar. in c. Quamvis pactum part. 3. §. 1. n. 2.

cantidad hecha simplemente á un hijo, ó descendiente, pues tiene fuerza de mejora, y el donatario se entiende mejorado en ella segun la ley 26. de Toro, ya sea válida quando se hace, ó inválida hasta que con la muerte del donante se confirme (1), no mandando éste al tiempo de su constitucion que la colacione, pues si lo manda entonces, siendo irrevocable, ó despues, si es revocable, no hay mejora, ántes bien se deberá recibirla en cuenta de legítima.

52 Mejorando el padre por última disposicion á un hijo, ó descendiente legítimo en el tercio de sus bienes, y no disponiendo del quinto, ¿qual de los dos se ha de baxar primero, y cómo se ha de hacer la deduccion en caso que los gastos del funeral, misas, entierro y legados no solo quepan en el quinto, sino que sobre algo de éste despues de deducidos? V. gr. dexa el padre 15@. ducados, y los gastos, y legados referidos importan 1@. Parece que segun la ley de estilo, que en estos Reynos de Castilla está en observancia, se debe baxar primero el quinto, que son 3@. y de los 12@. restantes sacarse el tercio, que importa 4@. y aplicarlo al mejorado en él: y luego dividir los 2@. que sobran del quinto, (baxados los 1@. importe de los legados, gastos funerarios y misas) y el resto de la herencia entre todos los herederos igualmente, incluso el mejorado.

53 Pero con este modo de deduccion sale perjudicado gravemente el mejorado: y así primero se ha de sacar en dicho caso el tercio del remanente del quinto para él: que son 666. ducados, siete reales, y un tercio de otro, y luego de los 12@. baxar tambien, y aplicarle los 4@. del tercio: y unidos el resto de ellos (que son 8@.) y el del quinto (que asciende á 1@333. ducados, tres reales, y dos tercios) dividirlos igualmente entre todos los herederos, incluso el mejorado. Y la razon es, porque el testador por el hecho de haber mejorado á su hijo en el tercio de todos sus bienes; ser únicamente suyos próprios, y de libre disposicion los del quinto; y no haber dispuesto de este como podia, es visto haber querido de él llevase el tercio al modo que de los demás bienes, que son legítima de sus hijos, pues de lo contrario nada de lo suyo se le

(1) Gom. y Cifuent. en dicha ley 23. de Toro Tello en ella n. 15.

dexaba, sino solamente de lo que era legítima, ni se cumplia su voluntad, la qual no fué mejorarle únicamente en el tercio de los bienes que dexaba, baxado el quinto, sino tambien en el de los suyos privativos, que son el residuo de este (1).

54 Si el padre, ó la madre mejoró en última voluntad á un descendiente legítimo en el tercio de sus bienes: mandó que de él pagase los gastos de su funeral, misas, entierro, y legados; y en ninguna manera dispuso del quinto, deberá satisfacerlo todo del tercio hasta en lo que alcance el quinto, y no mas; y en el exceso de uno á otro se entenderá únicamente mejorado, porque el testador no está obligado á dexarle el tercio íntegro, ni á mejorarle en cosa alguna, y sí solo á no perjudicarle en su legítima en la que no le grava; por lo que en verificándose no serlo, no se ha de atender á las palabras de su intencion, sino á esta, al espíritu de la ley, y á que esta no se infrinja (2).

55 Lo mismo debe practicarse quando el padre mejoró en el tercio de sus bienes á un descendiente suyo, y á otro en el quinto, y mandó que el mejorado en el tercio satisfaciese, y no el del quinto los gastos de su entierro, y demás referidos: ó que para ellos entregase á este la mitad del tercio; pues deberá satisfacerlos hasta en lo que alcance el quinto íntegro de los bienes del mejorante, y no mas, y no el otro, y se entenderá que mejoró, ó distribuyó el tercio entre los dos, dexando de este mayor porcion al del quinto que á él (3). Y la cuenta se hará de esta suerte: v. gr. asciende toda la herencia líquida partible á 20@. reales, cuyo quinto son 4@. y el tercio, baxados estos, importa $5@333\frac{1}{3}$: en este caso deberá expender hasta en los 4@. de los $5@333\frac{1}{3}$. del tercio, y no mas, aunque importen mas los legados, y gastos expresados, y en los $1@333\frac{1}{3}$ restantes se entenderá mejorado, que juntos con los 4@ del quinto, componen los $5@333\frac{1}{3}$. del total tercio de la herencia, y así no se grava la legítima en cosa alguna. Advirtiendo, que si le manda entregar al del quinto la mitad del tercio, y esta mitad no alcanza para los gastos, y demás que hubiere

(1) Ayor. de Partit. part. 2. q. 5. n. 10. (2) Tell. en la ley 28. de Toro col. 1. y en la 30. n. 2. Ayor. part. 2 q. 10. Matienz. en la 13. tit. 6. lib. 5. glos. fin. (3) Ayor. ibi q. 11. Tello ibi.

dispuesto, deberá suplirlo el del quinto hasta en lo que falte para completar la quinta parte de los bienes del testador, y no mas, incluyendo lo entregado por el mejorado en el tercio, y se conceptuará mejorado en el residuo, como en parte de tercio.

§. I I.

Si los ascendientes podrán ó no revocar hasta su muerte la mejora hecha á sus descendientes legítimos, y se entenderá, ó no revocada, aunque no la revoquen.

56 No porque los hijos y descendientes legítimos sean mejorados en contrato, ó última voluntad, se constituyen al instante dueños de los bienes de la mejora ó donacion, de tal suerte que sea irrevocable: ántes al contrario sus padres, ó ascendientes pueden revocar hasta su muerte la del tercio, que hicieron á su favor en testamento, ó en otra última voluntad, ó por contrato en sanidad, ya estén en su poder, ó fuera de él, como en su primera parte lo dice la ley 17. de Toro, que es la 1. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec.: *Quando el padre ó la madre mejoráre á alguno de sus fijos, ó descendientes legítimos en el tercio de sus bienes en testamento, ó en otra postrimera voluntad, ó por otro algun contrato entre vivos, ora el hijo esté en poder del padre que fizo la dicha mejoría, ó no fasta la hora de la muerte, la pueda revocar quando quisiere*:: Lo qual se entiende, aunque les entreguen la posesion de los bienes en la mejora contenidos, si la hicieron en testamento, ó en otra última voluntad: y mucho mas si hacen mencion de esta, porque la tradicion como accesoria á la disposicion en que se hace, sigue su naturaleza (1).

57 El que afirma la revocacion, debe probarla (2), porque como no se contempla mudada la voluntad del que hizo la mejora (3), no se presume en duda haber revocado esta (4); por lo que si el padre mejoró en su testamento á un hijo, ó

(1) Gom. en la ley 17. de Toro n. fin. Mat. en la 1. tit. 6. lib. 5. Rec. glos. 4. n. 26. y 27. (2) Ley Si quis ita 3. §. Si duobus Titiis 7. ff. de Admimd. legat. y ley Fideicom. 11. §. Si rem suam 12 ff de Legat. 3.

(3) Ley Eum, qui 22. ff. de Probat. cap. Licet, de Procurat. in 6

(4) Alex. consil. 169. n. 5. lib. 5. Hieron. Gabriel cons. 105. n. 4. lib. 1.

descendiente legítimo en el tercio de sus bienes, ó en el tercio y quinto, y despues en codicilo á otro, no se entiende haber revocado la mejora en el codicilo, y por consiguiente ser excluido de su percibo el primero, y que el segundo solo ha de llevarla, miéntras no lo exprese: ántes bien concurrirán ámbos igualmente á su goce, como si á un própio tiempo, y en una cláusula fueran mejorados; al modo que se debe hacer en el legado del fundo hecho en estos términos (1).

58 Lo mismo con superior razon procede, si en el própio testamento, ó en otro acto incontinenti celebrado hiciere el padre mejora, ó prelegado á dos hijos con separacion: pues aunque no se niega que puede mudar su voluntad, y revocarlo (2), no se presume haberlo hecho, miéntras no lo diga (3), porque el amor de él para con sus hijos es igual regularmente (4), y no es creible que sin motivo se quisiese corregir y retratar al instante de lo que acababa de practicar (5).

59 Si el padre mejora á un hijo suyo en cierta suma, que tiene en parte determinada, v. gr. en un cofre, y con ella compra despues una finca, y la vende, se contempla revocada la mejora, porque ya no existe el dinero, ni lo que con él se compró y subrogó en su lugar (6). Pero si la finca permanece en su poder al tiempo que muere, no se presume revocada, y así llevará el hijo la finca (7), porque no está consumido lo que se halla empleado en el cuerpo del patrimonio (8). Y lo própio milita siendo legado.

60 Si el padre mejora á un hijo en el tercio, ó en él, y en el quinto, y por parte de su importe le consigna los créditos que tiene contra ciertos deudores, y despues de hecha la mejora, cobra, y deposita su importe, ó con él compra alguna finca, ú otra cosa, no se entiende revocada la mejora en esta parte, ántes bien el dinero depositado, ó la finca con él

(1) Ley Cohæredi, §. Cohæres, & ibi glos. Aretin. in leg. Si pluribus eadem res. 33 n. 9. ff. de Legat. 1. & ibi Jason n. 3. & in leg. Plane 34. §. Si conjunctim 9. n. 8. ff. eod. tit. (2) §. Transferri, Instit. de Adempt. legat. (3) Ley Ad ea, ff. de Condit. & demonstr. (4) Ley Isti quidem 8. ff. Quod metus causa, y ley final, Cod. de Curator. furios. & ibi glos.

(5) Alex. consil. 47. n. 18. vol. 1. Corn. consil. 308. vol. 1. Mat. de Conject. ultim. volunt. lib. 12. tit. 1. n. 2 Masc. de Probat. vol. 3. concl. 128. n. 13. y 14. (6) Ley Pater 23. de Adimend. legat. (7) Menoch. cons. 144. n. 34. vol. 2. (8) Leyes Imperat. 70. §. fin. Sed quod 71. y Idem servandum 72. ff. de Legat. 2.

comprada, y existente en su poder al tiempo de su muerte, se subroga en lugar de los créditos: y así la llevará el mejorado, pues lo mismo procede en el legado (1).

61 Mejorando el padre á un hijo suyo en testamento, si despues en codicilo le lega una finca, y manda que se contente con esta, se presume revocada la mejora: y así por razon de mejorado no llevará mas que la finca, ya equivalga, ó no su valor al de la mejora (2). Pero si en el mismo testamento le hiciere legado de la finca, no se juzgará revocada la mejora, pues no se presume que incontinenti mudó de parecer, ántes sí que le legó la finca señalándola por parte de ella (3).

62 Y si despues de haberle mejorado, ó legado la finca en testamento, la hipotecó á cierta cantidad que sobre ella impuso, no se contempla por este empeño revocada la mejora ó legado: y así el heredero debe pagar el empeño, y entregar la finca al legatario ó mejorado (4). Lo qual se entiende, excepto que esté empeñado en tanta cantidad, que no pueda haber esperanza de satisfacerla, pues entónces se contempla revocada porque se juzga vendida, por ella: y así á nada mas está obligado (5).

63 Se presume revocada la mejora ó legado que el padre hace á su hijo, quando despues de hecho enagena voluntariamente, ó dona la cosa que le prelegó (6). Lo qual se entiende, aunque la enagenacion sea inútil (7); mas no por la promesa de venderla, ni por arrendarla por tiempo largo (8). Pero si tiene necesidad de hacer la enagenacion, ya sea urgencia própia, ó por otra causa onerosa, no se revocará (9), pues en duda se presume haberla tenido, á ménos que se pruebe lo contrario (10). Bien que si dona la cosa prelegada, se contempla

(1) Dicha ley Pater, ff. de Adimend. legat. y ley Filiæ suæ 28. §. Artia uxor, ff. de Conditionib. & demonstr. Masc. concl. 1281. n. 89. y 132. Menoch. consil. 254. n. 3. lib. 3. Alex. cons. 169. n. 4. lib. 6. Marq. de Divis. lib. 4. c. 4. n. 36. (2) Ley Peto 69. ff. de Legat. 2. (3) Paul. cons. 106. vol. 1. Corn. cons. 308. n. 1. vol. 4. Decio consil. 7. n. 21. vol. 2. (4) Ley 3. Cod. de Legat. y ley 40. al medio tit. 9. Part. 6. (5) Ley Legata al fin, ff. de Supellectili legat. glos. (6) Leyes 17. y 40. tit. 9. Part. 6. Ley Rem legatam, ff. de Adimend. legat. dicha ley Fideicom. y §. Si rem suam, & ibi glos. & DD. ff. de Legat. 3. (7) Ley Legatum, § 1. y ley Et si transferam, ff. de Adim. legat. Covar. de Testam. part. 2. n. 21. y part. 3. n. 19. (8) Alex. cons. 136. n. 3. y cons. 188. al fin. lib. 6. Menoch. præs. 167. n. 45. y 93. lib. 5. (9) Dichas leyes, & ibi glos. & DD. (10) Ley 40. al

haberlo hecho con ánimo de revocar la mejora, ó legado (1).

64 Para mas clara inteligencia de lo expuesto en el número precedente, debo sentar, que la revocacion se puede hacer de dos modos: El I, *por palabras expresas* y entónces no hay duda que es válida por la ley, pues para ello concede facultad al donante ó mejorante; y respecto usar de esta, cesa la donacion ó mejora. El II modo es de *hecho*, que es por la enagenacion, en cuyo caso cesa tambien; porque si por las palabras se revoca, con superior razon por la enagenacion de la cosa donada, por ser mas poderosa la enagenacion, que consiste en hecho, que la que consiste en meras palabras (2). Á mas de que las donaciones entre padre é hijo, y entre marido y muger, se equiparan (3): es así que la hecha á la muger se entiende revocada, no solo por la enagenacion, sino por el empeño ó hipoteca (4): luego tambien la hecha por el padre á su hijo; pues por el hecho de enagenar la cosa legada, se manifiesta que se arrepintió, y por eso la enagenó (5).

65 Debo sentar igualmente que la mejora se puede constituir de tres modos: El I, por nombramiento de qüota cierta, v. g. en el tercio generalmente, en cuyo caso se entiende revocada por la enagenacion de la misma qüota, porque dispone de aquello que podia revocar (6). Y no solo se induce la revocacion quando enagena el todo íntegro de la qüota, sino quando dona ó lega alguna parte de aquella qüota, pues respecto de esta parte donada se induce la revocacion de la misma parte, porque es diminucion de la qüota (7).

69 Pero es de advertir que por la enagenacion en contrato en todo caso oneroso no se induce la revocacion, quando la enagenacion fué de cosas particulares de la qüota, y en ésta fué hecha la mejora, sino quando fué de la misma qüota, ó de parte de ella; pues pudiendo hacerse la venta de la tercera parte, ó

fin. tit. 9. Part. 6. Tello en la 17. de Toro n. 122. Gom. lib. 1. Var. c. 12. n. 56.

(1) Dichas leyes 17 y 40. tit. 9. Part. 6. (2) Matienz. en la ley 10. tit. 6. lib. 5. glos. penult. n. 8. (3) Ley Donationes quas parentes, Cod. de Donat. inter vir. & uxor. (4) Ley Cum hic status 32. §. Si maritus ea quæ 5. ff. de Donat. inter vir. & uxor. (5) Tello en dicha ley 17. de Toro, n. 116. al 119. Angul. en dicha ley, y glos. 1. n. 5. (6) Dicha ley Cum hic status, § Si maritus, y ley Quæsitum, §. Illud, ff. de Precario.

(7) Ley Cum quæstio, Cod. de Legat.

de qualquiera qüota, enagenándola, se dice revocada la mejora, que en la misma qüota se contiene: y aunque por la enagenacion de la cosa por título oneroso no se revoque, se disminuye, porque se debe considerar el tiempo de la muerte, por incluir en sí la condicion respectiva á los bienes que entónces tenga; y en las disposiciones condicionales relativas á la muerte no se induce la revocacion por la enagenacion, y sí solamente la diminucion (1).

67 El II modo es en cosa cierta, de cuyo valor se induce si es mejora ó no. En cuyo caso se revoca la donacion por su enagenacion, á la manera que en el legado; pero con la distincion, que si esta fué voluntaria, se entiende revocada, y si fué necesaria, no, quando se hizo por título oneroso, v. g. venta (2). De suerte que enagenándose por título oneroso, se presume en duda haber intervenido necesidad, mientras no se pruebe lo contrario (3). Pero si la enagenacion fué hecha por título lucrativo, se entiende revocada, aunque el mismo testador vuelva despues á comprarla (4). En quanto á si para entenderse necesaria ó voluntaria, es preciso intervenga tradicion de la cosa, y recepcion de su precio, ó no, por consiguiente si se induce la revocacion, hay variedad de opiniones (5), y especifican cinco casos acerca de esto.

68 Y el III modo con que se puede constituir la mejora, es generalmente en una qüota, v. g. tercio ó quinto, señalándola el testador en cosa cierta. En cuyo caso si ésta se enagena, ¿se entenderá revocada la mejora? Algunos (6) dicen que si la enagenacion fué voluntaria, se revoca: si fue necesaria, no: y si fué por título lucrativo, se revoca indistintamente, ya sea necesaria, ó voluntaria. Pero la verdad es que la asignacion no es de la substancia de la donacion, sino demostracion de la cosa en que se ha de executar, ó tener efecto: y así aunque perezca ó se enagene, no se revoca la donacion,

(1) Ley Stichus, qui meus erit, ff. de Legat. 1. ley Scribit Quintus, §. fin. ff. de Aur. argent. legat. Tello ibi n. 121. Matienz. en dicha ley 10. glos. penult. n. 5. tit. 6. lib. 5. (2) Ley Rem legatam, ff. de Adimend. leg. y ley Fideicom. y §. Si rem cit. ff de Legat. 3. (3) Ley 40. tit. 9 Part. 6. al fin. Gom lib. 1. Var. cap. 12. n. 56. vers Et idem disponit tex. Butricar.

(4) Ley Rem legatam, y ley Cum servus, ff. de Adimend. legat.

(5) Tello ley 17. de Toro n. 122. al 126. Mat. ley 10. tit. 6. lib. 5. glos. penult. (6) Gom. y Cifuent. en la ley 19. de Toro n. 5.

porque permanece la substancia del legado, no obstante que falte el modo de recuperarlo, y executar la disposicion en que se hizo (1).

69 Si lega el padre á un hijo la finca ó alhaja que tenia legada á otro, no se revoca todo el legado, y solo se disminuirá aquella parte, y tanto ménos llevará el mejorado (2). Y si despues dona á otro hijo el tercio y quinto, se entiende baxado de éstos la finca ó cosa legada, pues de lo contrario serán perjudicados los demás en el importe de esta, que es parte de su legítima, y el padre carece de potestad para disponer entre ellos de mas que de un tercio y quinto; y así el hijo, á quien legó la finca, la llevará integro, y el mejorado en tercio, y quinto el residuo de la mejora, considerado y deducido el valor de la finca, el importe de esta (3). Previniendo, que siempre que por la enagenacion de la cosa prelegada no se contempla revocada la mejora, se debe dar al mejorado el valor, ó estimacion de ella; y si se permutó por otra, esta, en caso que exîsta, porque se sobroga en su lugar (4).

70 De lo expuesto se infiere, que si el padre enagena voluntariamente la finca en que habia mejorado á su hijo, y despues de enagenada compra y exîste en su patrimonio al tiempo de su muerte, convalece la mejora, porque la consanguinidad, y amor paterno inducen esta presuncion; pues lo mismo procede en la cosa legada vendida voluntariamente, y redimida por el legante, aunque no se hubiese vendido con el pacto de *retrovendendo* (5).

71 Pero no milita esto entre personas, entre quienes no interviene, si se puede considerar aficion; por lo que en el hecho de venderlo sin el referido pacto, se presume quiso revocar el legado, y vendiéndolo con él, no: y así como por con-

(1) Ley Quidam testam. ff. de Legat. 2. ley Paula Challimaco, §. Julius Severus, ff. de Legat. 3. y ley Lucius, ff. de Alim. & cibar. legat. Tello ibi n. 127. (2) Leyes 1. y 2. §. Cum Titio, ff. de Adimend. legat. Corn. consil. 160. n. 18. lib. 2 Jason in leg. Plane, §. Si eadem n. 16. ff. de legat. 1. (3) Morq. de Divis bonor. lib. 3. cap. 4. n. 25. Matienz. ley 10. tit. 6. lib. 5. Rec. glos. fin. (4) Leyes 17. y 40. citadas. Dicha ley Fideicommissa, y §. Si rem, y ley Rem legatam, ff. de Adimend. §. Si rem, Institut. de Legat. (5) Ley Filiæ suæ 28. ff. de Condit. & demonstr. Tiraquel. de Privil. piæ caus. privil. 40. Nata cons. 613. Mascard. concl. 1281. n. 111. lib. 3. Menoch. præs. 167. n. 25. lib. 5.

geturas se prueba la revocacion de él, se prueba del mismo modo por ellas lo contrario (1).

72 Quando el padre mejoró algun hijo en el tercio de sus bienes para en el caso de que se casase con cierta muger, si esta fallece ántes de verificarse el matrimonio, se conceptúa revocada la mejora, porque la causa impulsiva, y final de hacérsela su padre, fué el mismo matrimonio, el qual cesando, ó no verificándose, cesa la mejora. Y lo própio milita en el legado (2).

73 Lo qual se entiende, excepto que conste haber sido hecha no solo por causa del matrimonio, sino por contemplacion del hijo, pues en este caso no se revoca la mejora, por no verificarse el matrimonio (3) y en duda mas se presume hecha por atencion al hijo que al casamiento, (al modo que el legado, que se conceptúa hecho por afecto al legatario) porque el amor del padre hácia su hijo influye, y estimúla á creer que por este lo hizo, así como el del marido hácia su muger (4).

74 Si el padre mejora alguno de sus hijos, y señala la mejora en alhaja cierta, y despues la vende y compra otra, se subrega esta en lugar de aquella. Y si lo mejora en cosas ciertas suyas própias, y además en una que es agena, con la condicion de: *Si fuere suya al tiempo de su muerte*, porque tal vez pensaba comprarla, y con efecto la compra despues, y entrega al mejorado, se entiende tocar á la mejora, y entregada como parte de esta; y si la vinculó, quedará tambien vinculada la tal alhaja comprada (5).

75 Se conceptúa revocada la mejora, ó prelegado hecho por el testador á uno de dos herederos suyos por la hecha posteriormente al otro, quando expresa que la hace porque se guarde igualmente entre ellos, y así ámbos heredarán igual-

(1) Ruin. in leg. Filiæ suæ cit. §. Titia Menoch. dicha præsumpt. 167. n. 7. y sig. Morq. dicho lib. 3. y cap. 4. n. 33. al 35 (2) Decio cons. 485. n. 7. y consil. 601. n. 1. Anchar. cons. 137. n. 2. vers. In dubio, Socin. Junior. consil. 58 n. 2. consil. 64. n. 4. lib. 3. y consil. 108. n. 5. y 6. vol. 1. (3) Menoch. consil. 156. n. 10. y sig. lib. 2. Cephal consil. 429. n. 34. y sig. lib. 3. y Ruin. consil. 38. n. 6. lib. 2. (4) Decio consil. 601. al fin. Socin. Senior. consil. 69. n. 5. lib. 1. Menoch. consil. cit. n. 9. Morquech. lib. 3. cap. 4. n. 29. al 31. (5) Ley Talem 51. §. unic. & ibi glos. vers. Palam est, ff. de Hæredib. instituend. Greg. Lop. en la ley 40. tit. 9. Part. 6. glos. unic. vers. Quid autem.

mente. Y si la hace á entrambos por una misma causa y revoca luego la del uno, expresando que hace la revocacion porque se observe igualdad entre ellos, es visto ser revocada tambien la del otro, aunque no lo diga (1).

76 Si despues de haber mejorado el padre á su hijo, intervino entre los dos grande enemistad, se presume revocada la mejora (2). Lo qual procede, aunque luego otorgue codicilo, y en él ninguna mencion haga de ellas, pues todavía se juzga revocada (3): y segun la comun, y mas verdadera opinion aun quando el mismo padre haya dado motivo para que su hijo se enemiste con él (4): excepto que despues se reconcilien, pues por la reconciliacion convalece (5) (*a*). De lo qual se deduce,

(1) Ley Alteri 25. ff. de Adimend. legat. et ibi glos. Mantic. de Conjectur. tit. 5. lib. 12. n. 30. y 39. (2) Ley Si inimicitiæ, ff. de His quæ ut indignis, y ley 3. §. fin. ff. de Adimend. leg. et ibi Bart. Gom. lib. 1. Var. c. 12. n. 56. Menoch. consil. 30. n. 17. lib. 1. (3) Ley penult. §. Seja, Bart. ff. de Adimend. legat. Aretin. consil. 93. n. 5. Mantic. de Conjectur. lib. y tit. dichos n. 2. (4) Palac. Rub. in Rub. de Donat. §. 70. n. 9. y §. 78. numer. 57. Sr. Covar. in Rubr. de Testam. part. 2. n. 10. vers. Ex præmissis, Rip. in leg. ult. n. 151. Cod. de Revocand. donation. Mantic. ubi sup. n. 9. y 14. (5) Ley 4. ff. de Adimend. legat. Gom. lib. 1. Var. cap. 12. y n. 56. dichos. Menoch. præsumpt. 170. n. 13. lib. 5.

(*a*) El Señor Gutierrez se inclina á afirmar que no debe entenderse revocada la mejora si el padre nada dixo en el codicilo, otorgado despues de la enemistad, y aun lo tiene por seguro, si el padre la motivo; el amor paterno es el que le obliga proponerlo así; y por lo mismo se dice en la nota de este num. que hace, y con justicia, mayor favor al amor paterno, que el que le hicieron el Señor Covarrubias, Palacios Rubios, citados por el autor, y otros; no se dice que acaso no pueda haber alguno que quiera contrarrestar el modo de pensar de dichos AA.; pero es necesario se presenten unos fundamentos que al entendimiento convenzan de la equivocacion con que procedieron.

A concederse, como se concede, que queda revocada la mejora por haberse suscitado una grande amistad, no puede asentirse al contrario dictamen por solo el otorgamiento del codicilo; no se ignora la diversidad del testamento al codicilo, *véase tom. 1. p. 1. cap. 1. §. 1. y 15.*, y se encontrará la diferencia de uno y otro, y el fin á que principalmente se dirigen; si para mudar, crecer ó menguar alguna cosa del testamento sirven regularmente los codicilos, á nada mas extenderan su eficacia que á lo que clara y distintamente se exprese en ellos: de consiguiente, pues nada se expresó, que ha revocada la mejora, aun quando el padre hubiese dado causa á la enemistad; si tan facilmente encuentra el hijo el remedio para obtener la mejora, ¿para qué es buscar un asilo tan poco convincente ni demostrativo de sí, otorgado el codicilo, fue el padre el que motivo la enemistad? Bien puede sobrepujar el amor paternal á los agravios causados por

que si el marido legó á su muger, y despues por su sevicia, ú otro motivo se divorcian, se revoca el legado (1).

77 Todo lo que queda explicado en órden á la mejora hecha en última voluntad, há lugar en la revocable formalizada por contrato en sanidad, porque sigue su naturaleza: y así de las donaciones, ó legados hechos á herederos extraños, que se confirman con la muerte, se debe deducir la *quarta falcidia*, porque como hasta que se verifica la muerte, no tienen validacion, es lo mismo que si se hicieran en testamento, ó en otra última voluntad (2). En quanto á de qué cosas se puede ó no deducir la *quarta falcidia*, y cómo, y quándo se ha de hacer su deduccion, lo tengo explicado con bastante extension en el cap. 1. n. 220. de la 1. parte.

78 Si el padre hace á uno de sus hijos mejora revocable del tercio y quinto de sus bienes, no teniendo mas que un hijo, si le entrega la mayor parte de estos, y luego le nacen otros hijos, se revocará esta donacion, y mejora en todo, ó parte por su supernascencia? parece que sí (3), porque aunque la donacion que se hace con consentimiento de dos, no se puede revocar sin el del donatario (4): una vez perfecta es irrevocable (5): y se rovoca no obstante el superveniente

el hijo al padre y al contrario; pero es indubitable que la enemistad seguia, mérito suficiente para la revocacion de la mejora. El remedio para que al tiempo de la muerte del padre no se entienda revocada, es la reconciliacion segun se sienta en dicho número, luego que se otorgo el testamento o codicilo, de suerte que por solo el hecho de haber muerto el padre sin estar reconciliados, merecia el hijo segun la obligacion de éste hacia aquel, no solo privársele de dicha mejora, si tambien se hizo acreedor á que expresamente quedase desheredado; en una palabra, contra un padre no hay razon, fuese quien se quiera el motivo de la enemistad; debiéndose ademas en este caso entenderse revocada por solo buscar la igualdad para con los otros hijos, pues de no ser asi se gratificaba en rigor á un ingrato, y consequentemente como que se castigaba á los que eran sumisos, obedientes y verdaderos hijos; baxo de estos antecedentes, y que si el padre hubiera querido continuase la mejora, lo habria asi manifestado, pues nada dixo, quedó revocada.

(1) Ley Uxori legavit 3. ff. de Aur. et argent. legat. Mant. ibi n. 12. Morquech. lib. 3. cap. 4. n. 37. al 42. (2) Ley In donat. 12. Cod. ad leg. Falcid. et ibi glos. et DD. ley Quod 15. §. 5. ff eod. tit. y ley Cum hic status 32. §. 1. ff. de Donat. inter vir. et uxor. (3) Ley 8. tit. 4. Part. 5. Ley Si unam, Cod. de Revoc. donat. (4) Ley Sicut initio 5. Cod. y ley In omnibus, ff. de Oblig. et action. ley Absenti, ff. Donat y ley 1. Cod. de Pact. (5) Ley Perfecta donatio, Cod. de Donat. quæ sub modo, y ley Si

nacimiento de los hijos; con superior razon, y mas facilidad se debe revocar la mejora, que con sola la voluntad del mejorante puede ser revocada como el legado (1).

79 Sin embargo de lo expuesto, y de las razones de los AA. citados es lo que en el presente caso se debe seguir, por lo que no se revocará la donacion, ó mejora por la mera supernascencia de mas hijos al mejorante, porque por ellas no son gravados en su legítima necesaria, ó rigorosa, y quando el padre la hizo, fué con el conocimiento de que podia procrealos; y así en quanto á la substancia vale desde el principio, aunque el hijo mejorado sea único; bien que entonces no puede llamarse propiamente mejora, pero esto no vicia la substancia de la donacion, y solo hace que la mejora, que al principio vale como donacion, se sostenga, y conserve como mejora por voluntad del mejorante, para en el caso de tener mas hijos. Y aunque es constante, que por el posterior nacimiento de estos al donante se revoca la donacion (2): esto es, quando la hizo á extraño, y no los tenia, pero siendo hecha á hijos, la revocan los hermanos supervenientes en quanto al aumento de su legítima solamente: quiero decir, que la parte que á estos toque de legítima, llevará de menos el mejorado, porque son mas partícipes, interesados en número á la herencia, y quantos mas, á menos les toca; pero la mejora será la misma que seria, á no haber nacido, y la donacion hecha al hijo único valdrá hasta en el tercio, quinto, y legítima, y solo en el exceso deberá restituirla, porque los hijos que luego nacen, la confirman solamente en quanto á su efecto que estaba pendiente, y se verificó por su nacimiento (3).

80 Así como los ascendientes pueden hacer revocable, y revocar hasta su muerte la mejora de tercio, y quinto que en última voluntad, ó en contrato en sanidad hicieron á sus descendientes legítimos; así tambien la pueden hacer irrevocable

vellos 6. Cod. de Revocand. donat. (1) Ley Si dura, ff. de Legat. 3. ley 3. §. fin. ff. de Adimend. legat. Rip. in leg. Si unquam, q. 19. n. 41. Socin. consil. 93. Alex. consil. 41. n. 6. vol. 1. (2) Ley 8. tit. 4. Part. 5. Leyes Si unquam. (3) Covar. lib. 1. Variar. cap. 19. Jul. Clar. lib. 4. Recept. §. Donatio, quæst. 22. Molin. de Prim. lib. 4. cap. 2. n. 8. Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 9. n. 11. 14. y 15. Castill. lib. 2. Controvers. cap. 13. n. 50. Angul. en la ley 1. tit. 6. lib. 5. glos. 13. n. 16. hasta el fin.

del tercio por contrato, como se prueba de la referida ley 17. de Toro, que en su 2. parte dice: *Salvo si hecha la dicha mejoría por contrato entre vivos, obiere entregado la posesion de la cosa, ó cosas en el dicho tercio contenidas, á la persona á quien la hiciere, ó á quien su poder obiere; ó le obiere entregado ante Escribano la Escritura dello; ó el dicho contrato se obiere hecho por causa onerosa con otro tercero, así como por via de casamiento, ó por otra cosa semejante; que en estos casos mandamos que el dicho tercio no se puede revocar, si no reservase el que lo hizo, en el mismo contrato el poder para lo revocar, ó por alguna causa, que segun leyes de nuestros Reynos las donaciones perfectas, y con derecho fechas, se pueden revocar.* De suerte que aunque el donante, ó mejorante puede (regularmente hablando) revocar la mejora, ó donacion hecha en sanidad al donatario, ó mejorado, se exceptúan quatro casos, en los quales no se le permite, antes bien se constituye irrevocable. El I, quando él mismo aposesionó *verdaderamente* al mejorado, ó á su apoderado de la cosa particular que le donó, ó en que le asignó la mejora; y si es de quota, (v. g. el tercio) de las cosas que lo componen; ó *fictamente*, que es por cláusula de *constituto*. El II, quando le entregó ante Escribano la escritura de donacion, ó mejora. El III, quando celebró el contrato con otro por causa onerosa, en cuyo caso se requieren copulativamente dos circunstancias, la una que se celebre por causa onerosa, v. g. casamiento, ú otra semejante: la otra, y que sea con tercero, que tenga, ó pretenda interés en el mismo contrato, cuyos tres casos, y notoros pone la ley inserta por excepcion de la regla general y en ellos manda que la donacion, ó mejora sea irrevocable, á menos que intervenga una de dos cosas: La 1ª, que el mejorante se haya reservado expresamente en el mismo contrato en que la hizo, el poder, y facultad de revocarla, pues entonces se constituye condicional el acto, y la reserva se estima por condicion, y es excepcion que lo modifica, y conserva vivo, é ileso al reservante el derecho que tenia, por lo que se ha de interpretar segun él; pero esta facultad de revocar la mejora por la reserva, es peculiar, y privativa del reservante, y no se transmite á sus herederos Y la 2ª, quando interviene alguna de las causas por las que pueden ser revocadas las donaciones perfectas, é irrevoca-

bles, cuyas causas especifican las leyes (1) y se reducen á la ingratitud del donatario, ó mejorado para con el mejorante: y de ellas traté en el capit. 5. de mi 1. part. n. 27. y sig. pero es de advertir que por dichas causas solo el donante puede revocar la donacion onerosa, pues tampoco se transmite á sus herederos esta facultad, excepto que él haya instaurado en vida el pleito: Y el IV caso en que la donacion, ó mejora se constituye irrevocable, (del que no habla la ley) es, quando el instrumento en que se hace, se afirma con juramento, porque éste lo vigoriza, y robustece; y no cediendo en perjuicio de tercero, ni siendo contra buenas costumbres, ni en dispendio de la salud eterna, debe ser observado el pacto, ó contrato en que se interpone; pero este juramento ha de ser *de haber por firme, y no revocar la donacion, ó mejora*, y recaer sobre la obligacion de no revocacion; pues de otra suerte, aunque se interponga, no muda, ni altera la naturaleza del contrato, que de suyo es revocable. Sobre todo lo qual, y para menuda, y radical instrucion así de esto, como de otras cosas concerniente, véanse los AA. que se citan (2).

81 Pero si mejoran á un hijo suyo en tercio, y quinto; dicen algunos que aunque le entreguen la posesion de los bienes de la mejora, pueden revocarla por respectivo al quinto, y disponer de él como si no la hubieran hecho, porque esta mejora mira á los bienes presentes, y futuros del mejorante, y se ha de considerar atendido el valor que tienen al tiempo de su muerte, segun la ley 23. de Toro; y que si valiera irrevocablemente, se haria intestable el mejorante, y resultaria que hacia donacion de todos sus bienes, la qual aunque sea solo de los presentes, está prohibida por la ley 69. de Toro: por lo que no vale eficazmente como en quanto al tercio, y por lo própio la irrevocacion, de que trata expresamente la 17. inserta, se circunscribe y limita á éste, y no se amplía á aquel, por lo que no sin motivo omitió esta ley hablar de él; y que lo mismo procede, si por causa onerosa prome-

(1) 10. tit. 4. Part. 5.: 1. tit. de las Donation. del lib. 3. del Fuero Real, y fin. Cod. de Revoc. donat. (2) Teil. Gom. y Cifuent. en la ley 17. de Toro, Angul. de Melior. en la 1. tit. 6. lib. 5. Rec. desde la glos. 8. hasta la final de ella, y á los que citan.

tió mejorar á alguno de sus hijos, pues puede disponer del quinto por su alma, ó en lo que quisiere, porque de lo contrario quedaria intestable, mas no del tercio. Otros dicen lo contrario en los casos en que el tercio no se puede revocar. Y otros conciliando las opiniones, resuelven que si la mejora del quinto es hecha por causa onerosa con tercero, no se puede revocar; y que no interviniendo causa, sí; y á ésta me inclino, excepto en lo tocante á la disposicion de su funeral, misas, y descargos de su conciencia, pues en quanto á estos concibo que en todos casos es revocable, como he sentado en el c. 1. de este libro, n. 44. al 49. El que quiera instruirse, vea los AA. que se citan (1).

82 Si el padre, y la madre, ó alguno de ellos mejoraron á un hijo en el tercio de sus bienes: le entregaron la posesion respectiva de los que tenian, y lo completaban: y despues adquirieron otros muchos, en cuyo caso se amplía á ellos esta mejora, se pregunta ¿si serán revocables respecto de los adquiridos posteriormente, de que no le entregaron, ni por falta de exîstencia en su poder pudieron entregarle la posesion; y por consiguiente si podrán revocarla? Y se responde que si la mejora fué hecha por causa onerosa de matrimonio, y no se limitó á ciertos bienes, ni miró mas que á los que entonces tenian, que á los que despues adquisiesen, ó si le entregaron la escritura de mejora, no la pueden revocar; ni tampoco si le entregaron simple, y genéricamente la posesion de esta, de tal suerte que se puede estender á los bienes futuros: v. g. *constituyéndose poseedores de ella en nombre del hijo*; porque siendo, como es propio de la naturaleza de la mejora, el que se amplie á éstos, surte el mismo efecto la cláusula de *constituto*, y se estiende á los adquiridos despues, ya el mejorante diga expresamente: *Que se constituye poseedor de la mejora por los presentes, y futuros*; ó ya la

(1) Gom. en la ley 17. de Toro n. 10. y en la 22. n. 12. y 26. Snar. en la Quoniam in privilegiis cerca del fin, § Non quæritur, n. 5. vers. Præterea in casu, Greg. Lop. en la 3. tit. 4. Part. 5. glos. 1. Matienz. en la 1. tit. 6. lib. 5. Rec. glos. 4. n. 12. y 22. Acev. en ella n. 18. Gutierr. lib. 2. Pract. quæst. 50. Morq. lib. 3. cap. 6. ex n. 72. Ayor. part. 2. q. 14. y 16. Cast. en la 22. de Toro n. 17. Palac. Rub. en ella, vers. Sed pulchra Avend. en la 17. cit. glos. 3. Tello en ella ex n. 7. Angul. de Meliorat. in leg. 3. glos. 3. en n. 7. Cast. lib. 4. Controv. cap. 16 ex n. 1. al 33.

haya hecho simplemente, y solo diga: *Que se constituye poseedor en nombre de su hijo*, pues en ámbos casos versa la misma regla, y razon (1).

83 Y si le entregaron la posesion de la mejora, limitada solamente á los bienes presentes, y despues adquirió otros, en los quales se juzga mejorado el hijo, parece que en quanto á éstos será revocable por la limitacion expresa de tradicion de posesion á los presentes. Pero no obstante, de ningun modo se puede revocar, porque por lo mismo que es perfecta, é irrevocable respecto de los bienes presentes, lo es tambien respecto de los futuros, y se amplía á éstos (2).

84 Si el padre ha mejorado en testamento, donacion, por causa de muerte, ó en otra última voluntad á un hijo; y despues le entregó los bienes de la mejora, sin hacer conmemoracion ó mencion de ella, ni del instrumento en que se hizo, se eleva por la tradicion á la esfera de donacion en sanidad, y se constituye irrevocable; pero si hizo conmemoracion de ella y del instrumento, se puede revocar; y tambien aunque no la haga, si al instante que lo otorgó se los entregó, porque es visto habérselos entregado en virtud, y á consequencia de él, por lo que debe seguir su naturaleza (3).

85 Si el padre ó la madre mejora á un hijo en el tercio de sus bienes, señalándoselo en cierta cosa, sin expresar mas, y ésta no equivale á su importe por ser de inferior valor, parece por una parte que se deberá suplir de los demás bienes del mejorante lo que falte para el complemento del tercio, atendido el total líquido de la herencia: y por otra, que no se suplirá, y que ántes bien el hijo se deberá contentar con la alhaja ó finca señalada; y que en quanto á lo que falte, se entenderá revocada la mejora por ser visto no haber querido mejorarle en mas que en ella; de lo que se deducirá: Lo I, que si esta alhaja perece por caso fortuito, no se ha de su-

(1) Gom. en dicha ley 17. n. 11. y 12. Greg. Lop. en la 5. tit. 13. Partid. 5. glos. fin. y en la 9 tit. 30. Part. 3. glos. fin. Tiraquel. de Const. part. 1. ampliat. 32. n. 1. Matienz. en la 2. tit. 9. lib. 5. glos. 3. n. 19. y en la 1. tit. 6. glos. 4. n. 11. (2) Gom. ibi n. 13. Molin. de Prim. lib 4 c. 2. n. 21. (3) Acev. en la ley 1. tit. 6. lib. 5. Rec. n. 28. Gom. ibi n. 22 y lib. 1. Var. cap. 12. n. 4. Matienz. en dicha ley 1. glos. 4. n. 26. y 27. Morq. lib. 3. cap. 6 ex n. 63. al 71. Covar. in Rubr. de Testam. part. 2. §. 21. Molin. dicho cap. 2. n. 19.

plir su valor de otros bienes. Lo II, que si vale mas que el tercio, no debe llevarla toda en pago de éste y del quinto, porque la voluntad del mejorante no fué mejorarle en mas que en el tercio; por lo que el exceso será en parte de legítima, y se le aplicará en este concepto. Y lo III, que si el mejorante adquirió despues mas bienes, y el valor de la alhaja equivale al del tercio de todos, la llevará íntegra en pago de éste solamente. Pero si el mejorante dixo que lo que faltase para completar el tercio, se le supliese de los demás bienes, se deberá suplir (1). Sin embargo de todo lo qual véase la distincion que hago en el cap. 1. de mi primera parte adicionada, n. 115. que es lo que se debe seguir.

86 Mejorando genérica y simplemente el padre á un hijo en contrato, ó última voluntad, sin expresar si en el tercio ó en el quinto, ni señalar la cosa ó cantidad en que quiere lo sea, y diciendo solamente: *mejoro á mi hijo fulano*, parece que se viciará, y no valdrá esta mejora por la incertidumbre de la qüota, cosa ó cantidad. Pero lo contrario es lo cierto, y así valdrá no solo en el quinto, de que el testador puede disponer á favor de quien quisiere, sino tambien en el tercio, de que se le permite testar entre sus hijos y descendientes legítimos: Lo I, porque siendo su ánimo declarado mejorar á aquel hijo; y haciéndole la mejora, es visto que quiere extenderse y referirse á todo lo que las leyes le permiten, y por la relacion á éstas se constituye cierta la disposicion, porque en ellas consta de quánto puede testar (2). Lo II, porque si el testador lega á algun tanto quanto por ley puede percibir, vale el legado aunque de cosa ó suma incierta en todo lo de que por derecho es capaz (3); y así lo próprio milita en la mejora. Lo III, porque si uno lega genérica y simplemente á otro la provision de su casa, ó su cámara, se entiende legarlo todo lo que baxo de estos nombres se comprehende, y no se vicia el legado por falta de expresion de las cosas que en ellos se incluyen, como en derecho (4) está resuelto; y por idéntica razon la misma pari-

(1) Gom. ibi n. 14. (2) Arg. leg. In asse toto, ff. de Hæredib. instit. ley Institut. tutis, ff. de Condit. instit. ley Si ita scripsero, ff. de Condit. et demostrat. y ley Certum est, ff. de Reb. credit. si certum petat.

(3) Ley Si quis in testam. suo, ff. de Legat. 2. (4) Leyes 3. y final, ff. de Fem. legat.

dad versa en la mejora. Y lo IV, porque si el padre ó la madre hace donacion simple á su hijo, aunque no diga que lo mejora, se entiende mejorado en el tercio y quinto (1); pues tanto vale la genérica disposicion en quanto al género, como la particular, ó especifica en quanto á la especie (2).

87 Aunque los padres, pudiendo, están obligados por derecho á dotar á sus hijas legítimas exîstentes en su dominio, ya sean ó no ricas (3); no obstante, en ninguna cosa pueden mejorarlas, ni prometérsela con titulo de mejora por razon de dote, ni por la de casamiento (4): ni aun quando las prometan el tercio ó quinto, se entienden mejoradas en ellos, ni en algunos de ellos tácita, ni expresamente por contrato entre vivos, como lo precepúa la ley 6. tit. 3. lib. 10. Nov. Rec. en su 2.ª parte. *Y mandamos que ninguno pueda dar, ni prometer por vía de dote, ni casamiento de su hija tercio ni quinto de sus bienes, ni se entienda ser mejorada tácita, ni expresamente por ninguna manera de contrato entre vivos, sopena que todo lo que demás de lo aquí contenido, diere y prometiere, segun dicho es, lo haya perdido y pierda*, y por consiguiente no valé el pacto que con ella haga: *de que ha de suceder igualmente con sus hermanos, ó que á ninguno ha de mejorar*; porque por virtud de este pacto y promesa se priva el padre de testar á su arbitrio, y recae en la hija la parte de mejora que podia dexar á sus hermanos, y se habia de dividir entre ellos, ó tocar á uno solo (5); y esto es defraudar indirectamente la ley prohibitiva, y ser mejorada tácitamente la hija. Lo qual se entiende, ya esté casada, ó soltera esta, y se la entregue la dote ántes de casarse, ó despues de casada por via de aumento (6): porque la que se constituye durante el matrimonio, se llama própiamente dote, sin embargo de que no haya intervenido promesa (7). Se entiende

(1) Ley 26. de Toro, que es la 10. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec. & ibi glosas. (2) Ley Centurio, y ley Lucius, ff. de Vulgar. & pupillar. substit. Gom. lib. 2. Var. cap. 11. n. 11. Aylon ibi n. 12. Gutier. lib. 2. Pract. q. 63.

(3) Ley 8. tit. 11. Part. 4. ley fin. Cod. de Dotis promis. y ley Quæ liberos, ff. de Ritu nuptiar. (4) Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 59. n. 17. y 18. Baez. de Non melior. filiab. cap. 21. n. 3. al 8. Matienz. en la ley 1. tit. 2. lib. 5. Rec. glos. 2. n. 3. (5) Acev. en la ley 6. tit. 6. lib. 5. Rec. n. 24. Gut. de Juram. confirm. part. 1. cap. 59. n. 14.

(6) Baez. ibi c. 5. n. 11. al 23. (7) Ley 1. tit. 11. part. 4. §. Est, & aliud, Institut. de Donat. ley Cum multæ, y ley Si constante, Cod. de Donat. ante nupt.

igualmente ya sea la dote para contraer matrimonio, ó para entrar en Religion ó profesar, si es novicia (1), aunque ningun hermano varon tenga, y las demás hermanas estén casadas, excepto ella (2); y aun quando al tiempo de dotarla, sea única, si despues procrea su padre mas hijos, pues se revocará en el exceso de su legítima, de modo que quede igualada con ellos (3). Y asimismo se entiende, no obstante que el padre haga la donacion á la hija con la calidad y obligacion de restituir el exceso al hijo que nazca: pues sin embargo de esta condicion y gravámen no valdrá, porque se hace por razon de matrimonio, cede en detrimento de sus hermanos, y es en fraude de la Ley que lo prohibe, y anula los pactos contrarios (4). Por lo que si la dote que las da su padre, excede de la legítima que las puede corresponder quando muere, atendido el valor líquido, y efectivo de sus bienes unido con el de su dote, deben restituir el exceso á sus hermanos, por no transferírselas su dominio, y no se les imputará en el tercio, ni quinto, ni en parte de ámbos, ni de alguno; lo uno, porque siempre que la ley resiste y anula algun contrato, se impide la translacion del dominio, y ninguna obligacion natural, ni civil nace de él (5); y lo otro, porque para dotar, y que la dote sea constituta, y no se gradue de inoficiosa, se ha de atender á las facultades del donante, á su qualidad y condicion, y la de la dotada, y su marido, á los hijos con que el donante se halla, y á la costumbre del Pueblo (6). Pero bien puede mejorarlas, haciéndolas alguna donacion simple por mera liberalidad; y cesando todo fraude, valdrá, porque la ley inserta reprueba solamente las mejoras por via de dote, ó matrimonio, á causa de ser excesivas, mas no las donaciones provenientes de mera liberalidad, pues de lo contrario sería correctoria de las que permiten estas donaciones (7).

(1) Baez. ibi c. 14 n. 6. al 21. (2) Baez. ibi c. 6. n. 13. hasta el fin. (3) Baez ibi c. 9 n 33. 63. y sig. (4) Baez. ibi cap. 10. n. 8. al 15. (5) Ley Frater à fratre, ff. de Condit. insebit. ley 3 §. Socero. ff. de Donat. inter vir. & uxor. & ibi DD. Baez. ibi c. 36. n. 4. Acev. en la ley 1. tit. 2. lib. 5. Rec. 1. 21. y 22. (6) Ley Filiæ 41. ff. de Leg. 3. y Ives Quæro 60. Sive gener. 61. y Cum post 69. §. Gener. ff. de jure dot. Alex. consil. 33. n. 4. lib. 4. Curt. Senior consil. 27. col. 13. vers. Deveniendo: y col. 16. vers. Tumquia: Decio cons. 277. vers. Tamen his. (7) Gutier. dicho cap. 50. n. 15. Acev. ley 1. n. 14. y 15.

88 Lo explicado en el número precedente no solo procede, y milita para con los padres que no tienen rentas, ó réditos anuos, sino tambien para con los que las tienen (1); pero estas no deben exceder de lo que la misma ley en su primera parte les permite donar de ellas en dote á sus hijas legítimas por estas palabras: *Mandamos, que de aquí adelante en el dar, ó prometer de las dichas dotes se tenga, y guarde la manera, y órden siguiente: Que qualquiera Caballero, ó persona que tubiere doscientos mil maravedís, y dende arriba hasta quinientos mil maravedís de renta, pueda dar en dote á cada una de sus hijas legítimas hasta un cuento de maravedís, y no mas: y el que tuviere ménos de los dichos doscientos mil maravedís de renta, no pueda dar ni de en dote arriba de seiscientos mil maravedís: y que el que pasáre de los dichos quinientos mil maravedís, hasta un cuento y quatrocientos mil maravedís de renta, pueda dar hasta un cuento y medio de maravedís: y que el que tuviere cuento y medio de renta, y dende arriba, pueda dar en dote á cada una de las hijas legítimas que tuviere, la renta de un año, y no mas, con que no pueda exceder de doce cuentos de maravedís, no embargante que la dicha su renta sea mas de los dichos doce cuentos en qualquiera cantidad.* Con la qual concuerda la 7. cap. 1. del própio título y libro. Advirtiendo que esta ley es permisiva, y no coactiva, y así no precisa á los padres á que den á sus hijas las cantidades que prefine, y solo se lo permite, y prohibe el exceso, y por no darselas, ni la legítima íntegra en vida, no pueden quejarse (2); y aunque se arreglen á ella, si la dote que las dan, resulta mejora, no valdrá en lo que exceda á su legítima, porque para el caso la misma razon milita constituyéndose de rentas anuas, que de otros bienes. Y que el que alegue ser incongrua, y excesiva la dote: ó que las arras ofrecidas para el novio á la novia exceden de la décima que se le permite donarla, ó ofrecerla, debe justificarlo, porque funda su intencion en afirmativa probable, y el que se afianza en alguna qualidad, debe probarla (3).

89 Pero se duda á qué tiempo se ha de atender, y mirar,

(1) Baez. ibi cap. 4. (2) Baez. ibi cap. 1. n. 31. al 33. (3) Glos. in leg. Si vero, §. Qui pro rei qualitate, ff. Qui satisdare cogant. Angel. Paul. Alberic. y Socin. Baez. ibi cap. 36. n. 16. y sig. Covar. lib. 2. Var. c. 6. n. 7. Matienz. en dicha ley 1. glos. fin. n. ultim.

para ver si cabe, ó no á la hija la dote de su legítima: ¿al de su constitucion, ó al de la muerte del donante? Parece que al de su constitucion, y que si entónces fué incongrua, ó inoficiosa por carecer este de facultades competentes para darla tan quantiosa, deberá restituir el exceso, mas no, si tenia las suficientes, ó superabundantes, y depues por haberse disminuido ó decrecido por no haber procreado mas hijos aun quando no decreciesen, no la cabe toda en su legítima, porque en estos dos casos no se la puede arguir de inoficiosidad (1); y así estará en el arbitrio de la dotada la eleccion de uno de los dos tiempos segun se lo permite la ley 29. de Toro, y lo indica la peticion hecha á S. M. por el Reyno junto en las Cortes celebradas en esta Villa el año 1534. que es la 101. y dice: *Otrosí suplicamos á V. M. que las dotes que en estos Reynos se dieren, no puedan ser mas de la legítima que le vendría á la dotada, si entónces se partiesen los bienes del dotador: y que si de hecho mas se mandare, ó recibiere público, ó secreto, directe, ó indirecte, por el mismo caso pase el derecho de la demasía á los herederos: esto sin perjuicio de lo capitulado, y contratado hasta agora.* Y al modo que en el contrato de arras verificándose que la cantidad ofrecida por el novio á la novia, tiene cabimiento en la décima parte de sus bienes libres quando se casa, se la abona, aunque no quepa en la de los que dexa quando fallece: del própio modo se deberá abonar á la hija, y no hacerla que restituya parte de la dote recibida. De que se deduce, que si el padre ofrece dote á su hija y muere ántes de acabársela de pagar, podrá pedir esta la que no se la entregó, eligiendo el tiempo de su promesa, ó el de la muerte de su padre; y si lo pretende con atencion al de la promesa, no estará obligada á las deudas posteriores que este haya contraido, ni á los gastos de su funeral (2), porque estos y aquellos miran al total de la herencia que es responsable á todos, y no al singular contrato dotal (3); pero si pretende no como dotada, sino como heredera su legítima, será al contrario, pues entónces se ha de atender al tiempo de la muerte de su padre (4), y debe con-

(1) Baez. ibi cap. 31. (2) Ley Mulier bona, ff. de Jur. dot. y ley Licet, Cod. eod. tit. (3) Ley 30. tit. 13. Part. 5. ley 1. §. Si hæres percente fundo, ff. ad Trebel. ley Si fideicom. ff. de Judic. ley Impensa funeris, ff. de Religios. & sumptib. funer. (4) Ley Cum quæritur, Cod. de Inoffic. testam.

tribuir para todo á prorrata con los coherederos (1).

90 Sin embargo de lo expuesto en que se afianzan algunos para conceder á la hija la eleccion de tiempos, y exonerarla, y relevarla de la restitucion del exceso de la dote, digo: que se debe atender al tiempo de la muerte del donante: y que si unidos, y cumulados con la dote entregada los bienes efectivos que deja, y son legítima de sus hijos, excepto el quinto, resultáre inoficiosidad, debe restituir el exceso que haya al importe de su legítima completa: Lo I, porque la dote se dá, y anticipa en cuenta de la legítima que la puede tocar, y esta se debe considerar al tiempo de la muerte del donante, que es quando regularmente se dividen sus bienes, despues de la qual, ni se aumentan, ni disminuyen, ni hasta entonces tiene accion á pedirla, ni su padre obligacion á dársela, ni anticipársela; y esto es lo que pretendió el Reyno en su súplica, y lo manifiestan sus palabras entendidas con la ingenuidad, e imparcialidad que se debe. Lo II, porque al modo que si las facultades del donante toman incremento, puede pedir la hija el suplemento de su legítima, y se la deberá hacer: del mismo modo si se disminuyen, ó por nacerle mas hijos no le cabe tanta dote unida con ellas, debe sufrir su diminucion, y entenderse dotada entónces, pues quien está á la utilidad, debe estar á la pérdida, y la constitucion de la dote se entiende condicional, y no absoluta, y lleva embebida tácitamente la condicion: *Con tal que la quepa en su legítima quando se dividan los bienes de su padre*, que es quando se la debe esta. Lo III, porque la ley inserta es correctoria de la 29 de Toro, y fué establecida por la utilidad pública, para que los demás hijos no fuesen defraudados en sus legítimas haciéndose de peor condicion que la dotada, ni el padre por su prodigalidad se constituyese miserable: y de permitirse la eleccion, sería ocioso su establecimiento, porque por un medio indirecto se incidia en los escollos, y daños que ocasionaba la indiscrecion de los padres, y el abuso de la permision de dicha ley 29. los que quiso precaver y evitar en lo futuro la ley ó Pragmática, y lo solicitó el Reyno. Y lo IV, po que siendo como son todos los bienes de los padres

(1) Ley 1. Cod. Si cert. petat. ley Pro hæreditariis, Cod. de Hæredit. actionib. Parl. differ. 82.

legítima de sus hijos, aunque el tercio no rigoroso para todos: habiendo privado de este, (y hasta del quinto, que es de libre disposicion del padre) á las hijas, y no distinguido de casos; es visto haber comprendido todos los que podian ocurrir, pues la ley que habla generalmente, generalmente se debe entender, y quando no distingue, no debemos distinguir, si versa identitidad de razon. Sin que sirva arguir por semejanza de razon, ni de apoyo para hacer juicio comparativo, lo que se practica con las arras, porque hay notable diferencia, disparidad, y disimilitud de un caso á otro, la qual consiste en que en este contrato procede el novio arreglado á la ley que se lo permite: no cede su promesa en perjuicio de tercero: nunca excede esta, ni debe exceder de la decima, y si ofrece cantidad determinada, no puede pretender mas la novia por muy opulento que el novio se haga durante su matrimonio, y así su adquisicion es absoluta, perfecta é irrevocable; pero en el presente caso se infringe la ley prohibitiva, resulta perjuicio á los hermanos de la dotada, ésta puede pedir el suplemento de su legítima, si toma incremento el caudal de su padre, y la adquisicion y tradicion de la dote es condicional; y respecto debérsela aumentar su legítima, si los bienes paternos se aumentan, es justo que se disminuya, si se disminuyen, ó por procrear su padre mas hijos, no puede ser tan quantiosa, y por consiguiente que si tiene recibido demas, que restituya el exceso, pues si su padre quiere que se quede con él, puede prevenirlo en su testamento, en el que no le está prohibido mejorarla, como adelante diré. Y aunque el ánimo de su padre no haya sido el mejorarla: como de permitirle la eleccion se verifica serlo: son gravados por esta sus hermanos: y la Pragmática no solo prohibe que el padre la mejore, sino que manda que no se entienda mejorada tácita ni expresamente; por eso debe hacer la restitucion del exceso. Tampoco sirve alegar que de hacer la restitucion, resultará engañado el novio, porque éste ántes de pensar en casarse, debe tener con que superar las cargas matrimoniales, no librar su subsistencia en lo que lleve la novia: ni ir fiado en que esta le mantendrá, pues la dote no es para alimentarlo, sino para que la muger halle con quien casarse, y para ayuda de mantenerse á sí misma, y á sus hijos (1): y además el que contrae con otro,

(1) Ley Ubi adhuc. Cod. de Jure dot. Novel. de Dote part. 6. privileg.

debe cerciorarse de su condicion (1): y todos saber el derecho (2): excepto cinco clases de personas, que son, el pupilo, el soldado, la muger, el pastor, y el aldeano (3), á los quales se dispensa en lo que toca á testamentos, contratos, y otras cosas y disposiciones puramente civiles, mas no en quanto á proceder mal, pues de las penas impuestas á los malhechores ninguno de los referidos ni otro alguno capáz se exime, ni le sirve alegar ignorancia, porque á todos está prohibido por todos derechos el ser malos (4). Por cuyas razones concibo que la opinion contraria podrá seguirse, y debe entenderse en dos casos: el I, quando al tiempo de casar el padre á su hija ó dotarla, cabe la dote en legítima completa, que atendidos los bienes que tiene, la correspondería por su legítima, si entonces se dividieran, y ella renuncia el incremento de esta por el que pueda sobrevenir á los paternos, se contenta con su dote por todo su haber, y se obliga con juramento á no pretender jamás el suplemento de aquella; pues en este caso respecto no haber incongruidad al tiempo de su constitucion, y privarse la hija del beneficio que puede experimentar, si se aumentan las facultades de su padre, cediéndolo á sus hermanos, no será justo que padezca detrimento por la decadencia de fortuna de éste, ni por procrear posteriormente mas hijos, por ser todo eventual, y por la contingencia observarse igualdad entre ella, y sus hermanos. Y el II, es quando le cabia la dote al tiempo de su constitucion, y la cabe al de la muerte de su padre, y solo por mejorar este á alguno de los demás hijos, resulta ser inoficiosa: pues esta disposicion paterna no parece justo la perjudique, ni obligue á restituir lo que poseyó legítimamente, é hizo suyo por caberle en ámbos tiempos, y no resultar inoficiosidad; por lo que nada deberá restituir, si todo la cabe en su legítima larga ó completa, como diré en el cap. 3. n. 147. Así lo entiendo y concibo, sin que las razones contrarias me inclinen á mudar de dictámen, no obstante la autoridad, y literatura de sus AA. que venero como debo.

16. n. 6. Baez. de Nov. melior. filiab. cap. 5. n. 6.

(1) Ley Qui ignorantiæ 19. ff. de Reg. jur. (2) Leyes 16. y penúlt. tit. 1. Part. 1. Los tit. ff. y Cod. de Jur. & facti ignorant. (3) Ley 16. y leyes pen. y últim. tit. 1. part. 1. y 31. tit. 14. part. 5. (4) Ley 2. tit. 2. lib. 3. Nov. Rec.

91 Careciendo el padre de hijos legítimos, y teniéndolos naturales, parece que no podian mejorar á una hija natural por via de dote, ni casamiento, porque no debe ser de mejor condicion que la legítima, y porque la Pragmática referida, no solo se estableció á favor de los hijos á fin de que no fuesen perjudicados en sus legítimas, sino al de sus padres para evitar que estos por dotar inmoderadamente á sus hijas, se constituyesen miserables, y pereciesen; cuya razon milita para con los naturales igualmente que para con las legítimas, y así deberá gobernar, y observarse la misma disposicion; pues aunque cada uno es dueño de sus bienes, y puede hacer de ellos lo que quiera (1), conviene á la República que no sea pródigo, ni abuse de ellos imprudentemente (2); por lo que para refrenar y contener su prodigalidad, tiene ordenado el derecho se le ponga intervencion de curador que los cuide, y administre, al modo que al incapaz (3). Mas no obstante, digo que podrá dotar á su hija natural en lo que quisiere, sin que sus hermanos naturales tengan accion á impedírselo, y valdrá la donacion. Lo I, porque la ley prohibitiva habla de las legítimas, y no de las naturales, por lo que no se amplía, ni debe ampliar á estas su prohibicion. Lo II, porque manda que el padre no pueda dar tercio, ni quinto á su legítima por via de dote, ni casamiento, ni se entienda mejorada tácita, ni expresamente por contrato en sanidad, y estas palabras no quadran ni convienen á otros hijos que á los legítimos, á quienes su padre puede mejorar, y se debe la herencia y legítima: por lo que, y por no deberse estas á los naturales, ni ser herederos de sus padres contra su voluntad, ni (ya haya, ó no legítimos) tener mas derecho que al quinto, que es lo que teniendo estos, puede dar á aquellos, ó dexarles por via de alimentos, segun expuse con legal apoyo en el anterior capítulo: es visto haber querido que su prohibicion no se entendiese con otras hijas que con las legítimas. Y lo III, porque aunque el padre haga donacion de todos sus bienes, no pueden revocarla los naturales, como los legítimos (4): y si carecen de potestad para

(1) Ley In re mandata 21. Cod. mandati, ley Nemo Cod. de Judic. y ley Sed si lege, §. Consuluit, ff de Petit. hæredit. (2) §. ultim. Instit. de His qui sunt sui, vel alieni jur. y ley 2. ff. eod. tit. (3) Ley 1 ff. de Curator. furios. y ley Is, cui bonis, ff. de Verb. Obligat. (4) Ley Si totas, Cod. de Inoffic. Donat.

impugnar, y revocar la donacion inmensa: tampoco la tendrán para revocar la mejora que no lo es; por cuyas razones el padre que no tiene hijos legítimos, puede mejorar en contrato por via de dote, ó casamiento á sus hijas naturales (1). Pero aunque no los tenga legítimos, si tiene alguno legitimado, se juzga legítimo (2): se le debe la legítima, y es heredero de su padre, y si lo pretere, puede romper su testamento no ménos que el legítimo (3): y revocar la donacion inmensa que su padre haga (4).

92 Como la madre católica no está obligada por derecho á dotar á sus hijas (5): parece que podrá mejorarlas. Pero sin embargo, no puede dotar á las legítimas dándolas por via de dote ó casamiento tercio, ni quinto, porque la prohibicion legal en quanto dice: *Ninguno pueda dar, ni prometer*:: la comprende como al padre (6) (*a*). Lo mismo procede para con las na-

(1) Baez. de non melior. filiab. cap. 13. n. 2. al 9 (2) Auth. Quibus modis natural. efficiunt. legitimi, §. Sit igitur. (3) §. 1. Institut. de Hereditatibus quæ ab intestat. deferuntur. (4) Decio in leg. Postumo neto, col. 1. Cod. de Contra tabul. y consil. 385. col. 3. Baez. dicho c. 13. n. 19. al 23.

(5) Ley 9. tit. 11. part. 4. (6) Baez. cap. 11. n. 11. al 25.

(*a*) Por mas que se apure el discurso no se alcanza como de las palabras insertas *ninguno*:: ha de deducirse que en este caso no han de ser comprehendidas las madres, por decirse que la ley habla siempre de los Padres, y porque, como las mugeres no han acostumbrado dotar á sus hijas, no pusieron sus dotes causar al estado por excesivas los daños que se quisieron evitar; sinembargo de tan bellas consideraciones es indubitable el objeto del autor, y sería un absurdo prestarse asenso a que no son las madres comprehendidas; no se encuentra en la ley palabra alguna de estas, y si esto habia de valer, tampoco se hace mencion de Padres en esta idéntica palabra; en la ley que es la 6. tit. 3. lib. 10. de la Nov. Rec. no se encuentran otras que las de que *qualquier caballero ó persona*:: *pueda dar á sus hijas legítimas mas que las dotes que señalen*, y mas adelante se hallan las siguientes: *ninguno pueda dar ni prometer por via de dote ni casamiento de hija quinto ni tercio de sus bienes*:: que habla de los padres es consiguiente afirmarlo, pues trata del dote de las hijas, y como correlativos, no puede hacerse mencion de estas sin contar con padre y madre; si la palabra *qualquier persona*, y la *ninguno* no comprehenden a la madre, quando es constante segun la ley 195. ff. de verb. significat. que hablandose en el sexô masculino se extiende a uno y otro, incidirémos en un escollo no facil de vencer, qual era la infraccion de ley, no obstante si local a razon de uno y otro caso, y se conseguirá que lo que esta prohibido por un concepto se logrèse por otro; si fuese cierto que las mugeres no han acostumbrado a dotar á sus hijas, no hay duda que entraba bien el decirse que no se comprehendia á las madres, pero con solo reconocer la ley 53. de

turales á falta de legítimos, porque los naturales son sus herederos necesarios, si carece de legítimos, y si los preterie, ó exhereda sin justo motivo, pueden romper su testamento, aunque tenga legítimos ascendientes; como he señalado en el cap. anterior (1), suceden abintestato á los parientes maternos: prefieren y excluyen á los legítimos que estén en grado mas distante (2): y para con ella obtienen los privilegios de legítimos por defecto de éstos, como expondré en el cap. 7. de este libro. Pero si tiene hijo ó hija legítima, no puede mejorar á la natural, ni dexarla mas que el quinto, porque la legítima se contempla única, no obstante que tenga hermanos naturales, y en el nombre, y apelacion de hijos no vienen, ni se comprenden estos, y así no pueden impedir que esta sea mejorada como heredera forzosa de su madre (3). Advirtiendo que la hija legitimada no puede ser mejorada en perjuicio de los legítimos, porque no debe ser de mejor condicion que estos (4).

93 No comprende, ni se amplia al abuelo paterno la obligacion absoluta de dotar á sus nietas pudiendo, como al padre la de dotar á sus hijas legítimas, sino en dos casos: el I, quando existen en su poder bienes adventicios própios de las nietas ú otres: y el II, quando el padre es pobre (5): por lo

Toro idéntica con la 4 tit. 3. lib. 10. de la Nov. Rec. se advertirá lo contrario; son dignas en este caso de tener presentes sus palabras: *Si el padre y mujer casaren algun hijo, y ambos le prometieren la dote: todas lo paguen de los bienes gananciales, durante el matrimonio*, si no lo *oviere: que lo paguen de por medio de los otros bienes que les pertenecieren*: aunque acaezca que solo el marido suene en la escritura de dote, ¿habrá alguno que se atreva á afirmar que no se procede de acuerdo de los dos? La mujer da su dote y gananciales es dueña absoluta, muerto el marido; puede disponer de ellos á su arbitrio: de consiguiente ¿quién será el que proteja la dote á las hijas, sino es la madre? concluyendose que es desacertado lo que se propone por el señor Gutierrez en la nota de este num. *Prologotom. 1. fol.* 34.

(1) Ley ni se sospecha, §. de Inofic. ff. de Inofic. testam. glos. in leg. Si quis Cursus, Cod. ad Orfician. glos. in cap. Nisi cum pridem, verb. Praeceret, de Renunciat. (2) Ley final. tit. 13. Part. 6. Affict. decis. 45. n. 9. Cifuent. en la ley 9. de Toro, n. 12. (3) Paul. y Jason en la ley Generaliter, § Cum autem, Cod. de Institut. Angel. Immol. y Raphael en la Cum acutissimi, Cod. de Fideicom. Baez. dicho cap. 13. n. 10. al 15. y n. 17. al 20. de su tratado de non meliorand. filiab. expone el que en el n. 23. y sig. trata de si los hijos arrogados o adoptados pueden impedir que su hermana legítima y natural sea mejorada por razon de dote. (4) Molin. in consuetudin. Parisiens. §. 8. glos. 1. num. 45. Gutierrez cons. 45. n. 48. Cart. cons. 16. col. 4. Baez. dicho cap. 13. n. fin. (5) Ley 8. tit. 11. part. 4.

que si estas tienen algunos en poder de su abuelo, ó su padre puede dotarlas, cesa la obligacion del abuelo (1). Supuesto como indubitado lo referido ¿la prohibicion de mejorar el padre, y la madre á sus hijas legítimas por via de dote, y casamiento, se entenderá tambien con el abuelo para con sus nietas, hijas de hijo ó de hija, teniendo otros hijos, ó nietos? Discordan los AA. y así conformándome con el dictámen de *Acevedo* (2) digo: que si la nieta es hija de hija, militará para con ella la prohibicion, porque no debe ser de mejor condicion que su madre, y quando alguno está privado de suceder, es visto estarlo tambien sus descendientes (3). Pero si la nieta es hija de hijo, no, porque la ley habla de hijas: en estas no se incluyen los varones: en el nombre de hijos no se comprenden los nietos en materia odiosa, y correctoria (4): en los abuelos milita diversa razon que en los padres, pues no tienen la obligacion que estos de dotarlas: y el estatuto que excluye á las hijas, no excluye á las nietas (5). Y aunque se alegue que el abuelo dota á la nieta por respeto y contemplacion de su hijo pobre, no obsta, porque éste no está privado de ser mejorado en contrato en sanidad como su hermana, por lo que su hija no es de mejor condicion que él. Ademas de que no se debe hacer extension de una persona á otra, ni aun por la verosimilitud del disponente (6).

94 Aunque en el n. 87. queda sentado que las hijas legítimas no pueden ser mejoradas en tercio, quinto, ni en otra cosa alguna por sus padres tacita, ni expresamente, por prohibirlo la ley materna: se dice, escribe, y limita esto al tiempo, y caso de que habla, que es por contrato en sanidad: pero no por testamento, ó por otra última voluntad, pues en esta no solo pue-

ley Dedit dotem, ff. de Collat bonor. ley Ideo. §. ultim. ff. de In rem vers. y ley Profecticia, § si Filias famil. ff. de Jure dot.

(1) Greg Lop en la glos. fin. de dicha ley 8 tit. 11. part. 4. Matienz. en la ley 1. tit. 2. lib. 5. glos. 2. num. 5. (2) Ley 11. tit. 2 lib. 5. Rec. n. 11 y sig. (3) Ruiz obi cap. 7. num. 36. (4) Ley 1. §. Quaritur, ff. de Ventre inspiciend. ley Patri, ff. de Adult. ley Lex Julia, ff. de Ritu nupt.

(5) Tello en la ley 17. de Toro num. 76. Perez de Repet. pragmatic. antiquar. en la palabra Revocar: Mariz. en dicha ley 1. y glos. 2. num. 6. Acev. en ella num. 13. (6) Ley Si ita scriptum sit, vers. Quod non est e contrario, ff. de Legat. 2. Decio consil. 291. n. 6. Burg. de Paz. cons. 9. n. 13. y consil. 31. n. 34. lib. 5.

den mejorarlas, sino hacerlas legados como á sus hijos sin diferencia, porque la legal prohibicion no se amplía á las últimas disposiciones (1): y pueden tambien confirmar la dote inoficiosa hecha sin sospecha de fraude, y mandar que la hija la lleve integra en quanto quepa en el tercio, quinto y legítima; porque por su confirmacion convalece, del mismo modo que si fuera legado que en ellas se la hiciera del exceso (2). Y la razon porque no se prohibe que en última disposicion sean mejoradas, es, porque si las mejora en contrato, como este es irrevocable segun las leyes 17. y 22. de Toro; se irroga grave daño no solo al mejorante, porque queda privado de sus bienes, sin poder reclamar, ni arrepentirse, sino á los demás hijos, porque son defraudados en sus legítimas; pero en testamento, ú otra última voluntad es al contrario, pues puede enmendar, revocar y anular la mejora en él hecha, y ningun perjuicio se le causa, por no surtir efecto hasta despues de su muerte; por lo que cesando la razon de la prohibicion, debe cesar la ley prohibitiva (3): y una cosa es contraer, y otra testar (4).

91 Pero es de advertir que la validacion de la mejora á favor de las hijas en testamento, ú otra última voluntad, se entiende con tal que en contrato no se haya estipulado, ó precedido promesa de hacerla; pues si precedió, y haciendo el testador mencion de la promesa en el testamento, constituye la mejora, no valdrá, porque se conceptúa hecha en fraude de la ley, y en consequencia de la obligacion primera. Y lo própio milita aunque no haya precedido promesa de mejorar á la hija, si estaba tratado ya su matrimonio, y por razon de este la mejora, ó hace donacion el padre en su testamento, pues como fraudulenta tampoco valdrá (5).

(1) Baez. tit. cit. cap. 20. n. 6. al 11. Matienz. en la ley 1. tit. 2. lib. 5. glos. 2. n. 4. y glos. 3. n. 2. Ayor. part. 3. q. 26. n. 82. Gutier. de Juram. confir. part. 2. cap. 59. n. 15. (2) Ley legata inutiliter, ley Si quis á filio al princip. y ley Servo alieno, §. penult. ff. de Legat. 1. y leyes Si sic locutus, y Si pure tibi, ff de Legat. 3. Mort. de Divis. lib. 4 c. 13. n. 43.
(3) Matienz. ibi. Baez. ibi n. 3. y 14. (4) Ley Verba contraverunt, ff de Verbor. signific. (5) Ayor. de Partit. part. 2. q. 2. Baez. ibi n. 15. Gutier. de Juram. confir. part. 1. c. 59. dicho n. 16. y otros.

§. III.

Si los ascendientes que prometen, ó no mejorar á sus legítimos descendientes, deberán, ó no cumplir la promesa; si el mejorado podrá repudiar la herencia, y aceptar la mejora; y si siendo hecha esta á dos, ó mas en contrato en sanidad, ó en última voluntad, repudiare el uno su parte, ó no pudiere haberla, se acrecerá, ó no á los otros.

96 Como de la convencion y pactos justos de los contrayentes reciben la ley los contratos (1), y á quanto se obliga el hombre, á tanto queda obligado (2): por eso prometiendo absolutamente por contrato en sanidad el padre, madre ú otro ascendiente legítimo mejorar á algun hijo, ó descendiente suyo por via de casamiento, ó por otra causa onerosa; ó no mejorar á ninguno en tercio, ni quinto, y otorgándose sobre esto escritura publica (3) (pues no basta la privada en quanto al pacto de no mejorar, y si á la promesa de mejorar (4)) debe observarse el pacto, segun lo ordena la ley 22. de Toro, que es la 6. título 6. libro 10. Nov. Rec. y dice: *Si el padre ó la madre, ó alguno de los ascendientes prometió por contrato entre vivos de no mejorar á alguno de sus fijos ó descendientes, y pasó sobre ello escritura pública; en el tal caso no pueda hacer la dicha mejoría de tercio, ni de quinto, y si la hiciere, que no vala. Y asimismo mandamos que si prometió el padre ó la madre, ó alguno de los ascendientes de mejorar á alguno de sus fijos, ó descendientes en el dicho tercio y quinto, por via de casamiento, ó por otra causa onerosa alguna, que en tal caso sean obligados á cumplir y hacer, y si no lo hicieren, que pasados los dias de su vida, la dicha mejoría, y mejorías de tercio y quinto sean habidas por fechas.* Lo qual se entiende, ya el contrato oneroso se haga con tercero, ó con el hijo solamente, pues debe el ascendiente cumplir la promesa (5).

(1) Ley 1. §. Si convenit 6. ff. Depositi, vel contra. (2) Ley 1. tit. 1. lib 10. Nov. Rec. (3) El modo de probar el contexto de la escritura en caso que esta y su protocolo se pierdan, ya se dixo en el n. 19. del c. 19. de la 1. parte. (4) Matienz. en la ley 2. tit. 16 lib. 5. Rec. glos. 2.

(5) Avor. part. 2. q. 14. n. 43. y 44. Matienz. en la ley 6. glos. 2. n. fin. tit. 6. lib. 5.

97 Si el padre promete por via de casamiento, ó por contrato oneroso no mejorar á hijo alguno, y acepta su hija, é yerno la promesa, si procediere contra esta, parece deberá pagarles el daño que por su contravencion les causó, pues en las obligaciones de hacer ó no hacer sucede en su lugar el interés (1); y no será obligado á cumplir el pacto, ni incumbe á la hija el que lo cumpla, ó no; por lo que reintegrándola de lo que la tocaria, á no haberlo contravenido, no puede pretender otra cosa, ni aunque la pretenda, se le debe oir, porque los pactos se establecieron para que cada uno consiga lo que le interesa (2).

98 Pero si el pacto y promesa de no mejorar fué absoluto, sin haber precedido causa alguna para hacerlo, mas que la mera voluntad del padre dirigida á solo el fin de que todos sus hijos consiguiesen su legítima integra y completa, y le heredasen con igualdad, deberá observar el pacto, y por consiguiente á ninguno de sus hijos, nietos ni descendientes podrá mejorar, y si lo hiciere será nulo é ineficaz (3). Mas no obstante, véase lo explicado en el n. 87. acerca de las hijas, pues será lo que se observe.

99 Si el hijo, á cuyo favor se hizo el pacto de no mejorar á los demas, lo remitiere, y consintiere que su padre ó madre mejoren al que quieran, ó falleciere en vida del mejorante sin descendientes, puedan mejorar á otro hijo, porque este pacto fué meramente personal, hecho con solo aquel hijo, en virtud del qual ningun derecho adquirieron los otros, y puede perjudicar á sus descendientes en los bienes adquisibles, y no adquiridos, por cuya razon el padre, y madre quedan en libertad para mejorar al que quisieren. Lo que al contrario, si falleció en vida de su padre dexando hijos ó descendientes, pues entónces á ningun hijo puede mejorar, porque todos estos entran en el lugar de su padre premuerto, y como que juntos lo ocupan, deben suceder en todo el derecho que le compete (4).

(1) Ley Stipulationes non dividuntur, y ley In illa stipulat. per te non fieri, ff. de Verb. obligat. (2) Ley Stipulatio ista, §. Alteri, y §. Si stipulet, ff. de Verbor. obligat. Ayor dicha part. 2 q. 15.

(3) Gom. en la ley 22. de Toro n. 27. Ay. 2. q. 15. vers. Si vero prom. Matienz. en dicha ley 6. tit. 6. lib. 5. glos. 1. n. 1. & ibi Acev. n. 9.

(4) Gom. Bien. 24. vers. Sed his non obstant. & ibi Parlad. Rub. y Tell. Acev. en dicha ley 6. tit. 6.

100 Quando el padre ó la madre prometieron, mejorar á uno de sus hijos, y éste remitió el pacto y derecho en su virtud adquirido: y murió en vida del padre ó madre, con q. fenes lo hizo, sin dexar descendientes, pueden mejorar á qualquiera de los otros hijos; pero no, si dexó hijos, ú otros descendientes legítimos, pues entónces estarán obligados á mejorar á todos sus nietos hijos de este hijo premuerto, y no á uno de ellos solamente, porque todos juntos entran á ocupar el lugar de su difunto padre, y suceden en el derecho que le competia; y así se ha dividir igualmente entre todos la mejora, y no llevarla uno solo (1).

101 Lo qual procede sin embargo de que la ley 18. de Toro permite al abuelo que pueda mejorar á qualquiera de sus nietos y descendientes, ya esté vivo, ó no su padre; pues la disposicion de esta ley se entiende quando no precedió el pacto de no mejorar; pero habiendo precedido, no puede el abuelo mejorar á sus nietos sin expreso consentimiento de su hijo en vida, ni despues de muerto éste, porque como queda expuesto, todos los nietos entran á ocupar su lugar, y suceden en todo el derecho, en que á vivir sucederia, y cada uno en su respectiva parte solamente (2).

102 Aunque el padre, ó la madre, prometan por causa onerosa no mejorar á sus hijos, ni descendientes en el tercio, ni quinto de sus bienes, pueden disponer por su alma, ó á favor de causas pías, ó en lo que quisieren, del quinto de ellos, porque en este caso solo el tercio es legítima necesaria de todos sus hijos; y así no pueden dexar éste á uno, ó á mas, sino que ántes bien lo han de partir igualmente, por haber adquirido en virtud del pacto igual derecho á él, que á los demás bienes; pero el quinto no lo es, por lo que como hacienda suya tienen facultad de usar de ella á su arbitrio, y de lo contrario quedarian intestables. (3).

103 Prometiendo por causa onerosa, ó simplemente el padre, ó madre en escritura pública no mejorar á alguno de sus hijos, no pueden mejorar tampoco á sus nietos, ni á otro

(1) Gom. ibi n. 24. Tello n. 19. 20. Mariena en dicha ley 6. glos. 7.

(2) Palac. Rub. ibi cap. 6. Cast. en dicha ley 22. n. 32. Gom. ibi n. 24. vers. Nec obstat. (3) Gom. ibi n. 26. Angel. en la ley 6. glos. 6. n. 2. Acev. ibi n. 6. al fin.

descendiente de este hijo; porque quando consta de la voluntad del testador, se comprehenden siempre en el nombre de hijos los nietos, y demás descendientes, aunque sea en materia odiosa, por militar la misma razon: y en el presente caso consta de su voluntad, pues teniendo mas afecto al hijo, que al nieto, y á otro descendiente por la mayor distancia de grado, una vez que prometen no mejorarle, es visto no querer mejorar tampoco al nieto, porque versa la própia, y aun superior razon (1)

104 Sin embargo de que el padre, y la madre hayan prometido no mejorar á cierto hijo, pueden mejorar á otro, porque su promesa se circunscribió solamente á él, y no se amplió á los demás; por lo que no debe obrar fuera de su intencion, pues la causa limitada produce efecto limitado: es así que el testador se limitó, y prohibió especifica, y determinadamente no mejorar á cierto hijo: luego por no haberse estendido á otros hijos ni descendientes su prohibicion, podrá mejorarlos (2).

105 Pero si la razon, ó causa final de la promesa de no mejorar á aquel hijo, mira, y tiene su tendencia á favor de todos los demás, (v. gr. porque sucedan igualmente) y en la promesa se expresa, á ninguno de ellos podrá mejorar, porque en este caso la causa general produce efecto general (3): y así el hijo nombrado se presume expreso, porque se temia ser mejorado, por concurrir en él muchas causas, pues el dicho limitado se amplia, y extiende por la generalidad de la razon, ó causa que se expone (4).

106 Como no se puede dividir la voluntad del testador á causa de ser individua, no se permite al legatario que acepte en parte, y en parte repudie el legado que le hizo, segun expondré en el cap. 6. de este libro n. 44. y por esta razon parece que tampoco podrá el mejorado aceptar la mejora, y

(1) Matienz. en dicha ley 6. glos. 1. n. 4. Acev. en ella n. 9. Perez ad Segur. in Repetit. leg. 3. §. fin. n. 51. ff. de Liber. & posthum. Cifuent. en la ley 22. de Toro, Gom. en ella n. 27. (2) Argel. en dicha ley 6. glos. 2. n. 1. Matienz. en ella gl. 1. n. 3. Gom. en la 22. n. 20. (3) Vaz. 3 contrario sensu ex leg. Aqu., cum Gemiano, Cod. de Transact. (4) Ley Regula, §. fin. ff. de Juris, & facti ignorant. ley 2. §. Si inter, vers. Quid si curatores, y vers. Quid si decesserint, ff. ad Tertill. y ley Nomen debitoris, §. fin. ff. de Legat. 3.

repudiar la herencia que le dexe, porque de hacerlo, se seguiria que le representaba en parte, y en parte no, lo qual como absurdo resiste el derecho romano (1).

107 Mas no obstante, se permite, con tal que pague á prorrata las deudas del testador, como se prueba de la ley 21. de Toro, que es la 5. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec. que dice: *Mandamos que el hijo, ó otro qualquier descendiente legítimo mejorado en tercio, ó quinto de los bienes de su padre, ó madre, ó abuelos, que puedan (si quisieren) repudiar la herencia de su padre, y madre ó abuelos, y aceptar la dicha mejoria, con tanto que sean primero pagados las deudas del difunto, y sacadas por rata de la dicha mejoria las que al tiempo de la partija parescieren: y por las otras que despues parescieren, sean obligados los tales mejorados á las pagar por rata de la dicha mejoria, como si fuesen herederos en la dicha mejoria de tercio, y quinto. Lo qual mandamos que se entienda, ora la dicha mejoria sea en cosa cierta, ó en cierta parte de sus bienes.* Y la razon es, porque aunque en ámbas sucede por título hereditario, y se divide la herencia; pero como son dos disposiciones principales, una, por la qual es instituido heredero, y otra, por la que se le dexa el prelegado, ó mejora: por eso se pueden dividir, y en qualquiera que acepte, representa por su parte en el todo al difunto (2).

108 Mejorando el padre ó la madre por última disposicion en el tercio, y quinto de sus bienes á dos, ó mas hijos; si el uno de ellos fallece, ó repudia su parte, ó por otro motivo dexa de llevarla, se acrece á los demás mejorados, por lo que dividirán entre sí la mejora íntegra, como si solos lo hubieran sido, porque fueran conjuntos en la cosa, y palabras; pues lo mismo se observa en los Legados (3).

109 Lo própio milita quando son conjuntos solamente en la cosa, v. gr. si dice el testador: *Mejoro á mi hijo Pedro en tercio, y quinto de mis bienes; ó le lego tal hacienda*, y nue-

(1) Ley Eum, qui, §. Pro parte, ff. de His quæ ut indignis, ley Quidam elogio, Cod. de Jure delib. ley 1. ff. de Acquirenda hæreditate, y ley Absentem, ff. de Bonis libertor. (2) Richard in Rec. ecclesiast. tit. de Acquirend. hæredit. cap. 28. n. 62. Cevall. quæst. 711. n. 6. (3) Ley 33. tit. 9. Part. 6. ley Res conjuncti, ff. de Legat. 3. ley unica, Cod. de Caduc. tollend. y §. Si eo tem, Institut. de Legat.

go dice tambien: *Mejoro á mi hijo Juan en el tercio, y quinto de mis bienes: ó le lego la misma hereditad.* O quando lo son en las palabras, v. g. si dice: *Mejoro, ó lego á mis hijos Pedro, y Juan el tercio, y quinto de mis bienes por iguales partes,* pues en todos estos casos si el uno fallece, ó repudia su parte, ó interviene otro motivo, por el qual no deba llevarla, se acrece al otro (1).

120 Si les hizo donacion por causa de muerte ha lugar tambien en ella el derecho de acrecer; porque aunque en lo tocante á su forma, y solemnidad se equipara al contrato: se estima no obstante en quanto á su confirmacion, y efecto por última voluntad; y la razon es, porque se confirma con la muerte, por la qual, y no ántes se transfiere al donatario el dominio de lo donado en los própios términos que en los legados (2).

111 Y si los mejoró por contrato en sanidad, se ha de distinguir: ó fué revocable o irrevocable la mejora: si fué revocable, sin entregarles la posesion de los bienes de su importe, ni escritura en que se hizo, ha lugar tambien el derecho de acrecer entre ellos, porque esta mejora es á manera de legado, y en cierto modo retiene la naturaleza de hecha en testamento, ó en otra última voluntad, por poderse revocar hasta la muerte, con la qual, y no ántes se confirma (3); pues aunque por derecho comun no ha lugar el de acrecer en los contratos lucrativos (4), porque en ellos se hace interpretacion estricta, y en las últimas voluntades lata (5), y segun el mismo derecho, y el de las Partidas (6), solo ciertas personas podian estipular por otro; pero hoy como por la ley recopilada (7) están corregidos en esta parte ambos derechos, y segun ella puede uno prometer por otro (8), debe tener lugar el de acrecer en la mejora referida,

(1) Leyes cit. Mor. de Viv. lib. 3. cap. 10. n. 1. al 3. (2) Dicha ley única, §. fin. Cod. lib. 1. Vet. cap. 10. n. 7. y otros que cita. (3) Palac. Rub. en la ley 44. de Toro n. 2. Greg. Lop. en la 43. tit. 5. Part. 5. glos. 5. (4) Ley Si mihi, & Titio, ff. de Verbor. obligat. ley Aquam, ff. Quemadmodum servitutes amittant. Ley Si duo patroni, ff. de Jurejurand. (5) Ley in testam. ff. de Regul. jur. ley Quicquid astringenda, ff. de Verbor. obligation. (6) Ley 17. tit. 11. Part. 5. ley Stipulatio ista, §. Alteri, ff. de Verbor. obligat. y §. Si quis autem, Institut. de Inutili stipulat. (7) Ley 1. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec. (8) Rodrig. Suarez en la ley [illegible]

pues en los contratos lo tiene (1), y principalmente concurriendo, como en este caso concurren el afecto, y amor del padre, que obran mucho acerca de este derecho (2). Por lo que si el testador lega cierta cantidad en dote á dos, ó mas hijas juntamente, muerta la una, ha lugar el derecho de acrecer á favor de la viva: y así la llevara íntegra, como si todo se la hubiera legado (3), pues esto previene de la voluntad del testador, el qual se presume que así lo hubiera hecho, y mandado (4).

112 Pero si el padre, ó madre mejoraren por contrato irrevocable en sanidad, á dos, ó mas hijos en el tercio, y quinto de todos sus bienes, entregándoles la escritura de mejora, y los mejorados la aceptaren, y despues viviendo el padre, falleciere sin sucesion uno de ellos, (por cuya razon recaerá toda su hacienda en su padre, como su legítimo, y único heredero, segun la ley 6. de Toro) aunque el que sobreviva pretenda la parte de su hermano muerto, no la llevará, porque quando la herencia, ó mejora se acepta, no tiene lugar el derecho de acrecer, pues este por razon de la parte vacante, y presumpta voluntad del testador se introduxo: y como por la tradicion de la escritura, y su aceptacion se transfirió con igualdad en los hijos mejorados la posesion, y dominio de los bienes de la mejora, cada uno consigue su porcion, y por tanto cesa el derecho de acrecer, excepto en el usufructo (5): por eso no debe el que sobrevive llevar mas que la parte que aceptó, que es la mitad de la mejora, pues la otra mitad se hizo del padre en virtud de dicha ley sexta.

113 En quanto á esta mitad de mejora que devolvió al padre como único heredero de su hijo premuerto, parece que

niam in prioribus, quæst. 8. col. 4. Col. de Inoffic. testam. Covar. lib. 1. Var. cap. 14. n. 13. Greg. Lop. en la 7. tit. 11. Part. 5. glos. 1. y 2. y en la 48. tit. 5. Part. dicha, glos. 1. (1) Gutier. in Repet. leg. unic. Cod. Quando non petentibus, n. 35. Alfon. ad Gom. lib. 1. Var. cap. 10. n. 8.

(2) Men. lib. 1. præsumpt. 149. al fin. 3. Angel. en la ley Dominus fructuario, §. 1. ff. de Usufruct. Alex. in leg. Qui filiabus, §. 1. ff. de Legat. 1. (4) Palac. Rub. in cap. Per vestras, § 24. n. 8. Men. præsumpt. 149. al fin. lib. 4. (5) Ley 1. §. fin. de Usufruct. accrescend. Paulo in leg. Aquam. ff. Quemadmodum servitutes amittant. Greg. Lop. en la ley 33. tit. 9. Part. 6. vers. Nunc vero. Gom. lib. 1. Var. cap. 10. n. 6.

por fallecimiento del padre se deberá sacar de ella el tercio, y quinto, cuya mitad será para el que sobreviva mejorado, á quien se aumentará, por haberse aumentado á la herencia del mejorante; v. gr. importa la mejora de todos los bienes del testador mil reales, de los quales tocan al sobreviviente 500 de los otros 500 que devolvieron al mejorante por muerte del otro hijo, se sacarán el tercio, y quinto, que son 233 rs. 11 y medio maravedis, los quales se dividirán en dos partes iguales, la una para el mejorado, á quien se aplicará con los 500 referidos, y la otra se agregará al resto de la herencia, para repartirla igualmente entre todos los herederos, incluso el mejorado (1).

114 Pero este modo de dividir aunque parece podrá tener lugar en la forma propuesta, quando el testador mejoró limitada, y únicamente á los hijos en alhajas, ó cantidad determinada, ó en ciertos bienes, cuyo importe, consta, ó se especificó al mismo tiempo; ni lo tendrá en este caso ni tampoco quando no consta á quánto ascendia la mejora, por haber sido hecha simple, é indistintamente en todo; porque como se atiende á los que dexa al de su muerte, sin distinguir de qué parte provienen, ni con qué titulo los adquirió: una vez unidos, é incorporados en su patrimonio, se confunden: y es própio de la naturaleza de la mejora simplemente hecha el ampliarse á los bienes futuros, y no limitarse á los presentes, segun dexo sentado en el n. 82. y 83: y se contempla el que sobrevive único mejorado, y como tal debe llevar enteramente el importe del tercio, y quinto de quantos dexe su padre, sin diferencia, distincion ni mas cuenta, ni division; pues siempre que los bienes se hallen unidos al patrimonio de alguno, no se debe hacer distincion, ni separacion de ellos, sino en los casos expresos en derecho. Lo que tendrá presente el contador.

115 Al modo que no se colaciona la donacion que hace el Príncipe á un hijo por los méritos de su padre, (como diré en el cap. siguiente) porque los beneficios, gracias y mercedes de los Príncipes se deben interpretar plenísimamente (2), con tal que no cedan en detrimento de

(1) Morq. lib. 3. cap. 10. (2) Ley pen. ff. de Constit. Princip. y ley *Si quando* 2. Cod. de Bonis vacant.

tercero, pues en caso de ceder, debe ser estrictamente (1): así tambien la donacion hecha por el Príncipe á dos ó mas conjuntos despues de aceptada, si uno de los donatarios muere testado ó intestado sin dexar heradero, acrece al otro: y lo mismo se observa la repudie antes que se le haga ó despues de hecha, sin que jamas recaiga en el fisco por falta de herederos legítimos ó parientes (2).

§. IV.

Cómo se han de dividir los frutos de la mejora y donacion hecha en sanidad, ó en última voluntad; quándo pertenecen ó no al mejorado ó donatario, ya estén ó no pendientes en la alhaja consignada; y si éste debe ó no restituirlos en caso de revocarla el testador.

116 Suelen ocurrir graves dificultades á los contadores en órden al modo de dividir legalmente los frutos de la mejora hecha en sanidad ó en última voluntad con tradicion ó entrega, y consignacion de los bienes de su importe ó sin éstas. Y para que quando se les ofrezca, procedan con justificacion, digo: que constituida irrevocablemente en sanidad la mejora en cosas ciertas y señaladas; ó aunque sea revocablemente, si no se revocó, ántes bien se entregó al mejorado su posesion verdadera ó ficta, le pertenecen los frutos desde su tradicion, porque desde entónces se le transfirió el dominio de aquellas, que es el que presta título para la adquisicion de éstos; y lo mismo procede en la donacion hecha por causa onerosa con tercero, aun quando no haya tradicion (3). Pero si no se le entregaron las cosas en ella contenidas, ni fué hecha por causa onerosa con tercero, no le corresponden los frutos hasta que muere el mejorante (4).

117 Si la mejora en sanidad fué hecha de una parte, ó quota de bienes ciertos y señalados por el mejorante, pero no

(1) Ley Prætor. 2. §. Si quis à Principe 16. ff. Nec quid in loco publico.
(2) Gutier. in dict. leg. unic. Gom lib. 1. Var. cap. 10. n. 2.
(3) Ley Tradit 20 Cod. de Pact. Angul. en la ley 4. glos. 6. n. 15. de Meliorat. Matienz. en ella glos. 3. n. 5. tit. 6. lib. 5. Tello en la 20. de Toro n. 14. (4) Angul. ibi n. 14. Matienz. n. 6.

fueron entregados al mejorado, se deben tambien á éste los frutos de ellos desde que el donante ó mejorante fallece, porque por la certidumbre de los bienes de que se compone en virtud de la asignacion ó señalamiento, empieza el mejorado en el instante que se verifica la muerte del mejorante, á tener dominio en ellos, mediante el qual adquiere sus frutos; y como son seqüela necesaria de éste, se debe hacer de ellos el mismo juicio (1).

118 Pero si la mejora no fué señalada en bienes algunos, ni por consiguiente fueron entregados éstos al mejorado, se le deben únicamente los frutos desde la mora cometida por el heredero en hacerle la tradicion de los que correspondan á la mejora (2); y la razon es, porque por no habersele transferido su dominio desde el contrato por la incertidumbre de los que se le aplicarian, pudo ser revocada la donacion hasta la muerte; y como se atiende á este tiempo para hacer la computacion de la qüota, empieza la translacion de su dominio, y por consiguiente el derecho al percibo de los frutos, desde que se hace la aplicacion de aquella, porque desde entonces se sabe de qué bienes se compone la qüota donada, y no ántes.

119 Siendo hecha á hijo emancipado mayor de 25 años la donacion ó mejora de qüota en sanidad, si se le entregó verdadera ó tácitamente, deberá percibir los frutos desde el tiempo de la demora, (que es desde la litis contestacion) y no ántes por la incertidumbre, y falta de asignacion de bienes que arguye buena fé; pues si la cosa es indivisible, se puede pagar en dinero, y los frutos ó usuras de éste no se deben sino desde la mora: y aunque sea divisible, no es cierta la parte de ella en que se ha de hacer la adjudicacion, por lo que no adquiere su dominio, ni por consiguiente derecho á sus frutos (3). A mas de que el contrato de donacion es de derecho riguroso (4), y en los de esta naturaleza se necesita la litis contestacion, porque desde ella se constituye poseedor de mala fé el que ha de entregar (5), y contra el liberal no

(1) Ley Cum hæres institutus erat, ff. de Acquirend. hæredit. y ley Ex diverso, §. Ubi autem, ff. de Reivind. Tello ibi n. 15. Angul. n. 16. Matienz. n. 8. (2) Ley Si quis bonorum, & ibi DD. ff. de Legat. 1. Matienz. dicho n. 8. y n. 9. Angul. y Tell. ibi. (3) Angul. ibi n. 18. (4) Ley Etsi, cod. ff. de Donat. (5) Ley Cum fundus, ff. de Reb. credit. si cert. petat. y ley

se debe proceder con el rigor que contra los demás, porque le sería ninniamente gravosa su liberalidad (1). Pero si fué hecha á hijo exîstente baxo la patria potestad, ó á menor, se le deben los frutos desde el tiempo de la tradicion, porque por el menor interpela la ley (2), y porque el hijo que se halla en poder de su padre, está impedido de pedir contra él, y de moverle pleyto (3).

120 Quando la mejora de cierta cosa particular es hecha en última voluntad sin tradicion, tocan los frutos al mejorado desde la muerte del testador, desde cuyo tiempo, y no antes se le transfirió su dominio (4). Y aunque parece que no debia percibirlos hasta que el heredero aceptase la herencia; le corresponden no obstante, por no ser necesaria segun ley (5) su adicion, ó aceptacion para la validacion del testamento, y de todo lo que contenga, si consta de la solemnidad que prescribe. Pero si interviene tradicion, le pertenecen desde que ésta se le hace, porque desde entónces se le transfirió su dominio, por razon del qual los adquiere (6).

121 Lo mismo procede quando fué hecha de cierta parte, ó qüota de bienes, v. gr. *tercia*, *quarta* en última voluntad, é intervino tradicion verdadera, ó ficta de ella, ó asignacion de la cosa en que se habia de pagar. Mas no, si faltó la tradicion, pues entónces se le deberán solamente los frutos desde la demora cometida por el heredero despues de la muerte del testador, porque como no hay tradicion ni señalamiento de bienes ciertos, por donde se infiera haberse transferido su dominio en el mejorado: y la asignacion de la qüota en la universidad de la herencia solo presta derecho á ella, mas no á bienes determinados por la incertidumbre de los que se aplicarán al mejorado, (pues la aplicacion es arbitraria en el Juez quando no hay asignacion) por eso tampoco debe haber frutos hasta que se haga la aplicacion, desde la qual empezarán,

si filius, §. 1. ff. de Verbor. obligat. (1) In mol., y Juan Andr. en la ley Cum qui cit. (2) Ley In numerem, Cod. In quibus caus. restit. (3) Ley 2. tit. 2. Part. 3. ley 1. §. 1. Cod. de Annal. excepc. ley Lex talla, ff. de Judic. (4) Ley 34. tit. 9. Part. 6. Ley A Titio, ff. de Fort. ley Si filio homo, § Cum servus, ff. de Legat. 2. Gom. lib. 1. Var. cap. 12. n. 2.

(5) Ley 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec. (6) Ley Si quis heredem, ff. ibi Alex. al fin., y Jason n. 4. ff. de Legat. 1. glos. in leg. Non omnibus, ff. Cum bonorum, ff. eod. tit. Matienz. en dicha ley 4. tit. 6. lib. 5. gl. 3. n. 5. y 7.

porque desde ella empieza la translacion del dominio en los bienes aplicados. A mas de que esta qüota se puede pagar al legatario, ó mejorado en bienes que no sean fructíferos, porque no está prohibido quando es legado genérico; y así quedará á eleccion del heredero el señalamiento de ellos, como por derecho comun se le permitia, pues siendo de los de la herencia, cumple con el precepto de la ley 20. de Toro, inserta en el n. 16. que así lo ordena, y solo prohibe que se pague en dinero (1).

122 Dexando el testador descendientes legítimos todos mayores de 25 años, y bienes muebles, semovientes y otros fructíferos, é infructíferos, y mejorando por contrato, ó última disposicion á algun descendiente suyo legítimo en el tercio de sus bienes, ó en el tercio y quinto indistintamente sin entregárselos, ni aun consignárselos, si se tarda un año, ó mas en evacuar la particion (como freqüentemente suele suceder) á causa de haber que liquidar cuentas, cobrar créditos ó por otro motivo que no dependa del mejorado, parece que deberá llevar desde la muerte de su padre no solo el importe de la mejora, sino tambien los frutos, réditos ó pensiones líquidas de los bienes fructíferos, ó redituables á proporcion de su haber, y no igualmente como los demas herederos: Lo I, porque los frutos aumentan la herencia (2), y por consiguiente el haber respectivo de cada partícipe segun la legal voluntad del instituyente. Lo II, porque el mejorado está obligado á pagar las deudas de este á prorrata de lo que le toca (3); por lo que al modo que sufre el gravamen, debe percibir la utilidad. Lo III, porque en el instante que se verificó ser heredero, y aceptó la herencia, se le transfirió proindiviso el dominio de los bienes de ésta, y por consiguiente el de los frutos en aquella parte como accesorios: y así el mismo derecho debe ser de estos, que de ella (4); y por haber permitido la proindivision, ó no haberse podido divi-

(1) Dichas leyes Si quis bonorum, y Non amplius Angul. en la 4. gl. 6. n. 4. al 9 y n. 20. Matienz ibi n. 7. y 8. Tell en la 20. de Toro n. 16. y en la 26 n. 8 Gom. dicho cap. 12. n. 21. Ayor. part. 1. cap. 6. n. 13. al 16.
(2) Ley Hæres furiosi, §. fin. y ley Heres venient, §. Item non solum, ff. de Petition hæredit. (3) Ley 20. de Toro, que es la 5. tit. 6 lib. 10. Nov. Rec. (4) Ley Cum heredes instituti, ff. de Acquirend. posses. y ley Ex diverso, §. Ubi autem, ff. de Reivind. Ayora, part. 2. quest. 30.

dir la herencia, no es visto haber renunciado los frutos, que como mejorado le computen; y de no entregársele, resultará que con su importe se lucran los coherederos no mejorados sin tocarles: y que habiendo sido predilecto, y por consiguiente de mejor condicion, se constituia de peor, y se convertia en su detrimento la proindivision, quando á haberse hecho al instante la particion, se habria utilizado de sus frutos todo el tiempo que medió; y así se debe retrotraer al de la muerte del mejorante. Lo IV, porque al modo que si mientras los bienes estuvieron proindiviso, se hubiera menoscabado la herencia, la misma suerte la mejora: del própio modo habiendo tenido incremento con los frutos, debe tenerlo esta tambien. Y lo V, porque mientras dura la proindivision, subsisten los bienes en compañía, y así cada socio debe llevar de los frutos, ó utilidades de ésta lo correspondiente al fondo que en ella puso, ó le dexaron, que es el haber respectivo á la herencia, y mejora. Por cuyas razones parece indubitado á primera vista que los frutos se deben dividir á proporcion del haber de cada partícipe.

123 Sin embargo de las razones expuestas, que al parecer concluyen, concibo se debe practicar lo contrario en el caso propuesto: y que así se han de dividir con igualdad entre todos los interesados mayores (ya sean legítimos, ó extraños) los frutos líquidos producidos por los bienes hereditarios durante la proindivision: Lo I, por lo expuesto en el n. 118. Lo II, porque aunque es constante que los frutos aumentan la herencia, esto se entiende de los que el testador dexa pendientes en las fincas fructíferas, ó recogidos en sus troxes, ó paneras, que son parte de ella, mas no de los que despues de su muerte nacen, pues solo son, y se llaman herencia los bienes que al tiempo de morir le pertenecen. Es así que no puede tener los que posteriormente á su muerte se crian, ni por consiguiente ser suyos, porque ya no tiene sér, ni capacidad para adquirir su dominio, por no exîstir: luego tampoco pudo mejorarle en ellos. Lo III, porque de que esté obligado á pagar las deudas á prorrata de lo que le toca por la mejora, no se deduce que deba por eso percibir frutos de ella, porque hasta que se pagan, no la hay, ni tampoco herencia: es así, que por

esta razon se baxan, y deben baxar ántes que todo, como he sentado en el c. 3. del lib. 1. de este tratado: luego nada paga, ni se le desfalca, pues en lo ageno no puede mejorarle el testador. Lo IV, porque el haber permitido la proindivision, no le presta el mas leve título, ni derecho para la percepcion de frutos como mejorado, ántes bien por su silencio es visto que no los quiso, y que se contentó con los que como heredero le tocasen, pues á no haberlo querido, hubiera protestado no se le irrogase perjuicio en ellos, é instado á que se hiciese la particion en el estado en que se hallaba la herencia: y si no tuvo culpa en que esta no se dividiese, tampoco la tuvieron los coherederos, á quienes por delito que no cometieron, no se debe condenar: y así impútese á sí própio el perjuicio, que por su inaccion, silencio y tácito consentimiento conciba habérsele irrogado. Lo V, porque para la adquisicion de frutos es indispensable el dominio absoluto, verdadero é indubitado en la cosa que los produce, como dexo sentado: es así que el mejorado en ninguna de la herencia lo tiene específico por falta de tradicion, y consignacion, sino universal, é indistinto en todas, y cada una, como los demás herederos, y por ignorarse quáles se le aplicarán á causa de ser arbitrario en el Juez, y deberse deducir primero, segun la ley 30. de Toro, los gastos de su funeral, misas, entierro y legados, que tal vez consumirán todo el quinto, no pueden graduarse, ni estimarse quántos frutos han producido (1): luego tampoco tendrá accion á ellos como mejorado, sino igualmente como heredero. Lo VI, porque aunque es cierto que menoscabándose la herencia durante la proindivision, se menoscaba tambien la mejora; pero no lo es que aumentándose aquella con los frutos, debe aumentarse tambien esta, pues de aquel antecedente no se sigue este consiguiente, por ser falso el supuesto en que se afianza; porque los frutos producidos despues de la muerte del testador no son parte de la herencia que dexó, sino de sus herederos, y así no la aumentan por las razones expuestas en la segunda satisfaccion, ni se llaman caudal paterno, ó materno, sino so-

(1) Ayor. part. 2. quæst. 30. y 39. y part. 3. quæst. 17.

lamente, partible, ó comun de todos; por lo que como bienes privativos de ellos en comun se deben dividir con igualdad entre todos (1). Y lo VII, porque no hay entre ellos la sociedad que se aparenta, ni por el hecho de existir los bienes proindiviso se entiende haberla, si no se expresa (2): pues para que en lo legal se estime tácitamente contraida entre los hermanos, es preciso que copulativamente concurran los tres requisitos explicados en el cap. 4. §. 4. n. 86. y 90. del lib. 1. de este tratado; y faltando alguno, ni se contrae ni tácitamente se renueva, aunque la haya habido; es así que en el presente caso no solo no concurren, sino que falta la voluntad, y unánime consentimiento de todos, que es otro requisito, sin el qual no la hay (3); pues cada uno apetece la conclusion de los negocios obstativos de la evacuacion de la particion, para que esta se haga, y tomar lo que le corresponde: luego tampoco se deben dividir los frutos á proporcion del haber de cada partícipe, por no deberse conceptuar fondo puesto en la titulada sociedad que no hay. Y aunque se quiera decir que la adjudicacion que se le haga, se retrotrae al tiempo de la muerte del mejorante: no es así, porque en la retrotraccion (que es una ficcion legal, la qual obra tanto en el caso fingido, como la verdad en el verdadero (4), y la ficcion que proviene del derecho, se reputa por verdad (5), como afirman los AA.) se requieren copulativamente los dos extremos habiles (6). Es constante que estos faltan de parte del testador, y del mejorado: de la del testador, porque jamas tuvo dominio en los frutos, para mejorarle en ellos; de la del mejorado, porque no lo adquirió al principio por defecto de la tradicion, ó asignacion de cosa cierta que le dexase, y pudiese llamar suya en-

(1) Ley In quantitate, ley In ratione legis Falcidiæ, y ley In Falcidia, ff. ad leg. Falcid. y ley Cum quæritur, Cod. de Inoffi. testam. Ayor. part. 1. cap. 6. n. 9. y 10. (2) Ley Ex parte, §. Filius 3. ff. Familiæ erciscund. Socin. cons. 191. vers. Fateor enim, part. 2. Matienz. en la ley 2. tit. 9 lib. 5. Rec. glos. 1. n. 23. y 26. (3) Ley 1. tit. 10. Part. 5. y ley Quia dimittitur 19. ff. Pro socio. (4) Doctor in leg. Si is qui pro emptore, ff. de Usucapion. (5) Leg. Si maritus, §. legis, ff. ad leg. Juliam de adulter. & in leg. Mortis, ff. de Verbor. significat. Roxas de Incompat. part. 1. cap. 4. num. 66. (6) Ley Si is qui pro emptore, ff. de Usucapion. ley Bonorum, ff. Rem ratam haberi, y ley Necessario, §. Quod si pendente, ff. de Pericul. & commod. rei vendit. Matienz. en la 10. tit. 8. lib. 5. glos. 3. n. 15.

tónces, ni quando murió. Luego aunque al fin tuviese capacidad, no pudo adquirirlo, ni por consiguiente se retrotraerá; pues para que haya lugar la retrotraccion, es menester que al principio y fin esté claro, y expedito el derecho, y capacidad del interesado, y que el tiempo medio no esté totalmente destruido, ó roto, sino solamente impedido ó suspenso; en cuyo caso sin embargo de que intervenga algun motivo obstativo, ú suspensivo de su execucion: luego que este cesa, y se quita, se retrotrae al principio en que los tuvo; y así ni el impedimento del tiempo medio le daña, ni la incapacidad de él lo vicia (1), por no ser del caso este tiempo medio, sino la habilidad, y capacidad en los dos extremos: v. g. en la donacion de cosa cierta que se confirma con la muerte, en la qual si no intervino tradicion, no obstante que se retrotrae al tiempo del contrato, no puede surtir efecto su ratrotraccion en quanto á los frutos, porque el extremo á que se retrotrae, no es habil para lucrarlos por falta de dominio y posesion, que son los que prestan, y dan título para su percibo; lo que es al contrario, quando intervino tradicion, y el donante se reserva la facultad de revocarla; en cuyo caso aunque el donante no los haya percibido, se le deben desde el tiempo del contrato al qual se retrotraerán, porque la qualidad revocable de la donacion, por la que estuvo suspenso su percibo, se separó omnimodamente por su confirmacion con la muerte del donante: y como por la tradicion, que es la substancia de la donacion, adquirió el dominio, y posesion, y estos prestan título para la percepcion de frutos: es lo mismo que si la donacion hubiera sido irrevocable desde el principio. Lo I milita para desde la muerte del donante ó mejorante quando no hubo tradicion, y si asignacion de cosa cierta; pues en este caso sin embargo de que no se deben al donatario los frutos en vida del donante, se le deberán desde su muerte, porque desde esta se transfunde la substancia de la donacion, ó mejora en la cosa señalada, y en el donatario, ó mejorado su dominio, por el que le competen (2). Pero es de advertir, que aunque los extremos

(1) Ley Sed si 6. §. Solemus, vers. Media tempora: ley Si alienum 40. §. In extraneis, ff. de Hæredib. instituend. ley Miles 36. §. Miles in supremis, ff. de Militar. testam. Larrea tom. 1. disp. 43. n. 15. Roxas ibi n. 68.

(2) Alex. en la ley Is, cui bonis, ff. de Verbor. obligat. Angul. en la 4.

sean hábiles, no tiene lugar la retrotraccion, si el medio está destruido, ó corrompido, porque impide que se puedan unir ó juntar (1). Que la retrotraccion es de equidad (2), y esta impide todo lo que cede en detrimento de tercero (3); por lo que no procede quando este en el tiempo medio adquirió irrevocable y perfectamente derecho á la cosa, ó á lo ménos con esperanza invariable, y cierta, lo que será al contrario así por la disposicion de la ley como del hombre si lo adquirió revocable, imperfecta y variablemente segun el evento, ó contingencia de la condicion pendiente, pues entónces tendrá lugar (4). Y que la ficcion translativa de la retrotraccion no debe prevalecer á la verdad, ántes bien prefiere á aquella (5). Por todo lo qual no queda duda en que la division de frutos en el caso propuesto se debe hacer con igualdad entre todos los herederos, y no á prorrata deduciendo, y separando de la herencia ante todas cosas la mejora para el mejorado, y uniendo luego al residuo de aquella el total importe líquido de sus frutos: y hechas un cuerpo estas dos partidas, dividiendo igualmente entre los herederos, incluso el mejorado, como si fuera todo herencia. Si todos los herederos son menores, parece deberá observarse lo contrario, porque el mejorado goza de privilegio; estuvo impedido por su menor edad de activar la particion, trata de evitar su daño, pues á haberse evacuado esta, percibiria mas frutos; y no le debe perjudicar la demora que hubo en su evacuacion. Mas no obstante, se practicará lo mismo que entre los mayores, porque militan idénticas razones, y las de que si el mejorado estuvo impedido y goza de privilegio, lo estuvieron tambien, y gozan de él los coherederos y aquel trata de adquirir lucro de bienes que no son privativa y absolutamente suyos: y éstos de evitar el daño que se les irroga de que el que no tiene mas dominio que ellos en los bienes partibles, per-

tit. 6. lib. 5. Rec. glos. 6. n. 5. 12. 13. y 14.

(1) Ley fin. ff. de Fluminib ley Qui sella, §. fin. y ley Tria prædia, ff. de Servit. prædior. rustic. ley Titius 4. ff. Quæ res pignori obligari non pos. Roxas de Incomp. part. 1. cap. 4. n. 15. al 18. (2) Ley peculiarium 10. al princip. ff. de Captiv. postlimin. revers. (3) Ley Nam hoc notum 14. ff. de Condit. indebit. (4) Leyes 2. y fin. ff. de Natalib restit. Covar. de Spons. p 2 cap. 8. §. 2. n. 28. Roxas ibi n. 63. (5) Ley Filio 23. ff. de Liber. & posthum. Cost. de Retrotraction. cap. 1. n. 10. y 11. Roxas ibi n. 14.

ciba mas frutos; pues funda su derecho en que siendo, como es constante que durante la proindivision, y faltando la tradicion y consignacion, compete á todos omnimoda, é indistintamente igual dominio en los referidos bienes (que es el que presta el título legítimo para la adquisicion de frutos, y no el mero derecho á aquellos, porque hay notable diferencia entre tener derecho á una cosa, ó dominio en ella): se sigue de este incontrastable principio que la division de frutos debe ser igual tambien, como efecto del dominio, porque de lo contrario se daria efecto sin causa, lo qual no puede ser. Y siendo menor el mejorado, y los demás mayores, debe observarse lo própio por defecto del dominio; pero en este caso y aun en el precedente, si la particion no se evacuó por culpa ó por morosidad de su tutor que sea culpable, y no de otra suerte, tendrá accion para repetir contra él, á fin de que le indemnice del daño que se le irrogó en estar privado de los frutos que podian haberle producido los bienes redituables que se le aplicasen en pago de su mejora, á haberse evacuado prontamente la particion, como pudo, y debió haberse hecho. Y porque muchos titubean y se confunden en la resolucion de estos casos, tuve por conveniente dilatarme en su explicacion para alivio del contador, y que no yerre.

124 Lo própio milita, quando el padre, que en vida habia dado dote á hija, ó hecho donacion *propter nuptias* á hijo suyo, la mejoró en última voluntad, á fin de que no tuviese que restituir, y este mejorado considerando tal vez que nada tiene que tomar, calla algunos años, y conociendo luego que los bienes tienen mucho valor, pide se haga la particion, y se le aplique lo que le falta con los frutos de su mejora: pues ningunos llevará por esta razon, y sí solo por lo que le falte para completar su haber como mejorado (1).

125 Pero si el testador no dexa al hijo el tercio por via de mejora, ó prelegado, sino por via de institucion, v. gr. lega el quinto á su muger ó á otro, ó no dispone de él, y hace otras mandas en diferentes cláusulas, y despues en la de herederos dice: *Y en el remanente de todos mis bienes muebles, raices, derechos y acciones instituyo por mis universales he-*

(1) Ayer. part. 2. q. 30.

rederos á Pedro, Juan y Diego mis hijos, excepto el tercio, que quiero, y mando lo lleve demás, ó por via de mejora dicho Pedro, y si es necesario, lo mejoro en él en la forma que mejor lugar haya en derecho, &c. en este caso afirma Ayora (1) que el mejorado llevará la parte de los frutos correspondientes al tercio, y despues partirá igualmente con sus hermanos: y que la razon de diferencia consiste en que en el primer caso el mejorado tuvo el tercio como prelegado, y á los legatarios no pertenece el aumento, ni diminucion de la herencia, sino á los herederos; pero en este tocándole por derecho de institucion mas que á los otros hermanos, y perteneciendo á los herederos, como les pertenecen los frutos cogidos despues, debe llevar como uno de ellos los correspondientes á su haber arreglado á la institucion; por lo que se ha de atender á las palabras del testador, que proferidas de un modo, producen un efecto, y dichas de otro, otro diverso (2). Dudo de la verdad de esta opinion, porque de qualquier suerte que le dexe el tercio, siempre es mejora ó prelegado: y concibo que lo mismo debe proceder, ya se lo dexe, y lo perciba como heredero, ó como legatario; pero me sujeto al dictamen de los Legistas doctos, y juiciosos.

126 Dotando el padre á una hija en cierta cantidad y entregadósela en bienes muebles, y dinero quando se casó: muerto despues; si la herencia que dexó, y consistió en bienes raices, estuvo muchos años sin partir, y al tiempo de su division pretende la den sus hermanos la parte de herencia que la toca con los frutos de ella íntegros, á cuyo fin colacionará todo lo que recibió en dote; no llevará sinembargo de su pretension mas frutos que los de aquella parte que le falte para completar su legítima; y si la dote importa tanto quanto el todo de esta, nada llevará de la herencia, porque ya la tiene recibida, ni por consiguiente de sus frutos, porque estos tocan á sus hermanos, como producto de sus legítimas. Sin que la sirva alegar que fué perjudicada, por no haber llevado cosa alguna en bienes raices: porque á mas de haberse contentado con los que se la entregaron, no pudo compeler á su padre á que de ellos la

(1) Part. 3 q. 17. n. 55. (2) Ley Unum ex familia, §. Sed, & si fundum, ff. de Legat. 2 y ley Plautius, ff. de Auro et argent. legat.

dotase: pues es arbitrario en él el dexar á sus hijos la legítima en los que quiera, con tal que no los grave en ella, ni en su importe (1).

127 Si el testador mejora en cosa cierta, ó en el tercio de sus bienes, ó en el tercio y quinto á uno de sus hijos, consignando la mejora en bienes determinados, que atendido su líquido caudal, no exceden del valor de ella; no llevará el mejorado como tal mas frutos que los que durante la proindivision rentaron las fincas señaladas, ya sean muchos, ó pocos, los quales se separarán del total cúmulo para su aplicacion, y de ellos llevarse cuenta; porque por la consignacion se le transfirió únicamente el dominio de las consignadas, y por consiguiente el derecho privativo á sus frutos íntegros, y no á mas en el concepto de mejorado; pero de los que hayan redituado los demás bienes productivos, partirá igualmente con los coherederos por el derecho de legítima que á cada uno corresponde; á cuyo fin se agregarán estos al acerbo del residuo de la herencia despues de separados la mejora y frutos de ella.

128 Mejorando el padre ó madre á uno de sus hijos en el tercio, ó quinto con consignacion en cosa cierta, y señalando á otro su legítima en otra, aunque la de este produzca mas fruto que la de aquel, no podrá pretender por razon de su mejora mas que los que su alhaja produxo, porque el otro hijo adquirió igual dominio en la de su legítima, que él en la de su mejora, y los frutos siguen el de la cosa que los produce (2): y como se transfirió respectivamente á cada uno desde la muerte del testador (3), llevaran los frutos que sus fincas señaladas produxeron, miéntras no se dividieron los bienes de la herencia que dexó, en cuyo caso el mejorado, no obstante tocarle mas parte de esta, percibirá ménos frutos por su mejora, que el que no lo fué, y llevará su legítima en los demás bienes que haya, ya sean, ó no productivos, pues (4) no se debe atender al valor que la herencia tiene con el aumento de frutos, ni

(1) Ayor. part. 2. q. 28. (2) Ley Ex diverso, §. Ubi autem, ff. de Reivind. ley Herennius Modestinus, ff. de Usur. & fruct. y leyes 1. y 2. ff. Si pars hereditat. petat. (3) Ley A Titio, ff. de Furt. ley 2. Cod. Communia de Legat. y §. Nostrum, Institut. de Legat. (4) Leyes 19. y 23. de Toro. Ley Cum quæritur, Cod. de Inoffi. testam. ley In ratione legis Falcidiæ, ff. ad leg. Falcid.

estos se la deben agregar, como quando no hay consignacion, sino al que tenian quando falleció el mejorante, porque en este caso cada uno adquiere solamente el dominio en su alhaja, ó alhajas consignadas, y en el otro lo tienen todos proindiviso en todo, y por eso la herencia, y sus frutos se hacen cumulo universal, despues de separada, y deducida de ella la mejora, y se dividen con igualdad entre todos.

129 Si el ascendiente mejora á un hijo, ó descendiente en el tercio y quinto, consignándolos en una alhaja raiz, y mandando que si el valor de esta excede á la mejora, lleve en cuenta de su legítima el exceso; y muerto el mejorante, se averigua que la alhaja vale mil ducados, (por exemplo) y excede á la mejora en 200, los quales debe llevar por parte de legitima, y no se hace la particion en 4 años, en cuyo intermedio renta la alhaja 300 líquidos, y otros bienes raices del difunto 1100, que en todo componen 1400, ¿cómo se dividirán con justificacion estos frutos? De los 300 ducados que rindió la alhaja en los 4 años, llevará únicamente el mejorado en el concepto de tal 240, que son la parte correspondiente á los 800 que importó la mejora, y los 60 se le aplicarán tambien como frutos que produxo la parte de legítima, que se le consignó en la alhaja, en la que adquirió el dominio por la consignacion: y de los 1100 que rindieron los demás bienes raices, llevará lo que le corresponda por la legítima que le falte, y deba haber en estos, baxados los 20 que en la alhaja le tocan; porque de aplicarle los 300 por la mejora sola, y luego la parte correspondiente á los 1100 como uno de los herederos por su legítima con igualdad á los demás partícipes, salian perjudicados estos en los 60, producto de los 20, que en la alhaja llevaba por parte de legítima. De aplicarle igual parte de frutos de ellos, como si nada tuviera en cuenta de legítima, se les perjudicaba igualmente, por tener tomados los 200 en cuenta de esta y sus frutos. Y de unir los 60 á los 1100, y partirlos con igualdad entre todos, podian ser perjudicados el mejorado, ó los demás; y así en aplicándole los frutos correspondientes á la parte de legítima, que baxados los 200 le falte que tomar, á nadie se grava, pues los 60, producto de estos, son para él solo, y debe contentarse con ellos, ó no admitir la parte de la alhaja en cuenta de legítima. Pero si no le consig-

náre el exceso por parte de legítima, se unirán los frutos sobrantes de la mejora, v. gr. 60 ducados, á lo que rindan los demás bienes raices, y ya sean muchos, ó pocos, se dividirán entre todos los herederos igualmente.

130 Lo qual milita, y debe practicarse así, aunque el padre vincúle la mejora, y tambien lo que por parte de legítima toque al mejorado en la finca, ó fincas consignadas; pues no obstante el gravámen de vinculacion, que a la legítima puede imponerle, sin embargo de que por esta nada mas le toque (y valdrá en este caso (1), como he sentado en el cap. 1. de la primera parte adicionada, n. 113. y el Real Decreto adicionado al cap. 11.) debe hacerse la division de frutos en los términos referidos, porque el gravámen á mas de no estenderse á ellos, no es impuesto á los coherederos, sino al mejorado, por lo que no se les debe defraudar lo que les toca.

131 Si tiene dos hijos el testador, y mejora al uno en tercio y quinto, consignándole el tercio en ciertos bienes que lo importaron, mandando llevase el quinto en dinero, ó en otros muebles, y señalando al otro por cuenta de su legítima otros bienes raices, y á mas de los señalados á ámbos hijos, dexó otros raices y muebles, y el mejorado se apoderó solamente del quinto, ó parte de él para cumplir el entierro, misas y mandas, por lo que los bienes del tercio, y todos los demas estuvieron sin dividir: y habiéndose llevado cuenta de lo que respectivamente produxeron todos, resultó que durante la proindivision rindieron de frutos líquidos 1500 ducados en esta forma: 500 los de la mejora, 300 los de la legítima del otro hijo, y 700 los restantes; en este caso se han de aplicar privativamente al mejorado como tal los 500, y a su hermano los 300, y se han de dividir por mitad entre los dos los 700, y de esta suerte ninguno queda perjudicado en los que le corresponden por su legítimo haber. Pero si cada uno se apodera de los bienes raices que se le consignaron, y percibe sus frutos, y los demás quedan proindiviso, de estos solos se han de partir con igualdad los que produzcan, y no hay que hacer mérito de los otros, porque ya los tienen sus respectivos dueños.

(1) Dicha ley Unum ex familia, y §. Sed, & si fundum, ff. de Leg. 2. y ley Imperator, §. Si certum, ff. eod. tit. y ley Sed si non servus, ff. ad leg. Falcid. Rox. Almans. de Incompat. disput. 2. q. 7.

132 Quando fallece el testador y hay frutos pendientes en los bienes en que consiguó la mejora, parece que los llevará el mejorado como parte de estos, porque los frutos siguen la finca en que existen (1), y se entienden incremento suyo, y una misma cosa con ella, y no de la herencia: por lo que no habrá que inventariarlos, ni tasarlos. Pero no obstante, se debe distinguir: si dexa viuda, se han de inventariar y tasar, porque la toca la mitad de su importe liquido; y lo própio milita si ella muere, y queda su marido (2), como dexo sentado en el cap. 5. lib. 1. de este tratado.

133 Si no hay sobreviviente se ha de atender á si el difunto testó *entre herederos legítimos*, *ó entre extraños*: si *entre legítimos*, se han de inventariar, y tasar igualmente, y aplicar al mejorado no como frutos pendientes, sino como parte de mejora, y de hacienda que dexa el testador, de la qual se debe deducir, en quanto quepa en el tercio, quinto y legitima, atendido todo el caudal que se encuentre pertenecerle, porque el exceso es inoficioso, y debe restituirlo á los coherederos, á quienes se debe gravar en la legítima que por derecho les toca, como queda advertido en el n. 21. Lo qual procede, ya el testador le haya mejorado en tercio y quinto, consignando en los mismos bienes la mejora, ó solamente en estos, sin expresar si era por parte de tercio y quinto, pues en ámbos casos se ha de atender por la razon expuesta á si caben, ó no en aquello, en que el derecho le permite mejorar á sus descendientes legitimos, aun quando en los mismos bienes no haya frutos pendientes, pues de lo contrario se infringian su voluntad, y las leyes, y eran perjudicados los demás hijos.

134 Y si testó *entre extraños*, por carecer de legítimos, se distingue: ó le mejoró en ciertos bienes sin mas expresion, ó en el tercio y quinto, ó en otra qüota, consignando en ellos la mejora. Si le mejoró en bienes ciertos que señaló, entónces (como que es legado, ya sea de mucho, ó poco valor, y el testador puede disponer á su arbitrio, sin tener que atender á si grava, ó no á los coherederos, porque entre extraños no media el inconveniente de legitima como entre los forzosos) se le

(1) Ley Fructus pendentes, ff. de Reivind y ley *final*, §. Fructus, ff. de Iis, quæ in fraudem creditor. (2) Ley 3. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec.

aplicarán como frutos pendientes, que son parte de las mismas fincas, y las siguen. Pero si le mejoró en el tercio y quinto, ó en otra qüota de sus bienes, pertenecen á la herencia los mismos frutos, y se han de tasar con los bienes de esta, porque lo son, y la aumentan: y cabiéndole en la qüota consignada, se le entregarán con las fincas en que existan, y si no, de ningun modo, porque se perjudicaria á los coherederos, y se le daria contra la voluntad del testador mas que aquello en que le habia mejorado; pues la consignacion fué para que en parte de la mejora se le aplicasen irremisiblemente las fincas, y no otra cosa en su lugar, mas no para que llevase los frutos en ellas pendientes, si no le cabian en la qüota en que le habia mejorado. Lo qual se entiende, excepto que mande lo contrario.

135 Siempre que el titulo de la mejora que se hace, se reduce á no titulo, debe el mejorado restituir con frutos la finca, ó cosa en que lo fué, porque ninguno presta al mejorado para la adquisicion de ellos (1). Al modo que en la donacion por causa de muerte, la qual quando se revoca, se reduce á no causa, por estar suspensa, y sin efecto miéntras vive el testador (2), y hacerse la revocacion como desde entonces (3); por lo que la cosa donada se debe restituir con frutos desde el tiempo en que la donacion se hizo (4). Y lo próprio milita en la *condicional*, que por la condicion se resuelve, como si nunca hubiera sido hecha (5). Lo que al contrario, quando sobrevino la condicion, pues es lo mismo que si el contrato hubiera sido puro desde el principio, y permanecido así (6).

136 Y si el titulo no se reduce verdaderamente á no titulo, sino que se revoca, se debe restituir la cosa donada sin frutos (7); por lo que si embargo de que por el superveniente nacimiento de los hijos se revoca la donacion, no vienen los fru-

(1) Felin. in c. Cum causa, col. 8. vers. Respecto autem fructuum de Re judicat. Roman. consil. 45. (2) Ley Seja, ff. de Donation. caus. mort.
(3) Ley Cum quis, ff. de Condition. ob caus. y ley Generaliter, §. Proinde, ff. de Fideicommissar. libertat. (4) Dicha ley Cum quis, y ley Videamus §. 2. §. Item quæ, ff. de Usur. Argul. en la ley 1. glos. 12. n. 6. y 15. tit. 6. lib. 5. Recop. (5) Ley Pecuniam, ff. de Reb. creditis si certum petat. ley Necessarios, ff. de Peculi. & ley Si quis fundum, ff. de contrahend. emption. (6) Vaz. in dict. leg. Pecuniam, n. 4. Argul. en dicha ley 1. y glos. 12. n. 3. (7) Ley 8. tit. 4. part. 5. Ley Si unquam 8.

tos sino desde el nacimiento, y ciencia del donatario (1), porque no están comprehendidos en la cosa donada, para que con ella se revoquen (2). Lo qual se entiende, no obstante que los frutos sean naturales, pues miéntras posee, aunque sea con título revocable, es verdadero dueño, y así los hace suyos, y puede pedir, y repetir los gastos y mejoras hechas en la cosa donada, sin estar obligado á compensarlos con ellos (3).

137 Pero es de advertir que en este caso basta la ciencia del nacimiento por parte del donatario, sin ser necesario que el donante exprese que quiere revocar la donacion (como algunos afirman), porque el donatario por lo mismo que lo sabe, no ignora que posee sin título, ó á lo ménos con título nulo, pues lo mismo es no tenerlo, que ser por derecho nulo (4); por lo que es poseedor de mala fe, y como tal debe restituir los frutos que queden líquidos, deducidos los gastos hechos en sus labores, siembra y recoleccion (5).

138 Mas no deberá restituir los percibidos y consumidos ántes de la ciencia del nacimiento de los hijos, por haber tenido buena fé (6); pues el que posee de esta suerte, hace suyos los percibidos hasta la litis contestacion, ya sean naturales, ó industriales, y se haga, ó no mas rico con su importe, porque se equipara al verdadero dueño en quanto á ellos: y ya los haya adquirido por título oneroso ó lucrativo (7); y aunque algunos hacen distincion, la ley no la hace, sino en quanto á los naturales que producen los árboles sin trabajo del hombre, y así no debemos hacerla; y aun en quanto á estos se entiende, si con ellos se hizo mas rico. Sobre cuya distincion, y obligacion véanse las leyes 39. y 40. tit. 28. Part. 3. y su glo-

Cod. de Revocand. donat. (1) Rip. in dict. leg. Si unquam n. 99. Tiraquel en ella n. 280. (2) Glos. in leg. Generaliter, §. Proinde, verb. Ex aliqua causa, ff. de Fideicommissar. liber. Ley In ædibus, §. Ex rebus, y ley Cum de Donat. ff. de Donationib. (3) Molin. de Primog. lib. 1. cap. 26. n. 14. Falac. Rub. in Rub. § 62. n. 15. (4) Ley Nec aliam, ff. de Petition. hæreditat. Angel. in leg. Sed, & si paratus, ff. Quod metus causa. Robert. cons. 9. col. fin. y cons. 41. n. 31. vol. 4. (5) Ley 30. tit. 28. part. 3. ley Si navis, § fin. y ley Fructus, ff. de Reivindicat. §. Illorum, Institut. de Offic. judic. (6) Ley 39. & ibi glos. 1. y 2. tit. 28. Part. 3 leg. certum Cod. de reivind. (7) Ley In bonæ fidei, ff. de Acquirend. rerum dominio, y ley Qui scio, vers. Porro, ff. de Usur. y ley 7. § 1. verb. Lucrari, ff. Finium regundor. Angul. en dicha ley 1. glos. 12. n. 21.

sa, pues por no tocar rigorosamente á este asunto, no me dilato mas.

139 De lo explicado se prueba, que quando los bienes de la mejora se entregaron al mejorado de tal suerte, que su dominio se transfirió en él, y la mejora se revocó por su ingratitud, debe restituir los frutos desde el dia en que fué ingrato, porque desde entónces está constituido poseedor de mala fé (1); y no antes, porque la mejora fué perfecta, y duró su perfeccion hasta la comision de la ingratitud, hasta la qual como verdadero dueño los hizo suyos (2).

140 Lo próprio milita quando la donacion ó mejora entregada se revoca en el todo, por haberse reservado el mejorante ó donante la facultad de revocarla; pues aunque por esta reserva se hace revocable, como el mejorado se constituye verdadero dueño, y la reserva de la revocacion no suena, ni hace veces de condicion suspensiva, ni impide el efecto de la donacion: por eso gana por razon del dominio adquirido los frutos de la donacion, ó mejora, porque el título de estas no se estima por no título desde el dia en que se hizo, sino desde el de su revocacion; y por lo mismo puede pedir los gastos y aumentos útiles hechos en sus bienes, sin que esté obligado á compensarlos con sus frutos (3), como queda expuesto.

141 Habiendo casado el padre á una hija de su primer matrimonio, cuya madre llevó bienes raices, ó redituables, y dádola en dote bienes muebles, y dinero, quedándose con los fructíferos de su madre, muerto el padre, restituyendo la hija los bienes que la dió en dote ¿tendrá accion á pedir los maternos con los frutos producidos desde que se casó, por corresponderla su usufructo desde entonces, y estar obligado su padre á restituírselo, segun la ley 48. de Toro, sin reservar para sí parte alguna de él? Si la hija era mayor de 25 años quando se casó, equivalía el valor de la dote al que tenian los bienes maternos, y consintió expresamente que su padre la diese los muebles en lugar de los que su madre habia llevado: no puede intentar se

(1) Rip. in leg. fin. n. 221. Cod. de Revocand. donat. Tiraq. in leg. Si unquam cit. n. 272. verb. Revertatur. (2) Glos. in leg. Non amplius, §. Cum bonorum, ff. de Legat. 1. Angel. al princip. Alex. al fin. y Jason n. 11. in leg. Si quis bonorum, ff. eod. tit. Angul. en dicha ley 1. glos. 12. n. 12.

(3) Molin. de primog. lib. 1. cap. 26. n. 14. Angul. ibi n. 7. 8. 22. y 23.

le entreguen estos, ni sus frutos, porque es visto que entre ella, y su padre hubo permuta, ó venta de unos por otros (1). Y si los maternos tenian mayor valor quando contraxo matrimonio, se entiende haberlos comprado su padre, y transferidóscle su dominio hasta en el precio que dió á su hija, y no mas; y el exceso regulado segun el tiempo de casamiento y no segun el posterior (2), se la deberá dar con los frutos.

142 Si quando se constituyó su dote, dixo que con los bienes que se la entregaban se daba por contenta, y enteramente satisfecha de los maternos, no los podrá pretender, y solo habiendo lesion en el valor de los recibidos, y haciéndola constar segun, y en los casos por derecho prescritos, se la resarcirá. Pero si la hija no concurrió al contrato dotal, y su marido intervino solo, y lo firmó, queda salva su accion para deshacerlo, y pedir los bienes maternos con sus frutos desde el tiempo del matrimonio; porque por no haber consentido, no perdió el dominio que en ellos habia adquirido, ni es visto haber habido permuta, ni venta, ni su silencio la perjudicó tampoco, porque media la reverencia á su padre, ni el marido tuvo potestad para perjudicarla; pues como dice el derecho (3), á nadie puede pasar el dominio de lo ageno sin la voluntad de su dueño.

143 Y si la hija era menor quando se casó, no valió la permuta, y enagenacion: por lo que puede pedirlos con los frutos líquidos desde entónces producidos, devolviendo la dote que su padre la dió (4). Pero en este caso deberá volver el dinero con los intereses á él correspondientes desde el dia en que se casó, si quiere los frutos de sus bienes raices, y el exceso se la restituirá: pues de lo contrario ganaria con estos, y con aquellos indebidamente. Lo qual entiendo, ya el marido hubiese querido mas el dinero que los bienes, ó no, porque no pudo perjudicarla con cosa alguna ni quitarle la accion que á los bienes maternos la competia en consequiencia de la translacion, que su dominio se la habia hecho por muerte de su madre, ni su padre quedarse con ellos (5).

(1) Arg. leg. Eleganter, ff. Pignorat. action. & ibi DD & in leg. 2. ff. de Reb. credit. si cert. petat. (2) Ley Titia 62. ff. de Jure dot.
(3) Ley 13 tit. 34 part. 7. Ley Id quod nostrum 11. ff. de Regul. jur.
(4) Arg. leg. Cum argentis solutam, ff. de Regul. jur. & ibi DD.
(5) Ayor. part. 2. q. 33.

CAPITULO III.

SI LOS HIJOS Y DESCENDIENTES LEGITIMOS á quienes sus ascendientes dotaron, ó hicieron donaciones en vida, deberán, ó no colacionarlas por su muerte con los demás descendientes.

§. I.

Qué es colacion: por qué razon se introduxo, qué se requiere para que haya lugar, y entre qué personas debe ó no hacerse.

1 Los padres en dar carrera ó estado á sus hijos suelen hacer crecidos gastos, con ánimo unas veces de imputárselo en legítima, y otras de donárselo; pero como no siempre lo expresan se dada quando nada dicen qué se ha de hacer, y para evitar estas dudas en lo posible daré la doctrina que á mi sentir encamina mejor al acierto.

2 Aunque á la palabra *colacion*, la dan varias acepciones (1); no es otra cosa (segun mi propósito) que aduccion, ó atraccion, y comunicacion que los descendientes legítimos, que son herederos, hacen al comun globo, ó acerbo de la herencia, ó cuerpo del caudal paterno, ó materno de los bienes que sus padres les dieron, y ya son suyos própios, para que despues se dividan todos legalmente entre ellos; pues primero se colacionan, que se divide (2). Y fué introducida (3) para guardar igualdad, y equidad, y evitar la envidia, y discordia entre los hijos, y descendientes herederos del difunto (4).

3 La imputacion, ó computacion es asumpcion ó redempcion por cuenta de legítima de la cosa, ó cantidad que se

(1) Gom. ley 29. de Toro. (2) Ley 1. y ley 3. §. Julianus, ff. de Collat. bonor. ley Filiæ 4. y ley Si soror. 8. y ley Illam 19. Cod. de Collat. Parlad. different. 149. n. 2. y 3. Valasc. de Partit. cap. 12. n. 4. y 5 Gom. en la ley 29. de Toro, n. 1. (3) Valasc. de Partit. cap. 12. n. 12. y sig. Gaerseir. de Divis. lib. 2 cap. 11. n. 2. y sig. (4) Ley Ut liberos 17. y ley Illud 20. Cod. de Collat. y ley fin. Cod. Communia utriusque judic Gom. ibi n. 2. vers. Hodie tamen, Valasc. ibi n. 16. y 28. al 30.

donó al que la hace: y un remedio introducido por derecho romano para excluir la querella de inoficioso testamento. En virtud de este remedio puede el hijo, á quien su ascendiente dexó ménos que la legítima que se le debe, intentar el suplemento de ésta, con tal que reciba en cuenta, y se le impute en ella lo que su padre, ó ascendiente le dió (1). Y no tiene lugar, quando el hijo fué preterido, ó exheredado con causa legal; ni quando fué instituido en toda su legítima; y sí solo quando el testador le dexó ménos que ésta, y añadió que nada mas hubiese de sus bienes (2).

4 Se diferencian la imputacion, y la colacion: Lo I, en que aquella fué introducida en parte á favor de los hijos, y en parte al de sus padres: al de los hijos, para que no fuesen privados de su legítima: y al de los padres, para que sus testamentos no se rompiesen, ni anulasen. Y ésta en otro tiempo por la injuria que los hijos emancipados hacian á los que no lo estaban: y hoy por evitar la envidia, y discordia entre ellos. Lo II, en su orígen, forma, y naturaleza. Lo III, en que la imputacion no tiene lugar sino por testamento; pero la colacion así por testamento, como abintestato. Lo IV, en que la imputacion lo tiene, ya suceda el hijo con sus hermanos, ó con extraños; pero la colacion solamente quando suceden entre sí los hijos, y descendientes legítimos, bien que ya sucedan los hermanos entre sí, ó con extraños, se llama vulgarmente *colacion*. Y lo V, en que todo lo que se imputa se colaciona, mas no todo lo que se colaciona, se imputa en la legítima. Otras varias diferencias traen los AA. (3), las que omito, por importar poco al contador.

5 En tres casos se debe hacer la colacion, ya muera testado, ó intestado el donante (4). El I, quando el padre ó ascendiente mandó expresamente al hijo, ó hija que la hiciesen de lo que les habia dado, pues el donante puede imponer en la do-

(1) Ley Omnimodo, Cod. de Inofficios. testam. & ibi DD. Paul. de Castr. in leg. Illud, Cod. de Collationib. Parlad. ibi n. 5. Gom. ibi n. 38. Hermos. en la ley 3. glos. 3. tit. 4 Part. 5. n. 5. (2) Dicha ley Omnimodo, Cod. de Inofficios. testam. Parlad. ibi n. 6. (3) Castil. en la ley 29. de Toro n. 30. verb. A tornar. Gom. dicho n. 38. Parlad. n. 8. al 10. (4) Authent. de Triente, & semisse, §. Illud quoque, collat. 3. Valasc. de Partit. cap. 14. num. 14.

nacion que haga, la condicion permitida que quisiere al tiempo de hacerla (1), ya sean los gastos, y donaciones hechos para los fines que expresaré en el n. 76. que por derecho están esentos de la colacion, ó para otros no privilegiados. El II, quando por congeturas aparece que la voluntad del padre fué, que los bienes que habia donado, se colacionasen, de cuyas congeturas trataré en el n. 71. Y el III, quando se duda si el padre lo quiso, ó no; pues en este caso se presume que su voluntad mas fué anticipar al hijo en vida la paga de su legítima con los que le donó (2), que usar con él de liberalidad, é inducir desigualdad entre los demás hijos (3).

6 Pero si el padre prohibiere expresamente, como puede la colacion, (pues para que se entienda prohibida, no bastan congeturas (4), por urgentes, y vehementes que sean) cesará, con tal que no excedan los bienes donados de lo que puede tocar al donatario por su legítima, y mejora, pues habiendo exceso, deberá hacerla del importe de éste, y restituirlo, como adelante se expresará, y con tal que las donaciones, ó gastos sean para ir á la guerra, estudiar ó seguir otra carrera de honor, y útil á la familia, y al estado, pues estos como esentos de la colacion no se deben imputar legítima, ni mejorar, sino en los términos, y caso que en dicho n. 76. explicaré.

7 Seis circunstancias se requieren para que haya lugar la colacion. La I, que el que la pide, y aquel á quien se pide, sean de los hijos, y descendientes legítimos del difunto, cuya herencia se intenta dividir, y que vengan á heredarle como hijos, y unos de sus inmediatos herederos, y no como agnados, ó cognados mediatos, ó remotos, pues estos se reputarán como colaterales, y como tales serán excluidos, por no ser herederos (5); por lo que si los nietos, ó viznietos pidiesen la colacion á un hermano de su padre, ó abuelo, que están vivos, no serán admitidos, porque no

(1) Ley 1. y todo el tit. Cod. de Donat. quæ sub modo. (2) Arg. leg. Cum quo de Peculio, §. fin. ff. ad leg. Falcid. (3) Ley Ut liberis, Cod. de Collat. Gom. en dicha ley 29. n. 3. vers. Sed resolutive respondeo. Valasc. cap. 14. n. 22. (4) Ley 3 tit. 15. Part. 6. Authent. Ex testam., verb. Expresim, Cod. de Collation. Cast. en la ley 29. de Toro n. 19. Valasc. dicho cap. 14. n. 23 (5) Ley 1. §. Sed videndum, ff. de Succes. edict.

son herederos de su abuelo, viviendo su padre, ni de su visabuelo, viviendo su abuelo; y así no ha lugar entre los ascendientes, y transversales, ni entre extraños (1), como diré en los nn. 17. 18. y 19.

8 La II, que los referidos descendientes sucedan por título universal de tales herederos, y no por el particular de legatarios, ó fideicomisarios; v. g. quando un hijo es instituido en cosa determinada, y los demás hermanos en el resto de la herencia: O quando se le dexó legado, que quiere aceptar: O quando su padre murió sin testamento, puro en codicilo, ó en otra disposicion le legó alguna cosa; pues en estos casos puede haber el legado, ó fideicomiso, sin tener obligacion de colacionar la dote, ó donacion que en vida recibió de su padre, ó madre, porque no les sucede como heredero por título universal, sino como extraño por el particular de legatario (2).

9 Lo qual procede, y se entiende, excepto que excedan de lo que al donatario, ó legatario debe tocar por su legítima, y mejora de tercio, y quinto con atencion á los bienes que el donante, ó testador dexe quando muera, en caso que pueda ser mejorado en contrato en sanidad con arreglo á lo explicado en el capítulo de *Mejoras*; pues excediendo, debe restituir el exceso á los coherederos (3), segun dexo expuesto.

10 La III, que los bienes, cuya colacion se pretende, procedan del patrimonio de aquel á quien se vá á heredar, y de cuya herencia se trata (4). Pues si la tal dote, ó donacion proviene de otro, y de ningun modo directa, indirecta, ni aun remotamente del patrimonio del padre, no estará obligada á colacionarla con sus hermanos (5), como adelante diré.

11 La IV, que la cosa, ó cantidad que se pretende traiga á colacion el donatario, la adquiera en vida del difunto, cuya herencia se intenta dividir; porque si la adquiere despues de su muerte, (como es el legado, ó fidei-

(1) Gom. en dicha ley 29. n. 6. al 9 (2) Ley 10. Cod. de Collat. ley 4. ff. de Dotis Collation. Gom. ibi n. 5. vers. Unum tamen est. (3) Ley 4. tit. 15. Part. 6. todo el tit. Cod. de Inofficios. donat. y Authent. Unde si parens, Cod. de Inofficios. testam. Gom. ibi vers. Secundum. (4) Ley Ut liberis. Cod. de Collation. (5) Ley 6. tit. 15. Part. 6. ley Si filia nupta, §. Hoc amplius, ley Si maritus al fin, y ley Fundus qui, ff. Familiæ erciscund.

comiso que se dexa en testamento, ó en otra última disposicion ú otra donacion que con ella se confirma) no es colacionable (1), á ménos que el donante mande que la reciba en cuenta de legítima.

12 La V, que los hijos, y descendientes legítimos, entre quienes se trata de hacer la colacion, sean tales, que se les deba la legítima; pues si no se les debe, no habrá lugar; v. g. el nieto, ó nieta, á quien viviendo su padre, dió algo, ó dotó su abuelo, pues si este fallece en vida del padre, no está obligado su nieto, ó nieta á colacionar lo donado por él, porque no es su heredero, ni se le debe la legítima miéntras su padre vive (2). Y sobre si éste deberá ó no colacionarlo, lo explicaré desde el n. 23. al 31.

13 Y la VI, que el hijo, ó descendiente, á quien se pide colacione lo que recibió de aquel, cuya herencia se trata dividir, quiera ser heredero; pues si se abstiene, y renuncia su herencia, no está obligado á colacionarlo, ántes bien puede retener lo recibido, y si se le prometió, y no entregó, pedirlo (3). Lo qual procede con la limitacion explicada en los nn. 6. y 9. y no en otros términos. Y lo mismo se entiende y debe practicar, ya esté disuelto, y subsistente el matrimonio de la hija dotada, pues verificándose inoficiosidad, debe hacer restitucion del exceso de la dote, y de su fruto (4), como en los nn. 130. al 133. diré con mas extension.

14 Presupuesto lo explicado como basa, y regla precisa para ilustrar al contador en esta obscura, y escabrosa materia: paso á expresar entre qué personas debe, ó no hacerse la colacion: y digo que ha lugar en la herencia de los ascendientes, entre sus hijos, y descendientes legítimos, ó legitimados por el subsiguiente matrimonio, á quienes abintestato se debe legítima, sin que haya diferencia de sexô, emancipacion

(1) Authent. Ex testam., ley A patre 10. y ley Filiam cum fratribus 16. Cod. de Collat. Part. ibi n. 7. (2) Castill. en la 29. de Toro n. 18. vers. Si vero neptis. Gom. en ella n. 31. vers. Quintum. (3) Ley final, ff. de Dotis collat. (4) Gom. ibi n. 33. y 34. Baez. de Non meliorand. filiab. cap. 32. n. 2. y cap. 33. n. 4. Mariena. en la ley 3. tit. 6. lib. 5. glos. 3. y en la 1. tit. 8. glos. 5. n. 3. Palac. Rub. en la 17. de Toro n. 44. y repetit. cap. Per vestras, §. 22. de Donat. inter vir. & uxor. y §. 24. n. 3.

ó patria potestad; quiero decir, ya todos sean varones, ó hembras: estén, ó no emancipados, y dentro ó fuera del poder de sus padres; ya concurran varones, y hembras entre sí unos con otros, ó el emancipado con ellos, ó con otros emancipados, ó con los que no lo están: y ya sean, ó no póstumos, si con arreglo á nuestras leyes (1) se constituyen (luego que nacen) capaces de heredar á sus ascendientes (2).

15 Lo mismo procede, ya los haya instituido su padre con igualdad, ó desigualdad; v. g. el hijo, que en vida de su padre recibió alguna donacion de él, y luego lo instituye en mayor porcion que á los otros, ó por el contrario en menor: pues no obstante parecer que el padre no quiso guardar igualdad entre ellos, y sí manifestar mayor aficion á aquel hijo, y que por lo própio cesa la razon inductiva de la colacion, no por eso dexará de colacionar lo recibido, porque todos los derechos, que de ella tratan, hablan simple, é indistintamente (3). Bien que acerca de cómo se ha de entender esta colacion, si en parte de legítima solamente, ó tambien de mejora con arreglo á nuestro derecho, lo explicaré en el párrafo siguiente.

16 Y si los hijos son instituidos en cosas ciertas, y distintas, (en cuyo caso se entienden serlo universalmente, por lo que han de percibir iguales partes, ó porciones (4), sin embargo de que las cosas en que lo son, tengan diverso valor) deberán colacionar tambien lo que en vida recibieron de su instituyente; pues aunque por la institucion aparece ser particulares sucesores, no obsta, porque ya suceden universalmente, y en todo, y por todo se estiman por universales herederos, aunque en quanto á las cosas en que el testador los instituyó, suenen legatarios (5).

(1) Ley final, tit. 23. Part. 4. y ley 2. tit. 5. lib. 10. Nov. Rec.

(2) Gom. en dicha ley 29. n. 6. Valasc. cap. 12. cit. n. 35. al 38. y n. 51. Guerreir. de Divis. lib. 2. c. 11. n. 12. Cardos. in Pract. v. b. Collatio. n. 22. y 23. (3) Gom. ibi n. 5. Roman. in leg. Si emancipati, cit. col. 2. n. 9. & ibi Falgos. n. 9. col. 5. Decio in Authent. Ex testam. Cod. de Collat. col. y quæst. fin. (4) Ley 1. §. Si ex fundo, y ley Quotiens, §. Si duo, ff. de Hæredib. instituend. (5) Arg. leg. 1. §. Si ex fundo cit. y ley Quotiens, y §. Si duo, y ley Quoties, Cod. eod. tit. & ver. Bajas Dd. Gom. ibi dicho n. 5. vers. Ex quo subtiliter posset quæri. Guerreir. de Div. lib. 2. cap. 11. n. 36.

17 Entre los herederos extraños instituidos solos en el testamento, ni quando lo son simultaneamente con los hijos del testador, no ha lugar la colacion (1); pero entre estos solos sí (2), porque en lo divisible no se vicia lo útil por lo inútil (3); por lo que aunque los hijos sean instituidos con los extraños, y éstos nada colacionen entre sí mismos para su menor haber en lo que habiendo hijos, pueden percibir de los bienes del instituyente con arreglo á la ley 28. de Toro, no dexarán por eso los hijos de colacionar entre sí lo recibido, como si fueran los únicos instituidos, y de ningun extraño se hiciera mencion.

18 Tampoco ha lugar la colacion entre los colaterales consanguineos; y la razon, entre otras que dan los AA. es, porque las leyes en quanto á colaciones, hablan solamente de los descendientes y no de los consanguineos, ni extraños; y por ser exhorbitante esta materia, no se debe ampliar á personas, de quienes ninguna mencion especifica, ni genérica se hace (4) en ellas.

19 Lo própio milita por la razon expuesta entre los ascendientes, por lo que no ha lugar entre ellos la colacion; pues el padre donando á su hijo, se juzga que quiere guardar igualdad entre todos los hijos, y que así no le dona con ánimo de mejorarle; pero quando el descendiente dona á su ascendiente, no es con el de observar igualdad, ni por razon de legítima, porque segun el órden de la naturaleza no es igualmente creible que le ha de sobrevivir. A mas de que en el padre hay el peligro de que se ciegue tanto en el amor hácia un hijo, que por él perjudique á los otros, cuyo peligro no hay en el hijo hácia su padre, y así no se le prohibe donar como á éste, porque el amor desciende, y no asciende, ni retrocede (5). Por cuyas razones, si dos ascendien-

(1) Glos. in leg. Si emancipati, Gom. en dicha ley 29. n. 10. vers Decimo quinto infero. Arias en la 27. n. 28. y sig. Guerr. dic. n. 34. y 35. Valasc. dicho cap. 12. n. 32. (2) Glos. cit. verb. Omnimodo al fin. Decio en dicha ley Si emancipati, n. 7. Valasc. cap. 12. cit. n. 33 (3) Regla Utile per inutile, de Regul. jur. lib. 6. (4) Gom. en dicha ley 29. n. 9. vers Decimo quarto infero: glos. fin. in leg. 1. Cod. de Legitim. hæred. lib. Valasc. dicho cap. 12. n. 33. y 34. Guerreir. dicho cap. 11. n. 33. (5) Ley Illam 19. Cod. de Collat. y los Filgos. Paul. y Jason, Gom dicho n. 9. vers. Sed his non obstantibus. Michalor. de Fratrib. part. 1. cap. 15. ex n. 3. Valasc. dicho

tes iguales en grado suceden á su descendiente, y uno de ellos recibió en vida algo de éste, no está obligado á colacionarlo con el otro ascendiente, ya se lo haya donado simplemente, ó con causa. Bien que no falta quien diga que el ascendiente no deberá colacionar lo que recibió en vida, en caso que no exceda del tercio, de que el hijo en virtud de la ley 6. de Toro puede disponer, y que si excede, estará obligado á la colacion; pero lo contrario es opinion comun, y la verdad; y así deberá hacerla solamente en caso que el descendiente le haya hecho la donacion con la expresa condicion de colacionarla (1).

20 Con el hijo legitimado por el Príncipe, ni con el adoptado no ha lugar tampoco la colacion, habiendo hijos, ó descendientes legítimos; porque con estos ninguno de ellos concurre á heredar; pero si el adoptado lo es por su abuelo (como antiguamente se hacia) entónces como que se le debe la legítima, deberá colacionar lo que recibió de este en vida, quando se trate de dividir su herencia, ya sea en testamento, ó abintestato: y tambien siéndolo por el extraño, y muriendo intestado el adoptante, porque á falta de legítimos descendientes se reputa para todo como su hijo legítimo, y natural, y le competen los mismos derechos (2). Lo própio sucede con los hijos naturales, ya sucedan entre sí solos, ó con otros legítimos, pues por no debérseles la legítima, no ha lugar entre ellos la colacion (3).

21 En quanto á si el hijo, ó hija excluídos de heredar, ya sea por estatuto ó costumbre del Pueblo, ó por haber renunciado con juramento sus legítimas paterna, y materna, (en cuyos casos se reputan por extraños, por lo que no se les debe la legítima (4), ni pueden querellarse, romper el testamento, ni decir que es nulo) deberán, ó no colacionar lo que en vida recibieron de sus padres, se distingue: o con

cap. 12. n. 34. Guerreir. ibi n. 26. al 32. (1) Angul. de Meliorat. [illegible] glos. 3. n. 3. al 7. (2) Gom. ibi n. 6. Valasc. cap. 12. cit. n. 45. Gutierr. decis. 1334 Guerreir. ibi n. 19. 20. y 38. (3) Ley Humanitatis. C. de Natural. liber. Arias, ibi n. 27. Gom. ibi n. 8. vers. Duodecimo. Ceballos. Valasc. ibi n. 50. (4) Cap. Quamvis pactum de Pact. in 6. ley [illegible] ff. de Liberis & posthum. ley Posthumorum, ff. de Injusto, [illegible] Cum quæritur, Cod. de Inofficios. testam. Arg. leg. 1. §. Si filius, ff. de Suis, & legitim. hæredib.

excluidos reservándoles alguna porcion, ó no; ó ellos mismos se excluyeron por la renuncia. Si hubo reserva, entónces como que no se les debe la legítima, no estarán obligados á colacionar, ni tampoco por la própia razon quando se excluyeron por la renuncia jurada que hicieron; pero si, en caso que no hubiese reserva, porque por todos derechos se les debe su legítima. Mas si no obstante su exclusion, los instituyeren sus padres (como pueden) por sus herederos, deberán colacionar lo que en vida les dieron estos, porque por la institucion consiguen todo el derecho de transmision, de que para heredar estaban destituidos, y se vuelven á su antiguo estado, como si no hubiera tal estatuto, ni renuncia (1).

22 Dotando el padre, ó haciendo donacion de sus própios bienes á un hijo, ó hija suya si despues de muerto el mismo padre, fallece el suyo, abuelo de los hijos, á quien heredan aquel nieto ó nieta, y otros nietos, ó tios hermanos de su padre, no tienen obligacion de colacionar la dote ó donacion, porque no se trata de partir los bienes del que la dió, ó hizo, sino los del abuelo, de quien nada hubieron; pues debiendo hacerse únicamente la colacion de la dote, ó donacion que hizo aquel cuyos bienes se van á dividir, se sigue que por no haberles dado cosa alguna su abuelo, no deben colacionar en la particion de los de éste los que su padre les dió de los suyos privativos, y así habrá lugar solamente la colacion quando se trate de dividir los paternos (2).

23 Los nietos, hijos de hijos ó hijas, que recibieron algo de su abuelo ó abuela, despues de muerto su padre ó madre, están obligados á colacionarlo con los otros nietos, ó con sus tios hermanos de su padre ó madre, quando vengan á heredar á sus respectivos abuelo ó abuela, cuya herencia se trata dividir, porque se les debe la legítima y es visto habérselo anticipado, y dado por causa de la sucesion á sus bienes (3). Lo qual se entiende, excepto que se lo hayan dado

(1) Ley Qui in aliena, §. Interdum, ff. de Acquirend. hæredit. Valasc. c. 12. cit. n. 46. al 48. Gom. en dicha ley 29. n. 8. vers. Undecimo infero. Guerre. ibi n. 24. (2) Ley Ut liberis, Cod. de Collat. DD. in leg Etiam, Cod. eod. tit. Valasc. ibi n. 59. (3) Ley Quoniam novella, Cod. de Inoffic. testam. ley Ut liberis 27. y ley Etiam 19. vers. Talem, Cod. de Collat. y ley Si nepotes ff. eod. de Collat. hered. Valasc. ibi n. 52. al 57. Gom. ibi n. 7. vers. Nono infero y n. 40. vers. Tercia.

por via de remuneracion, pues entónces no están obligados á colacionarlo, porque la donacion remuneratoria no es verdadera donacion, sino satisfaccion de lo que se debe (1). Pero si viviendo su padre, lega el abuelo paterno á su nieta alguna cosa, no deberá colacionarla en cuenta de su legítima por muerte de ninguno de los dos: por la del abuelo, porque no está obligado á dotarla, ni es su heredera viviendo su padre, y así no es visto habérsela legado con ánimo de que la compensase con su legítima, á ménos que lo exprese: y por la de su padre, porque este no se la dió, ni salió de su patrimonio; y lo mismo procede quando el padre hace algun legado á su hija pupila, pues no es visto hacérselo con ánimo de compensarlo con su dote, porque no se halla en edad de casarse, aunque está obligado á dotarla; pero quando el legado se hace por el débito pagadero á cierto dia, ó con condicion; ántes que se cumpla ésta, ó aquel, no se contempla hecho con dicho ánimo (2); de lo qual trataré con mas extension en el cap. 6. de este libro §. 5. con motivo de la compensacion.

24 La misma obligacion tienen de colacionar lo que dieron en vida á sus padres, y por su muerte entró en su poder, que lo que á ellos despues de muertos estos, porque suceden por transmision, ocupando el lugar de su padre ó madre, los quales lo colacionarian si vivieran: en cuyo caso los nietos hermanos se reputan en derecho por una persona para efecto de suceder, y entran en el lugar de su padre ó madre, y así heredarán llevando entre todos la porcion que estos llevarian en caso de vivir: y cada uno de sus tios carnales otra tanta como todos los referidos nietos, por lo que no hay disparidad de grado, que impida la colacion (3).

25 Pero en dos casos no estarán obligados los nietos sucediendo con sus tios á sus abuelos á hacer la colacion: El I, quando el testador instituye por heredero á un hijo suyo en su legítima, y á sus nietos hijos de otro hijo en los demás bienes suyos; en cuyo caso no ha lugar la colacion entre el

(1) Ley Si donationes, Cod. de Collat. Guerreir. ibi n. 63. y 64. Ciriac. controv. 270. Aguil. ad Roxas part. 4. cap. 3. n. 12. (2) Morq. c. 11. n. 38. al 43. lib. 4. (3) Ley Si nepotes 7. ff. de Collat. bonor. dicha ley Illam, y vers. Talem. Gom. en dicha ley 29. n. 6. vers. Octavo infero.

hijo, y nietos, ni entre estos, porque los nietos no vienen como hijos para este efecto, sino como extraños, entre los quales no se admite la colacion; pues si no se les debe la legítima precediendo su padre, á quien es debida (1): tampoco deberá hacer la colacion, que solo tiene lugar entre los hijos (2).

26 El II caso es, quando los padres consumieron total, ó parcialmente en su vida la dote, ó donacion *propter nuptias* que los suyos les dieron, y los nietos de estos por haber percibido poco, ó nada de sus padres, repudian su herencia, y solo quieren la de su abuelo, ó abuela donantes, que murieron despues de sus padres. Este caso que se supone (3) muy difícil se executorió años pasados por la Chancillería de Valladolid, confirmando la sentencia del Alcalde Mayor de Talavera de la Reyna. Su dificultad parece consiste en saber si el nieto entra á suceder á su abuelo por su própio derecho, y persona, ocupando el lugar de su padre ó madre, por hallarse el primero, ó solamente por la persona de su padre, representándola; y en él tropiezan muchos Legistas impresionados, y preocupados de la representacion inventada por derecho positivo; pero ántes de proceder á su resolucion, debo sentar lo I, que el nieto no entra á suceder á su abuelo en el lugar de su padre por ficcion de la ley, ni por esta se pone en él, ni ocupa el primer grado; sino porque muerto su padre, se halla el primero, y nadie le precede (4): y así no le representa, porque la representacion verdadera se verifica en los transversales, mayorazgos, y fideicomisos, y no en los legítimos descendientes, que entran por su própio derecho á heredar á sus ascendientes, y estos deben instituirlos necesariamente por sus herederos.

27 Lo II, que hasta que muere el abuelo no hay herencia, ni por consiguiente heredero de hecho, pues es preciso que muera para que la haya: por lo que mientras vive, solo

(1) §. Ita demum, Institut. de Heredilat. quæ abintestat.

(2) Valasc. dicho cap. 12. n. 60. y 61. Gom. ibi n. 7. vers. Decimo infero. Guerr. dicho lib. 2. y cap. 11. n. 67. y 68. (3) Antonio Thesauro decis. 238. n. 2. 4. 6. Valasc. de Partit. cap. 12. n. penult. y ultimo.

(4) Ley Qui duos 9. al fin. ff. de Reb. dub. Rodrig. de Represent. lib. 1. cap. 6. n. 11. al 13. Salg. Labyr. part. 2. c. 25. n. 17. al 34.

tienen sus hijos y nietos, una probable esperanza de heredarle. Lo III, que para que el nieto no rompiese el testamento de su abuelo en el caso que su padre premuriese á éste era indispensable que el abuelo lo instituyese tambien por su heredero; pues de omitirlo, lo rompia por la preterícion segun derecho (1).

28 Lo IV, que una cosa es suceder *por privacion*, ó *remocion*, y otra por *transmision*. Suceder *por privacion*, no es mas que ocupar el lugar de aquel que estaba ántes, y servia de obstáculo para entrar á la sucesion, al modo que quando sucede el segundo heredero, por haber muerto el primero; por cuya razon no le daña el hecho de este, porque no entra representándolo, sino por su própia persona y derecho, poniéndose en su lugar, y ocupándolo. Y suceder por *transmision* es prorrogar, y continuar en la sucesion de los bienes con la misma naturaleza y qualidad: y así al que sucede de este modo, daña el hecho del primero, porque no puede venir sino en la manera, y con la qualidad que aquel á quien sucede y representa (2).

29 Y lo V, que la representacion acerca de la sucesion no es otra cosa que entrar el hijo en el lugar de su padre premuerto, tomando, y reasumiendo en sí todos los derechos coherentes á aquel grado, para que si concurre con otros, pueda suceder en la porcion en que su padre sucederia en caso de vivir (3); cuya sucesion no proviene del padre como la generacion, sino de la própia persona del hijo, que muerto su padre, es necesariamente tan heredero de su abuelo, como él lo sería por *testamento*, y *abintestato*, á estar vivo, por ser el primero en grado (4); y así las palabras *suceder en lugar de los padres*, con que se explican los textos civiles, no dicen que el hijo representa la persona de su padre, que por ella viene á la sucesion, y que de otro modo no vendria: ni se han de entender en este concepto, sino que entra á ocupar el lugar de su padre, y quitado del medio este, que le impedia el ingreso,

(1) Ley 3. Cod. de Liber. præterit. ley Posthumorum 13. ff. de Injusto rumpt. testam. y §. Posthumorum, Institut. de Exheredation. liberorum.

(2) Salg. Labyr. cred. part. 2 cap. 25. Robles de Represent. lib. 2. c. 16. n. 100. (3) Novel. 118. de Heredibus abintestat. venientib. cap. 3. Robles dicho lib. cap. 2 num. 5. (4) Ley 2. Cod. de Liber. præterit. Tiraquel. de Primog. q. 40. n. 112.

porque le precedia, sucede por su própia persona, como que se halla el primero (1): pues el suceder en el lugar de su padre, ó madre no le viene de ellos, y por eso no se dice que viene por sus personas, sino por la suya própia; y así ninguna transmision hay, por lo que puede suceder por su própia persona, y entrar á ocupar el lugar ó grado que sus padres ocupaban (2).

30 Supuesto lo referido, digo que en el presente caso el nieto que repudia la herencia de su padre ó madre, no está obligado á colacionar con sus tios lo que sus padres recibieron de sus abuelos, y por haberlo consumido no entró en su poder: Lo I, porque viene á heredar á estos por su própio derecho, y persona, y por remocion de la de su padre ó madre, ocupando su lugar como primero en grado, y no por transmision, y puede renunciar su herencia. Lo II, porque jamás se colaciona sino quando, y lo que se tiene, posee ó recibió mediata, ó inmediatamente de aquel, cuya herencia se va á partir; y no habiendo recibido cosa alguna el nieto mediata, ni inmediatamente de su abuelo, nada debe colacionar; pues como nada se le transmitió, no le sucede por transmision, sino por remocion, y porque es el primero, y tan heredero suyo por *testamento*, y *abintestato* como sus tios. Y lo III, porque la colacion es gravamen personal, que debe sufrir unicamente el que tiene la utilidad: es así que el nieto ninguna tuvo por no haber llegado á sus manos cosa alguna de sus padres, ni abuelos: y que puede repudiar la herencia paterna y materna, como queda expuesto: luego no debe colacionar lo que su padre ó madre consumieron, si la renuncia; y así cesa, y no hay méritos para que en este caso se considere, y subsista la razon de equidad inductiva de la colacion (3), porque no sucede por transmision, ni hay prorrogacion, ni continuacion de la sucesion. Sin que obste el alegar que el nieto estando en grado mas distante que sus tios, se hace de mejor condicion que

(1) Robles de Represent. lib. 1. cap. 10. n. 3. y cap. 11. n. 6.
(2) Robles dicho cap. 16 n. 99. Cancer. part. 1. Var. c. 5. n. 10. al 12.
(3) Valasc. de Partit. c. 12. n. penult y ultim. Guerreir de Div. lib. 2. cap. 11. n. 65. Cevall. in cap. Raymundus de Testament. part 4. c. 1. n. 73. y 88. en la ley 3. tit. 4 Part 5. glos. 6. n. 73. Thesaur. decis. 238. n. 2. 4. y 6. Faber. lib. 13. Conjectur. jur. cap. 13. al fin.

ellos: pues no hay tal, porque nada tomó de su abuelo, y para sucederle se puso en el primero, y es tan heredero forzoso suyo como ellos, y no tiene la culpa de que su padre haya premuerto, y consumido lo que recibió. No obsta tampoco el que á no ser por su padre, no heredaria á su abuelo por falta de existencia: pues esto es bueno para la procesion, y generacion, y que el padre como agente sea la causa, y medio para que tenga ser, mediante la virtud de la naturaleza, (al modo que en el mayorazgo, pues el padre no sirve de otra cosa, y así el hijo no lo recibe de él, sino del fundador) mas no para la sucesion en los bienes del abuelo, porque la qüota de su legítima depende de la disposicion de la ley, como en el capítulo anterior dexo expuesto. Ni obsta últimamente el que sus tios son perjudicados en las suyas, pues no hay tal perjuicio, porque no se les deben hasta que su padre muere, el qual pudo haber gastado en vida todos sus bienes; y como por su muerte no existen otros en su poder, ni en el de su nieto, es lo mismo que si él los hubiera consumido en sus urgencias; por lo que deben contentarse con lo que se les dexe, como el nieto se contenta; así perecen para la herencia, al modo que si existieran, la aumentarian. Y lo mismo digo se debe practicar quando el padre da á su hijo, ó hija en dote, ó en donacion cierto capital puesto en fondo vitalicio, que con su muerte precedida á la del padre, espiró, y el nieto viene á heredar á su abuelo donante con sus tios, porque milita idéntica razon para con él. Pero si el nieto recibiere algo de su padre ó madre, deberá colacionarlo con sus tios, porque en su importe se verifica suceder por trasmision (1), y existir en su poder bienes de su abuelo, ú otros en su lugar. En quanto á si la renuncia de legítima, que hace la madre contenta con su dote, perjudicará, ó no á sus hijos, que por haber premuerto á su padre y abuelo respectivo, vienen á heredarle: hay dos opiniones contrarias: la una afirmativa, fundada en que vienen por representacion de su madre, y así como dañaria á esta debe dañar á sus hijos para que no se saquen de una herencia dos legítimas, y mucho mas siendo herederos de ella

(1) Herm. y Thesaur. ibi, y decis. 37. Rodrig. Suar. in leg. Quoniam in Prioribus, limitat. 4. n. 11. Robles dicho cap. 16. n. 103. al 106

Y la otra dice que no, porque vienen por sus própias personas á heredar á su abuelo (1): yo me inclino á lo que dexo expuesto en este n. y caso anterior.

31 Y para hacer ver que el nieto sucede por su própia persona, y no por la de su padre (2), se puede consultar los AA. Advirtiendo que lo que en órden á esto sentè en el cap. 1. de la primera parte n. 61. se ha de entender en los términos aquí propuestos, y no de otra suerte.

32 Quando el padre falleció, dexando hijos de dos matrimonios, si casó durante el segundo v. g. dos, que tenia del primero, y les dió no solo lo que les tocaba por su legítima materna, sino algo mas á cuenta de la paterna, expresando lo que por cada una les entregaba, pero dió mas al uno que al otro, y á éste ménos que su legítima materna, debe hacer dos colaciones el que llevó mas, la una con su hermano entero, para igualarse con él en el haber de su madre, y la otra con éste, y con sus hermanos consanguíneos, para igualarse en el del padre de todos: v. g. la herencia de la muger primera eran 200. y el padre dió al uno 500. y al otro 300. en este caso este último colacionará con el otro los cincuenta que llevó mas que lo que debia haber por su madre, y se los restituirá, para que queden igualados, con lo qual vendrá á percibir cada uno los 100. que por la legítima materna le corresponden; y luego con su mismo hermano entero, y tambien con los consanguíneos del segundo matrimonio colacionará los 150. restantes, como percibidos á cuenta de la paterna, porque todos son herederos de un padre, cuya herencia se va á partir (3). Y si á entrámbos hubiese reintegrado igualmente de su haber materno, y además dado algo á cuenta del suyo, deberán colacionar con los consanguíneos lo recibido por cuenta del paterno; y por lo respectivo á su madre nada tendrán que colacionar entre sí, mediante estar igualados, como tampoco con los del matrimonio segundo, en caso que á cuenta del haber de su padre nada hayan percibido.

(1) Hermos. ley 3. tit. 4. Part. 5. glos. 6. n. 74. (2) Robles de repres. lib. 1. cap. 11. n. 4. y 5. (3) Ayor. part. 3. q. 12. n. 27. al 29.

§. II.

Qué bienes han de colacionar, ó no los descendientes legítimos: y qué debe observar el contador en quanto á estimar los colacionados por legítima, ó mejora en caso de duda.

33 He explicado qué es la colacion, por qué razon se introduxo, qué cosas se requieren para que haya lugar y quiénes deben ó no hacerla; paso ahora á fixar qué bienes, gastos ó donaciones están, ó no obligados á colacionarse. Los AA. fundados en derecho distinguen quatro clases de bienes, que son: *adventicios, profecticios, castrenses y quasi castrenses.* Se llaman *adventicios* los que provienen de la madre, ó de los parientes de ésta, ó de extraños (1): y de ellos toca hoy á los hijos la propiedad, y á su padre mientras exîsten en su poder, corresponde por razon de la patria potestad, y por privilegio legal su usufructo, como si fueran bienes adquiridos de otra parte; á diferencia de lo que por derecho antiquísimo estaba preceptuado, pues todo era para el padre, como he sentado en el cap. 1. de este libro n. 71. y diré en el 7. n. 34.

34 *Profecticios* son los que proceden, salen y se dismembran del caudal, y substancia del padre (2), y los que por mera contemplacion de éste adquiere el hijo, estando fuera de su poder, aunque inmediatamente no salgan, ni se extraygan del patrimonio que posee (3); porque lo que se da al hijo en nombre del padre, y por él como causa inmediata y final, de suerte, que si él no fuera, no se lo daria el donante, se entiende dárselo el mismo padre (4).

35 No solo se llaman profecticios los bienes que se dan al hijo por contemplacion de su padre, exîstiendo fuera de su poder, sino tambien si está baxo de él, expresándose en la donacion, que se le hace por los méritos del padre, en cuyo caso la adquiere éste para sí, por haber sido hecha por su

(1) Ley 2. tit. 11. Part. 4. (2) Dicha ley 2. y ley Penultima, ff. de Jure dot. y ley Cum oportet, Cod. de Bonis, que liberis. (3) [illegible] Valas. de Partit. cap. 13. n. [illegible] (4) Ley Cum oportet, tit. Valas. [illegible] n. 1.

(5) [illegible] Profecticia 5. ff. de jure dot. l. §. 2.

contemplacion y méritos, que se entiende que así como se habia de hacer directamente al padre, se hizo al hijo en su lugar. Y lo própio milita quando fué hecha á padre é hijo juntamente, porque en duda se presume lo mismo, y así éste debe colacionarla (1).

36 De lo explicado se deduce, que para llamarse profecticios los bienes dados al hijo, ó han de salir del patrimonio de su padre inmediata y efectivamente, que es quando éste por sí mismo los dá, como claramente se prueba de las palabras de la ley 29. de Toro en quanto dice: *Que hubieren recibido de aquel, cuyos bienes vienen á heredar* : : : ó mediatamente, que es quando el abuelo hace alguna donacion *propter nuptias* á su nieto, en atencion á ser pobre su padre, la qual por muerte de aquel habia de venir á éste: ó quando algun otro por los méritos y servicios del padre, ó por el beneficio recibido de éste le dona algo, así como lo habia de donar al padre en remuneracion de sus méritos, ó gratitud del beneficio; en cuyos casos el padre es la causa inmediata, y final de la donacion, y en este concepto se entiende que el hijo debe colacionar lo donado.

37 Pero si el padre fuere solamente la causa mediata é impulsiva, v. gr. por él tuvo noticia de su hijo el donante, y con este motivo trabaron los dos grande amistad, y le hizo la donacion; en este caso es visto habérsela hecho por causa de la amistad superveniente, y no en nombre de su padre, ni por él: y así no se llamará, ni será profecticia, ni por consiguiente deberá colacionarla (2). Y lo própio milita para con la madre, porque versa igual razon (*a*). *Avendaño* (3) defiende

(1) Ley Si plures, §. In arrogato, ff. de Vulgar. & pupillar. substit. Socin. Senior consil. 72. n. 10. vol. 5. Mantic. de Conjectur. lib. 8. tit. 16. n. 5. y 6. (2) Valasc. dicho cap. 13. n. 5. (3) Ley 29. de Toro glos. 4. n. 8. al 16.

(*a*) Como ya se ha dicho en el prólogo al Editor, tom. 1. §. 6. fol. 57. sobre haberse suprimido por el Señor Gutierrez varias doctrinas y textos de la obra, en este § se pone la nota siguiente: *Sobre esto véase á Avendaño* (ley 29. de Toro glos. 4. n. 8. y 16.) *que contra la opinion comun defiende que únicamente es profecticio lo que sale del caudal del padre mediata ó inmediatamente, y que solo esto se ha de colacionar debiendo tenerse presentes la amistad, afinidad, méritos, servicios, amor precedente y otras congeturas por las quales se pueda venir en conocimiento de si lo donado es por contemplacion de los hijos o de sus padres.* Es como impró-

que solo es profecticio lo que sale de la substancia del padre mediata, ó inmediatamente, y que esto se debe colacionar, y nada mas; por lo que se han de considerar la amistad, afinidad, méritos, servicios, amor precedente y otras congeturas, por las quales se pueda venir en conocimiento de si lo donado es por contemplacion de los hijos, ó de sus padres, de cuyas congeturas unos señalan 8 (1) y otros 15 (2). De lo que es causa *impulsiva y final* traté en el cap. 1. de la primera parte n. 60. en donde puede verse.

38 *Castrenses* son los bienes que el hijo adquiere en la guerra, ó con motivo de ella (3). Y *quasi castrenses* los que gana en la quasi milicia reputada por derecho, v. g. en la Corte, y Palacio del Rey por sus servicios, ó por su real munificencia y liberalidad, ó por salario, ó estipendio que se le dá por enseñar públicamente alguna ciencia (4), ó por otras razones, de que traté con mas extension en el cap. 15. de mi primera parte §. 3. n. 19. Y tambien se reputan quasi castrenses los que se adquieren por Beneficio, Renta, ó Dignidad eclesiástica (5), de cuyos bienes nada toca al padre, no obstante que el hijo esté en su poder, pues son todos para éste en propiedad y usufructo; y así deberá darle cuenta de ellos, si los administra, y ser reconvenido por la accion de voluntario Procurador (6), como si fuera extraño.

pio, y nada conforme á razon el meterse á juzgar ó responder sobre el contexto de una ley ó proposicion, sin haber reconocido el todo de aquella ó de esta, pues no es suficiente para dicho fin leerse alguna parte de ellas, *ley 24. ff. tit. De legibus, senatusque consult.*; así igualmente podia haber excusado el Señor Gutierrez la extension de su advertencia si hubiera leido todo el contenido de este número, á no ser que, suprimiendo su mayor parte, quisiese manifestar era parto suyo lo mismo que idénticamente siente ó sienta el autor; aquí como en otros muchos lugares se nota, puede propiamente dársele el nombre de Reformador, respeto ha quitado, suprimido y prevenido quanto le ha acomodado con perjuicio del autor, y del público.

(1) Michalor de Fratrib. part. 2. cap. 39. (2) Bosio, de Dote, cap. 3.

(3) Ley 6. tit. 17. Part. 4. y ley Castrense peculium, ff. de Castrens. pecul.

(4) Ley 7. tit. 17. Part. 4. y ley fin. Cod. de Inofic. testam. Guerreir. de Divis. lib. 2. cap. 12. n. 5. y 6. (5) Ley 2. tit. 21. Part. 1. ley Sacrosanctæ 34. ley Cum lege 50. y Authent. Presbyteros, Cod. de Episcop. & Cleric. Avend. en la 19 de Toro n. 29. Covar. in cap. Quia nos de Testam. n. 1. y 2. (6) Covar. in cap. Quia nos de Testam. n. 2. Matienz. en la ley 9. tit. 1. lib. 5. glos. 2. n. 12.

39 Supuesto lo referido, debo sentar por regla general, que (regularmente hablando) deben colacionar los descendientes legítimos en cuenta de sus legítimas los bienes, donaciones y gastos que hubieron, ó hicieron en vida, y les provinieron de la substancia, ó patrimonio del ascendiente, de cuya herencia se trata, si la aceptan (1), y de otras (2). Previniendo, que en estos bienes no solo se comprehenden los muebles y raíces, sino tambien las deudas, derechos y acciones que los ascendientes tienen á su favor, y donan á sus descendientes: pues no obstante que constituyen tercera especie ó clase, por no ser muebles, raíces, ni semovientes, se incluyen en el nombre genérico de ellos (3), y así son igualmente colacionables; todo lo qual se entiende, no mandando lo contrario el donante, ó no coligiéndose de su voluntad, y no siendo los gastos y donaciones para fines de honor, y privilegiados, pues éstos están esentos de la colacion, como explicaré en el n. 76. En quanto á si siéndoles dada la dote, ó hecha la donacion por su padre y madre juntos, ó por el padre solo, deberán colacionar el todo, ó solamente su mitad por muerte del uno, véase lo explicado en el cap. 4. del lib. 1. de este tratado §. 5. n. 112. al 115.

40 En conseqüencia de lo expuesto, deben las hijas traer á colacion con los coherederos la dote, y donacion *propter nuptias* que han recibido de sus padres, si quieren llevar su herencia, y la aceptan (4), porque estas donaciones se hacen por causa necesaria, y no por pura voluntad, (pues el padre puede ser compelido por derecho (5) á dotar á sus hijas), y como no son donaciones simples procedentes de mera liberalidad, se deben imputar en legítima, y en este concepto, y no en el de mejora colacionarse (6).

(1) Ley Quoniam Nov. 29. Cod. de Inofficios. testam. (2) Ley Ut liberis 17. vers. Ut in dividendis, Cod. de Collat. y ley 3. tit. 15. Part. 6. Gom. en la 29. de Toro n. 10. y 11. Matienz. en la 3. tit. 8. lib. 5. gl. 1. n. 4. y 5 (3) Ley A Divo Pio, §. In venditione, ff. de Re judicat. ley Quam Tuberonis, §. In peculio, ff. de Pecul. Tiraquel. 1. de Retract. §. 1. glos 7. n. 9. Valasc. dicho cap. 13. n. 94. al 96 (4) Dicha ley 3. tit. 15. Part. 6. ley Si pater, ley Dotis, ley Filiæ licet, ley Filia dotem, ley Ut liberis, y Authent. Ex testam. Cod. de Collat (5) Ley 3. tit. 11. Part 4. ley final, Cod. de Dotis promiss. y Authent. Pos data, Cod. de Donat. ante nuptias. (6) Ley 3. tit. 15. Part. 6. ley Quoniam novella, Cod. de Inoffic. testam. Palac. Rub. en la 29. de Toro n. 5.

41 Lo qual se entiende lo I, sin embargo de que para ello no sean requeridas por sus hermanos, ó por los coherederos, porque el que está obligado á colacionar, si pide la porcion que le toca en la herencia, debe ofrecer la colacion (1). Y lo II, aunque quando se las entregó la dote, fuesen únicas; pues no solo deberán colacionarla, sino restituir el exceso á su legítima (2), como he sentado en el cap. 2. de este lib. n. 87.

42 Se entiende tambien quando el padre entregó la dote al yerno, porque si la dió un tercero para que éste la entregase á aquel, ó no á su hija, y en poder del tercero se consumió ó perdió, y no llegó al del yerno, ni hija, no está obligado á colacionarla; por lo que recibirá su legítima integra, y los coherederos deben imputar á su padre, y no á ella, ni á su marido la pérdida (3): pues como queda sentado en el n. 30. no se colaciona sino lo que se posee, ó recibió mediata, ó inmediatamente de aquel, cuya herencia se intenta dividir.

43 Pero si se contentan con su dote, y repudian la herencia, no tendrán obligacion de colacionarla (4). Lo qual milita, y procede, con tal que la dote no exceda de la legítima que puede corresponderlas, atendido el importe de los bienes de su difunto padre al tiempo de su muerte, unido con el de la misma dote: pues si excede, deberán restituir el exceso á los coherederos, porque en ninguna cosa pueden ser mejoradas por contrato en sanidad con título de dote, ni casamiento, excepto que el mejorante confirme el exceso en su última voluntad, como en el cap. 2. de este lib. n. 94. y 95. he sentado: ó en los dos casos propuestos en el 90.; y así no las compete la eleccion de tiempos que permite la ley 29. de Toro, por estar corregida en esta parte.

44 La obligacion de colacionar las hijas la dote que sus

(1) Ley Filiæ licet 12. Cod. de Collat. (2) Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 9. n. 19. Baez. de Non Melierand. Filiab. cap 9. n. 33. 63. y sig. Gracian. regul. 150. n. 22. Spino de Testam. glos. 1. n. 112.

(3) Ley 13. tit. 11. Part. 4. Castill. en la 29. de Toro n. 17 vers. Quod intellige. (4) Ley 5. tit. 3. lib. 10. Nov. Rec. ley final, ff. de Bonor. collation ley ultim. Cod. de Dotis collation. ley penult. Cod. Familiæ erciscunde, y Authent. Unde si parens, Cod. de Inofficios. testam. Castill. ibi n. 19. vers. Tertio fallit.

padres las dieron para casarse, se amplía á las demás donaciones que estos las hacen, aunque sea la que en latin llaman *sponsalitia largitas*: y la razon es, porque se contemplan donaciones hechas por causa del matrimonio con la misma dote: y como en este concepto no pueden ser mejoradas por contrato en sanidad deben traerlas á colacion, y particion (1).

45 Al modo que las hijas deben colacionar la dote, y demás bienes que sus padres las entregaron de los suyos próprios, lo deben hacer igualmente de lo que por su mera contemplacion consta las dieron otras personas; y que á no ser por este respecto, no se lo darian, y no de otro modo, porque se conceptúa dado por los mismos padres, y ser éstos la causa próxima, é inmediata de la donacion (2): á la manera que lo que donan á la muger los consaguíneos de su marido por contemplacion de éste, es visto dárselo él, y para él se adquiere por la misma razon, como advertí en el lib. 1. de este tratado cap. 4. n. 25.

46 No está obligada la hija á colacionar el dinero que alguno por haberla desflorado, y violentado, la dió voluntariamente, ó en virtud de sentencia condenatoria, ántes bien lo hace suyo privativamente. Y lo mismo procede para con el que se dió al hijo por injuria que se le hizo (3): y la razon es, porque este dinero no sale de la substancia, ó caudal de sus padres, y así no se disminuye éste; ni es dado tampoco por contemplacion, méritos ni servicios de ellos, por lo que falta el motivo inductivo de la colacion.

47 Tampoco está obligada á colacionar con sus hermanos la dote y donacion, *propter nuptias*, que algun extraño la dió para casarse, aunque éste la haya entregado á su padre para que la dótase; ántes bien es peculio de la misma hija, y la toca privativamente su propiedad, y dominio (4). Lo mismo pro-

(1) Ley Ut liberis, ley Illam y Authent. Ex testam. Cod. de Collat. y ley Quoniam novella, Cod. de Inofficios. testam. Gom. en la 29. de Toro n. 13. vers. Secundo infiero. (2) Ley 5. ff. de Jure dotium. Institut. Per quas personas nobis adquiritur, arg. leg. Sed si plures, §. In arrogato, ff. de Vulgar. & pupillar. substitut. ibi *Occassione patris*, Valasc. de Partition. cap. 13. n. 23. (3) Ley final, Cod. de Collat. y ley 2. §. Emancipatus, ff. eod. tit. Hermos. en la ley 3. tit. 4. Part. 5. glos. 6. n. 27. Parlad. Different. final n. 9. (4) Ley 6. tit. 15. Part. 6. ley Si filia nupta, §. Hoc amplius, ley Si maritus al fin, y ley Fundus qui al principio, ff. Famil. ercisc.

cede para con las dádivas, ó regalos que algun pariente, ó amo á quien sirvió, ú otro la hizo, y salarios que ganó, ya esté dentro, ó fuera del paternal dominio; pues todas estas cosas son adventicias, y aunque toca á su padre el usufructo de ellas miéntras la tiene en su poder, pero no lo son las donadas, y adquiridas, por ser visto no habérselas donado por contemplacion, y mero respeto de su padre, sino por los méritos de ella, ó por particular afecto que el donante la profesaba, excepto que éste exprese lo contrario al tiempo de su donacion; por lo que si el padre exigió de su hija estas dádivas, salarios ó regalos, exísten en su poder al tiempo de su muerte, se la han de entregar como bienes suyos adventicios, y separarse del caudal de su padre á este efecto, y como no pertenecientes á la herencia paterna, y no exîstiendo, se la dará su importe, del que nada deben comunicar sus hermanos (1); por lo que se deducirá de su caudal como deuda contra él. Lo mismo milita para con el hijo, como diré en el n. 87.

48 No solo comprehende á las hijas que se casan la obligacion de colacionar la dote que las dieron sus padres, sino tambien á las que entran en Religion, y profesan en Convento que puede poseer bienes en comun, ó en particular, pues por la profesion se casan espiritualmente con Jesu-Christo; así porque vale el argumento del matrimonio carnal al espiritual, se debe observar el mismo derecho en éste que en aquel (2).

49 Y aunque se objete que estas dotes se dan á los Monasterios por via, y en lugar de alimentos, segun el Santo Concilio de Trento en la *sess.* 15. *cap.* 16: que de darse, y recibirse en otro concepto, se comete simonía (3): y que por ser para ellos, no hay obligacion de colacionarlas, porque los que se dan á los hijos, no se colacionan (4): no obsta,

(1) Ley 5. tit. 15. Part. 6. Gom. en la ley 29. de Toro n. 24. vers. Secundo, & à fortiori Cardos verb. Collat. n. 27. Valasc. de Partit. cap. 13. n. 180. al fin. Hermos. en dicha ley 3. glos. 6 n. 20. Guerreir. dicho lib. 2. y cap. 12. n. 170. y 171. (2) Cap. Inter corporalia 2. de Translat. Episcop. c. In præsentia, de Probat. Autheat. Nisi rogati, Cod ad Trebel. Menchac. de Succes. creat. §. 20. n. 251. Angul. en la ley 9. glos. 6. n. 13. tit. 6. lib. 5. Rec. Gom. en la 29. de Toro n. 14. (3) Felin. in cap. Ecclesiæ Sanctæ Mariæ n. 79. de Constitut. (4) Ley 1. §. Si inter, ff. de Liber. agnos-

porque la dote secular se dá tambien por razon de alimentos (1), y no por eso dexa de colacionarse toda (2); pues una cosa es subministrar diaria, ó anualmente los alimentos, y otra dar dote cierta al Monasterio, y este recibirla con título de alimentos, porque en este caso no se da en figura, ó apariencia de éstos, sino de dote: y de darse simplemente como tales, si la Monja muriera ántes de consumir su total, se repetiria solamente del Monasterio lo que no hubiese consumido, lo qual no se practica: y ademas al tiempo de colacionar se deduciria de la colacion lo que hubiese gastado, si en todo el tiempo que medió ántes de la muerte de su padre, existiese en su casa: lo qual no se deduce, como tampoco de la dote secular (3). Y así, la verdad es, que aunque los alimentos dan causa para esta dote, pero no segun la naturaleza de tales, sino como la dote secular de cuya donacion son la causa los mismos alimentos (4).

50 Del mismo modo debe colacionar la Religiosa las cosas que sus padres la dan á mas de la dote, y son: el vestido con que entra en el Monasterio, la cama, lienzos, calzado, &c. Lo qual se entiende, á ménos que estén especialmente exceptuados (5); pero no las propinas regulares que segun costumbre se dan á cada Religiosa como por via de convite, excepto que se dé convite general á todas, pues entónces serán colacionables, y se estimarán como aumento de dote, el qual lo es segun derecho (6).

51 No debe colacionar la Religiosa, que está en Convento capáz de heredar, lo que por tiempo cierto, ó por toda su vida se la da fuera de la dote para subvenir á sus religiosas necesidades, y extraordinarias urgencias, para las que no la subministra el Convento, ó Monasterio lo competente, porque no se contribuye, ni entrega á éste, sino á la misma Religiosa por piedad, y por via de alimentos, los quales no son colacionables (7).

cent. Gom. en dicha ley 29. n. 16. vers. Sed his non obstantibus.

(1) Ley Titio centum, §. Titio genero, ff. de Conditionib. & demostrationib. (2) Ley Ut Libaris, y otras, Cod. de Collat. (3) Menchac. dicho §. 20. n. 266. (4) Valasc. de Partit. cap. 13. n. 32. al 35. Guerreir. dicho cap. 12. n. 21. (5) Valasc. ibi n. 36. (6) Ley Sirian, Cod. de Jure dot. ley Inter socerum, §. Cum inter, ff. de Pact. dotal. Alex. in leg. Divortio, §. Ob donationes, ff. Solut. matrimon. Valasc. ibi n. 37. y 38. (7) Valasc. ibi n. 39.

52 Quando el hijo venga á heredar á sus padres, no solo debe colacionar lo que hubo, y recibió de ellos, ó de aquel, cuya herencia se trata de dividir, sino los vestidos, joyas, adornos y demás que dieron á su esposa, ó muger, ya estén, ó no consumidos, porque en duda se conceptua haberselos donado por contemplacion, y en nombre del mismo hijo, (que estaba obligado á dárselos segun su esfera, y posibilidad, y la costumbre del pais) y en cuenta de su legítima, y se adquieren para él, á cuyo poder pasan, y no para otro, aunque de otra suerte no conste que por su respecto, y atencion se los donaron; y si están consumidos, conferirá su estimacion (1). Lo que al contrario, si se los dieron los consanguineos, ó amigos de su marido, pues no los debe colacionar éste, y así ella los hace suyos, y vale la donacion (2) segun, y en los casos explicados en el lib. 1. c. 4. n. 25. de este tratado.

53 Pero no está obligado á colacionar los gastos de comida, refresco, regalo al Cura que lo casó, ni otras que por convite ó lucimiento, y con título de honor, y celebridad de su boda, ó misa nueva hacen sus padres. Lo I, porque estos gastos pertenecen al que llaman honor y estimacion de los mismos padres, que las hacen de su própia voluntad por esplendor, fausto y vanidad, y no son necesarias para la perfeccion, ni validacion del casamiento, ántes sí voluntarias y superfluas (3). Lo II, porque ninguna ley manda que se colacionen (4). Y lo III, porque de estos gastos nada percibe el hijo, ni por consiguiente se le sigue la mas leve utilidad; y respecto existir baxo del paternal dominio, y carecer de potestad así para impedirlos, como para compeler á su padre á que los haga, si lo resiste, de ningun modo los debe colacionar. Lo qual se entiende, aunque el hijo tenga bienes próprios de que se puedan hacer: pues no obstante esto, se conceptua hacerlos su pa-

(1) Gom. en la ley 29. de Toro n. 15. y en la 50. n. 67. vers. Ex quo infertur. Roland. cons. 10. n. 10. Valasc. ibi n. 45. y 46. Hermos. en dicha ley 3. tit. 4. Part. 5. glos. 6. n. 48. Parlad. differen. 150. §. 3. n. 16.

(2) Ley Si mater 12. Cod. de Donat. inter vir. Azevedo en dicha ley 49. glos. 4. n. 10. (3) Gom. dicho n. 15. vers. Quinto infero. Garcia de Expens. cap. 4. n. 10. Valasc. dicho cap. 13. n. 55. Hermos. ibi n. 39.

(4) Ley Illam 19. Cod. de Collat.

dre de los suyos, porque pertenecen á su honor (1); bien que teniéndolos su padre, si éste no quiere hacerlos de los suyos próprios, se entenderán hechos de los adventicios del hijo (2); pero deberá expresarlo para evitar inteligencias y decisiones arbitrarias, y por consiguiente perjudiciales, y de lo contrario se estimarán expendidos de su próprio caudal.

54 Deben colacionar los hijos los oficios públicos vendibles, que para ellos compran sus padres, o ellos con el dinero que á este efecto les dan, si les son transmisibles, ya se los den en dote, donacion *propter nuptias*, ó simplemente: en cuyo caso se les debe computar en su legítima no el mismo oficio, porque es indivisible, y mere personal, sino el valor, ó estimacion que tiene, regulando su capital, no por lo que costó, sino por lo líquido que produce al tiempo de la muerte del padre. Y lo próprio milita quando consta que el Príncipe á peticion del padre, y por su mera contemplacion lo concedió al hijo (3). Pero si los tales oficios son vendibles, ó á lo ménos transmisibles, no se deben colacionar (4).

55 En quanto a si el hijo debe colacionar, ó no los gastos hechos por su padre en sacar las Bulas para obtenerle Obispado, Canonicato ú otro Beneficio, ó Dignidad eclesiastica util, y fructífera, la comun opinion es que no, fundada en que el Beneficio y Dignidad no se pueden vender, ni transmitir a los herederos: y respecto no serlo lo principal, tampoco lo accesorio. Pero *Valasco* (5) afirma lo contrario: Lo I, porque no son donacion simple procedida de mera liberalidad, sino causal hecha por utilidad del mismo hijo, la qual es conferible. Y lo II, porque hay cierto modo de gastar con un sugeto, que es lo mismo que darle por via de dote, ó donacion causal, pues por medio del gasto no solo consigue honor, sino utilidad para alimentarse; y así como el padre puede repetir del hijo el gasto que útilmente hizo en alhaja de este (6): así tambien por

(1) Paul. consil. 304. n. 3. lib. 2. arg. leg. fin. Cod. de Dotis promission. Valasc. ibi n. 57. (2) Ley fin. ff. de Petit. hæreditat. Baez. de Non meliorand. fimb. cap. 11. n. 154. (3) Gom. en dicha ley 29. n. 21. Valasc. ibi n. 61. 63. y 64. Gamm. decis. 29 n. 3. Avend. respons 9. n. 11. Guerreir. dicho c. 12. n. 39. al 42. y otros. (4) Paul. in leg omnimodo, §. Imputari, Cod de Inoffic. testam. García dicho cap. 4. n. 14. Tell. en la ley 26. de Toro n. 6. vers. Primus ergo casus. Gom. y Val. ubi supr. Gutier. lib. 2. Pract. q. 64. n. 5. y sig. (5) Cap. 13. n. 75. (6) Arg. leg. Quæ utiliter, ff. de Neg. gest.

la própia razon puede imputarle en su legítima estos gastos útiles, sin los quales no lograria el Beneficio que ha de gozar, y con que se ha de mantener (1).

56 Si el poseedor de un mayorazgo expende, v. gr. dos mil ducados en la obtencion de Breve Pontificio, para que de los frutos de ciertas Iglesias se saque la tercera parte, ó mas, y de ellos erige dos Beneficios, cuya presentacion ha de hacer el hijo que fuere poseedor del mismo mayorazgo, debe colacionar los dos mil ducados en cuenta de su legítima: Lo I, porque el honor, y utilidad de presentar, ó derecho activo de Patronato es transmisible al inmediato, y demás sucesores (2). Y lo II, porque estamos en la regla general, y comun doctrina, de que los hijos deben colacionar en cuenta de aquella las donaciones que los padres les hacen por causa del matrimonio, ú otra (3).

57 Por lo respectivo á si debe, ó no conferir la donacion que su padre le hizo con título de patrimonio para ordenarse, hay dos opiniones, la una dice que no (4): Lo I, porque si lo que se dona para la milicia terrestre, no se confiere, por reputarse castrense, y estar esento de la colacion por derecho (5), como diré en el n. 76. con razon superior no debe conferirse lo que se dá para la celeste, que es mas digna y elevada, y de una á otra vale el argumento (6). Lo II, porque en derecho no se encuentra especificamente preceptuada tal colacion, por lo que no debe hacerse, no mandándolo el testador (7). Y lo III, porque esta donacion cede en lugar de alimentos, los quales no son conferibles.

58 La contraria afirma que debe colacionarla: Lo I, porque es donacion causal útil al hijo, y transmisible por su muerte á sus herederos. Lo II, porque la ley 29. de Toro habla general, indistinta y absolutamente, y ninguna exceptúa:

(1) Valasc. dicho cap. 13. n. 75. Ayor. part. 2. quæst. 18. Guerreir. ibi num. 43. y 44. (2) Ley 8. tit. 15. part. 1. Cap. 1. de Jure patronat.

(3) Valasc. ibi n. 76. (4) Gom. ibi n. 21. vers. Item subinfero, el primero. Tello en la 26. de Toro n. 16. Matienz en la 3 tit. 8. lib 5. glos. 2. al fin Aimon. consil. 126. Dueñ. regul. 222. limit. 3. Valasc. ibi num. 77. Gracian. regul. 141. n. 6. (5) Ley fin. Cod. de Collat y ley 1. §. Nec castrense, ff. eod. tit. (6) Ley Miles, ff. de Re judicat. (7) Ley Illam, Cod. de Collat.

y así no solo manda colacionar las dotes, y donaciones *propter nuptias*, sino las otras donaciones, que los hijos y descendientes hubieren recibido del ascendiente á quien vienen á heredar. Y lo III, porque la finca para alimentarse no es, ni puede ser castrense: y solo se reputarán por tales los libros, vestidos clericales, derechos de título y gastos del viage, al modo que en el soldado el vestido, armas, caballo y lo demás necesario para ir á la guerra; pero no lo que le ha de servir para su alimento durante su vida; pues esto es legítima, como tal se debe conceptuar en uno y otro, y por consiguiente colacionar, no mandando el testador lo contrario (1). Y á esta opinion me inclino como mas legal, justa y verdadera en mi concepto.

59 Si los padres, ó el uno de ellos dieron á su hija, ó hicieron donacion *propter nuptias* á su hijo, y despues por hallarse alguno de ellos con urgencia para alimentarse, pagar deudas ú otra, les volvieron á dar alguna suma de dinero, alhaja ó finca, parece que no deberan colacionarla en cuenta de su legítima segun la ley 26. de Toro, y que se entenderán mejorados en ella. Pero lo contrario es lo verídico; y así la traerán á colacion del mismo modo que la dote y donacion *propter nuptias*, no mandando sus padres otra cosa, porque es donacion causal hecha por necesidad, y no simple procedida de mera liberalidad, pues la misma causa intervino para la primera, que para este aumento (2): y porque es visto que sus padres quisieron anticiparles aquello mas en cuenta de sus legítimas, pues la ley 26. de Toro se entiende segun la comun, y mas segura opinion, en las donaciones simples que no son conferibles, y no en las causales.

60 Debe colacionar el hijo, que está bixo la patria potestad, el usufructo de sus bienes adventicios que su padre le donó expresamente, si éste tiene recogido los frutos, y está constituido dueño de ellos: porque aunque provienen de los adventicios, cuya propiedad, y dominio toca al hijo, se estiman en

(1) Gutier. lib. 2. Pract. q. 65. Covar. in cap Rayraldus, §. 2. num. 7. de Testam. Avendañ. respons. 77. al fin. Menchac de Succes. creat. lib. 3. §. 22. n. 44. Ayor. part. 2 quæst 13. Guerrair. dicho cap 12. n. 1. Hermos. ibi n. 50. (2) Ley Cum quo 56. §. fin. ff. ad leg. Falcid. y ley 29. de Toro, Ayor. part. 2. quæst. 31.

este caso como profecticios, por ser dueño de ellos, y tenerlos en su poder su padre, por lo que salieron de su substancia (1). Lo qual se entiende, excepto que mande que no los colacione, como en qualquiera tiempo lo puede mandar, por no haber ley que se lo prohiba.

61 Pero si se les donó tácitamente, permitiéndole que los llevase despues de cogidos, sin contradecírselo, ni impugnarle su percibo, no está obligado á traerlos á colacion, ni sus hermanos deben inquietarle acerca de ella (2).

62 Y aunque se diga que la simple donacion hecha al hijo de familia por su padre en vida, se colaciona, y confirma con la muerte del donante, y que ántes es revocable: no obsta, porque esto se entiende en la que hace de sus cosas própias, mas no en la remision del usufructo de los bienes adventicios del hijo, pues esta no lo es de cosa própia, porque la propiedad de ellos toca á éste. Y sin embargo de que el padre lo adquiere al instante por disposicion de la ley, por lo que parece que dá algo de lo suyo: no es así, porque la concesion legal se hace con la condicion tácita de: *Si quiere adquirirlo*, pues no queriendo, no se le puede precisar á su admision; y por lo mismo que no lo admite, se estima por no adquirido, y como si no lo hubiera; y así nada de lo suyo remite, dona, ni disminuye de su patrimonio, ni por consiguiente ha lugar la colacion, porque lo adquiere para sí, debe llevarlo como suyo, y no se le debe imputar en la legítima, ni tampoco en tercio y quinto, si en ellos fuere mejorado (3).

63 Diciendo el padre ántes de adquirir el usufructo de los bienes adventicios de su hijo, que no lo quiere, tampoco está obligado éste á colacionar los frutos que produxeron, y percibió, porque entónces no es própiamente donacion, respecto de que el padre jamás lo tuvo, ni de su patrimonio se le desfalcó cosa alguna (4): pues una cosa es dexar de adquirir, (lo

(1) Castr. in leg. Cum oportet, Cod. de Bonis quæ liberis n. 30. Valasc. cap. 13. cit. n. 139. Gamm. decis. 118. Guerreir. lib. 2. y c. 13. cit. n. 70.

(2) Ley Cum oportet 6. Cod. de Bonis quæ liberis, §. 2. vers. sin autem.

(3) Gom. en la 29. de Toro n. 29. y en la 48. n. 9. Gutier. in c. Quamvis pactum n. 31. Mat. en la ley 1. tit. 5. lib. 5. glos 4. n. 19. Valasc. dicho c. 13 n. 141 al 145. (4) Ley final, vers. Sive ex contrario, Cod. de Bonis quæ liberis, ley Si sponsus, §. Si maritus, ff. de Donat. inter vir. & uxor. Carneo in leg. Cum oportet, §. Sin autem, vers. Dicas pro concordia, & in

qual es própiamente donar, ni le está prohibido) y otra, y muy diversa perder lo adquirido, ó enagenarlo, y desprenderse de ello (1): y así no se debe hacer mérito de el para cosa alguna, ya lo mejore ó no. Lo mismo procede, y se debe practicar con lo demás que el hijo adquirió, por no haber querido su padre adquirirlo, v. gr. quando uno de sus hijos fallece, instituyendo á un hermano suyo por heredero, debiendo instituir á su padre, y éste no se queja, ni quiere intentar accion alguna contra el testamento de su hijo, en que lo pretirió, ántes bien permite que el otro hijo perciba la herencia de su hermano, pues milita la própia razon (2).

64 Si el padre que administra bienes adventicios de su hijo exîstente en su poder, lo dedica á las carreras militar, literaria, ú otra de honor, y los frutos de estos bienes alcanzan, ó exceden á los gastos que con él hace en aquellas: parece que aunque su padre le mande colacionarlos, no estará obligado á ello, porque los frutos de sus bienes sufragaron para hacerlos: ceden en honor de la familia, y utilidad de la Patria: y seseria impio, iniquo y duro que despues de percibirlos integramente su padre, se utilizasen de ellos sus hermanos, sin ser suyos, ni de su padre los bienes que los habian producido, y que como si ningunos hubiera tenido, se le imputasen, é hiciesen colacionar los mencionados gastos. Pero sin embargo de todo lo expuesto, deberá colacionar si su padre lo manda, no todo el importe de ellas, sino lo líquido que quede, deducidas las que su padre haria con él en su casa; y la razon es, porque el padre por privilegio, y disposicion legal hace suyos privativamete todos los frutos de los bienes adventicios de su hijo, y le tocan por efecto de la patria potestad, baxo la obligacion de alimentarle, y educarle en los términos que explicaré en el n. 69. del mismo modo que los adquiere con su industria, y trabajo, y así se contemplan suyos patrimoniales, y que de su própio caudal suple á su hijo los referidos gastos;

consil. 285. vol. 1. n. 15. y 16. Castr. in dict. leg. Cum oportet. Valasc. ibi n. 146. Vital de Collat. q. 8. n. 184.

(1) Ley final, Cod. de Codicil. y ley Quid autem, ff. Quæ in fraudem creditor. Gutier. in cap. Quamvis pactum n. 6. y sig. Baez. de Non meliorand. filiab. cap. 21. n. 4. Gom. en dicha ley 29. de Toro n. 29. vers. Quod extende. (2) Parlad. different. 150. §. fin. num. 11.

por lo que mandando su padre que los colacione, ya sea al tiempo que lo envia á seguir su carrera, ó en su última disposicion, ó coligiéndose de su volutad por alguna congetura de las que explicaré en el n. 71. deberá colacionarla, como si ningunos bienes tuviera, pues mas duro, é impío sería que todos los hiciese suyos en propiedad, y usufructo su padre, como antiguamente los hacia, segun sentè en el c. 1. n. 71. de este libro.

65 Teniendo el padre el usufructo de los bienes adventicios de su hijo, si este se casa, aunque su padre continúe reteniéndolo, no se lo demanda miéntras vive, ¿podra repetirlo de sus herederos? Aunque *Castillo* (1) dice que no, porque por el hecho de callar es visto haberlo donado á su padre, al modo que quando éste calla, y consiente que su hijo lo perciba. Pero lo contrario es lo cierto, porque milita diversa razon para callar, que es el respecto y reverencia á su padre; y así podrá exîgirlo, y deberá deducirse como deuda del acerbo del caudal, porque no es, ni se entiende libre donacion, y remision (2).

66 Sucede algunas veces que el hijo que vive en compañía de su padre, goza algunas Capellanías, Prebenda, ó Beneficio eclesiástico y el padre las administra, y percibe sus frutos: en cuyo caso ¿el hijo podrá repetir y exîgir de su caudal el importe de estos frutos? Al padre no están concedidos por derecho, porque son de cosa quasi castrense, y sí únicamente los de los bienes adventicios de su hijo: que por esta razon pertenecen á éste: que el padre debe darle cuenta de su administracion, como expuse en el n. 38. porque no es mas que un mero administrador de ellos; y no habiéndosela dado, ni entregadoselos, compete al hijo la accion de pedirla, y repetirlos de los coherederos, y hacer que como deuda se deduzcan de su caudal; pero respecto á que el padre no está obligado á mantener al hijo quando tiene de suyo, deben baxarse y descontarse de su total, no solo los gastos de administracion hechos por el padre, y la décima de su líquido producto, sino tambien los que hizo en alimentarle, darle estudios, y demás, al modo que si fuera administrador un estraño, porque no es creible que te-

(1) Ley 48. de Toro n. 11. (2) Ley Litis contestatæ, ff. de Negot. gest. Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 4. n. 8. y sig. Acev. en la ley 9. tit. 1. lib. 5. Rec. n. 26.

niendo bienes, y rentas de que hacerlos, quisiese su padre expender de los suyos própios, y gravar á los demas hijos; lo qual se entiende á ménos que ordene expresamente lo contrario, como puede, sin que por mandarlo así, grave, ni perjudique á los demás hijos, porque nada les quita de su caudal, ni lo disminuye; y aunque no está obligado á darle alimentos teniendo de lo suyo, pero si se los da, estarán bien dados, y no deberá colacionarlos á cuenta de legítima ni mejora, y podrá mandarlo así su padre, y que se le entreguen los frutos líquidos que percibió de sus bienes, ya sean, ó no adventicios, como deuda contra su caudal, sin embargo de que hasta su muerte nada haya expresado, pues en qualquiera tiempo puede declarar su voluntad, por no haber ley que lo prohiba, ni preceptúe lo contrario; por lo que no mandándolo, si deducido todo, sobráre algo, eso será lo que se baxará como deuda, y percibirá como crédito líquido á su favor (1); en lo que deben proceder el Juez, y Contador atendidas las personas, edad del hijo para si pudo, ó no administrar por sí, y los motivos de su silencio, y permision de que su padre administrase, y expendiese, y con presencia de todo hacer la cuenta, y deduccion.

67 Son adventicios los frutos de los bienes adventicios del hijo percibidos por él despues de la tácita, ó expresa remision de su padre, por lo que se constituyen *pleno jure* del mismo hijo; se conceptúan como donados por persona extraña, y por lo mismo no debe traerlos á colacion con sus hermanos (2); cuya remision puede hacerle su padre no solo en contrato, sino en última voluntad, aunque en vida haya callado, mandando que lo líquido de ellos se le entregue, y que se entienda haberle alimentado de su própio caudal, pues ninguna ley se lo prohibe, ni manda que lo proteste, ni declare en vida, como dexo expuesto. Pero se observará lo contrario, si su padre, ó madre le remiten los de los suyos própios, pues en este caso como que salen de su patrimonio y substancia, y por su remision se disminuye este, debe colacionarlos (3).

(1) Gutier. ibi ex n. 19. al 29. y de Tutel. part. 3. cap. 32. n. 4. Afflict. decis. 241. Barri de Duob. fratrib. n. 16. Guerreir. de Divis. lib. 2. cap. 12. n. 225. hasta el fin. Matienz. en la ley 9. tit. 1. lib. 5. Rec. glos 2. n. 12.
(2) Ley fin. Cod. de Collat. (3) Gamm. dec. 118. Val. c. 13. n. 147. al 150.

68 Si el padre emancipa á su hijo, y le da al mismo tiempo alguna finca, ú otra cosa, parece que deberá colacionarla, por ser visto dársela en parte de pago de su legítima (1), respecto puede anticipársela, y prevenir el tiempo de sú muerte (2). Pero lo contrario es lo cierto; y así como donado simplemente, no está obligado á colacionarlo, ántes bien se entiende tácitamente mejorado en él en quanto no exceda del tercio, ni quinto, pues si excediere, se estimará el exceso por parte de legítima (3). Lo qual se entiende, excepto que al tiempo de la donacion exprese que se lo da en parte de aquella, porque despues no la puede gravar, ni condicionar.

69 No debe colacionar el hijo los gastos que su padre hizo con él en el estudio (4). Pero esto se entiende de los hechos en enseñarle la Gramática, y otras cosas, ó Artes, sin cuya pericia no se puede vivir cómoda, y decentemente segun su estado porque estos se comprehenden en los alimentos necesarios, que está obligado su padre á subministrarle, y como tales están exêntos del gravámen de colacion, pues quando los alimentos se deben de derecho natural y de sangre, ó por mandato judicial se comprehende en ellos la enseñanza, y los gastos que en ella ocurren (5). Lo que al contrario, quando se deben por disposicion y voluntad de uno, pues en este caso no se incluyen, á ménos que el testador lo mande (6).

70 Se limita esto I, quando el padre tiene, y administra bienes própios de su hijo, ya sean adventicios, castrenses, quasi castrenses, ó de qualquiera clase, pues entónces es visto expender de ellos los gastos expresados, y no de los suyos propios, si no expresa lo contrario: y así estos ménos tendrá que percibir de

(1) Ley unica, Cod. de Imponenda lucrativa descriptione. (2) Ley Quoniam novella, Cod. de Collat. (3) Ley 26. de Toro. Pico in leg. In quartam n. 187 y sig. vers Septima conclusio; & ibi. Rip. n. 153. y Ruin. n. 18. y 23 ff ad leg Falcid. (4) Leyes 3. tit. 4. Part. 5. y 5. tit. 15. Part. 6. y ley Quæ pater, ff. Familiæ erciscundæ, & ibi Part. & DD. Com. en la 29. de Toro n. 16. vers. Sed his non obstantibus. Garcia de Expens. cap. 4. n. 1. (5) Ley De bonis 6. §. Non solum 5. ff. de Carbonian. edict. ley Officio judicis 2. y ley Qui filium 4. ff. Ubi pupillos educari oportet. Garcia de Expens. cap. 3. n. 47. Valasc. ibi num. 151. al 153. Greg. Lop. en la ley 5. tit. 15. Part. 6. glos. 6 vers. Adverte tamen. (6) Ley Legatis 6. y ley Nisi 7. ff. de Aliment. & cibar. leg. & ibi glos. Bosio de Aliment. c. 2. n. 64. Guerreir. dicho cap. 12. n. 121. y 122. y otros que citan.

su valor el hijo (1), como queda sentado. Y sin embargo de que parece debia proceder lo mismo que con la hija, pues si el padre tiene en su poder bienes adventicios de esta nunca se entiende darla, ni prometerla de ellos la dote, sino de los suyos próprios (2): no obsta, porque milita diversa razon, y es, la de que el padre está obligado por derecho á dotarla precisamente de sus bienes próprios, y por eso siempre se entiende que la dá, ú ofrece de éstos la dote, y no de los adventicios, pero no lo está á hacer estos gastos con el hijo, y asi ya consistan sus bienes en dinero, ó en otras especies, se presumen hechos de ellos, y no de los del padre; por lo que aunque no lo colacionará con sus hermanos en cuenta de legítima el importe de los gastos referidos, por no haber salido del patrimonio de su padre, pero se le descontará de sus mismos bienes, quando pretenda su tradiccion (3), excepto que mande que no se descuenten.

71 II, quando *expresa*, *ó tácitamente* se colige que el padre, ó madre quisieron que estos gastos se imputasen al hijo en cuenta de su legítima: *Expresamente*, v. gr si lo protextan, y consta de la protexta en los términos que se dirán en los n. 74. y 75. *y tácitamente*, quando por congeturas se infiere su voluntad, v. gr. por tenerlos sentados en el libro de cuenta, y razon de sus deudores, pues si es solamente en el de cuenta de gastos, no basta, porque esto sirve solo para saber lo que gasta, y no para que de ello se infiera que quiso se imputasen al hijo en legítima. Pero si los padres son ricos, el hijo pobre, y los gastos módicos, no se le imputarán tampoco en legítima sin embargo de la protesta; ni esta surtirá efecto, porque se comprehenden (como dexo sentado) en los alimentos, y crianza, que como buenos padres deben darle por derecho natural y de sangre (4).

72 Y III, se limíta, quando resulta gran desigualdad entre los hijos, la qual se puede titular asi en el caso de que lo

(1) Ley Nesennius, ff. de Negot. gest. ley fin. ff. de Hæreditat. petit. Gom. en dicha ley 29. n. 16. vers. Quod tamen limita. Matienz. en la 3. tit. 8. lib. 5. Rec. glos. 2. n. 7. Valasc. dicho cap. 13. n. 164.

(2) Ley final, Cod de dotis promission. (3) Gom. n. 16. cit. Ayor. part. 2. q. 13. n. 39. vers. Item limitatur. (4) Glos. Alberic. Paul. y otros en la ley Nesennius, ff. de Negot. gest. Ayor. ibi vers. Item fallit, y vers. Item extende. Guerreir. dicho cap. 22. n. 133. al 137.

gastado con el estudiante exceda á la legítima, y mejora, atendido el valor de los bienes de su padre al tiempo de su muerte, junto con el importe de lo que con él expendió: ó quando el hijo no aprovechó en el estudio, porque no se verificó el fin para lo que expendió su padre: ó quando convertió en vicios, y malos usos lo que este le dió; pues por estas razones es visto haber querido que se le imputase en legítima (1). Y lo mismo procede quando hace al hijo la donacion tan grande que sus hermanos son perjudicados en sus legítimas, pues entónces deberá restituirles el exceso de su legítima, y mejora (2).

73 Pero en estos casos mediante estar obligado el padre á mantenerle mientras existe en su poder, quando no tiene de suyo, se le cargará solamente el exceso á lo que con él gastaria, manteniéndole en su casa segun su calidad, y haberes, v. gr. en darle de comer, vestir, calzar, medicinas y todas las demás cosas concernientes á los alimentos, pues estas no se le deben imputar, ya tenga, ó no el hijo bienes suyos própios, porque el padre debe darle todo lo expresado, conservarle la propiedad de los adventicios pudiendo, y aprovecharse de sus frutos que le concede el derecho: y así el exceso á ellas será lo único que colacione (3); previniendo equitativamente que en la regulacion de los alimentos se debe proceder y no con mezquindad, arreglándolos la prudencia con atencion á los haberes, y calidad del donante, y al estilo del país.

74 La protesta del padre, de que queda hecha mencion en el n. 71. debe ser hecha al tiempo que envia á su hijo al estudio, para que sean colacionables los gastos que con él hace, y no despues (4); porque de lo contrario se contempla donacion

(1) Ley Quæ pater filio, ff. Familiæ erciscund. Greg. Lop. en dicha ley 5. tit. 15. Part. 6. glos. 5. y 6. Avendañ. respons. 16. n. 2. Marienz. en dicha ley 3. tit. 8. lib. 5. glos. 2 n. 6. Guerreir. ibi n. 132. 138. y 139. (2) Ley 4. tit. 15. Part. 6 verb. Pero si el padre: Authentic. Unde si parens, Cod. de Inoffic. testament. (3) Gom. n. 16. vers. Unum tamen est. Marienz. n. 6. y 7. Garcia de expens. cap. 4. n. 4 y 5. Valasc. cap. 13. n. 161. al 165. Ayor. part. 2. quæst. 13. n 39. vers. Item quæro. Menoch. lib. 3. præsumpt. 39. n. 88. y lib. 4. præsumpt. 191. n. 18. y Guerreir. ibi n. 127. (4) Ley Illud 20. Cod. de Collation. al fin ley Quotiens, ff. Solut matrimon. ley unico, §. Accedit, Cod. de Rei uxoriæ action. y ley Labeo, §. Sed etiam, ff. Familiæ erciscund. Gom. n. 16. vers. Item adde, y n. 27. Guerreir. ibi. n. 134. Ayor. part. 2. quæst. 13. y n. 39. cit.

para, en la qual solo al tiempo de hacerla puede imponer gravámen y condicion, segun derecho (1).

75 Lo qual se entiende, quando la donacion fué hecha al hijo emancipado, ó habido por tal, porque entónces fué válida al instante, y se constituyó irrevocable: y así no puede su padre quitarle el derecho adquirido, porque en las donaciones puras y perfectas hechas simplemente, no se debe imponer despues condicion, y si se impone, es nula segun dexo señalado. Pero si fuere hecha al exîstente en su poder; entónces como no vale, ni por consiguiente se constituye irrevocable, porque el padre puede revocarla hasta su muerte, podrá tambien declarar su voluntad, y en qualquier tiempo mandarle que la colacione (2).

76 Los demás gastos hechos por el padre para que su hijo aprenda ciencias mayores, siga otra carrera de honor y distincion, ó vaya á la guerra: sinembargo de que no está obligado á hacerlos, especialmente si el hijo tiene que ir fuera de su casa á estudiarlas, ni á conservarle en el estudio, si no quiere que lo continúe, no obstante que lo haya enviado á él, (bien que no falta quien diga que siendo rico, puede ser compelido á ello) ni tampoco lo están sus hermanos á subministrarle los alimentos para la continuacion muerto su padre (3), y por lo própio parece que tiene obligacion de colacionarlos; lo contrario es lo verídico, y así no se debe hacer mencion de ellos, porque el padre es dueño de sus bienes miéntras vive, y puede gastarlos y distribuirlos á su arbítrio, sin que sus hijos tengan accion á impedírselo, ni derecho á mas que á lo que les dexe; y (4) no solamente ceden en utilidad privativa del mismo hijo, sino tambien en la de la Patria, y en honor de su familia, y se contempla que por estas razones, y movido de afecto y piedad los hace; pues todos en quanto esté de nuestra parte, debemos contribuir al incremento, lustre y bien de la

(1) Ley Perfecta donatio, Cod. de Donat. quæ sub modo.

(2) Arg. leg. Juris gentium, §. Adeo, ff. de Pact. Rutr. consil. 38. n. 5. Jason in leg. Filiæ licet, n. 8. Cod. de Collat. Rebaf. de Privileg. Scholar. privileg. 55. Gom. dicho n. 18. (3) Menchac. de Succes. creat §. 3. n. 202. Garcia c. 4. n. 52. Gom. dicho n. 18. (4) Ley 2. tit. 4. Part. 5. verb. Fueras ende si el padre, y ley 5. tit. 15. Part. 6. Valasc. ibi n. 115. vers. Attamen his rationibus al 158.

Patria, unos estudiando con provecho, otros peleando con valor y fidelidad, y otros trabajando, y discurriendo en nuestra respectiva facultad, arte ú oficio para hacerla feliz, como que somos socios y miembros de un mismo cuerpo político y sociedad civil. Á mas de que el hijo obedece á su padre, no puede resistirse á estudiar, ni dexar de hacer lo que le mande, y no es justo que su inevitable, y ciega obediencia se convierta en su detrimento contra la voluntad de su padre, y precepto de la ley; por cuyas razones cesa su obligacion á colacionar dichos gastos (1). Lo qual procede aun quando le mejore expresamente su padre, ó ascendiente, porque esta mejora acredita mas bien que quiso no los colacionase: que por dar mayor lustre á su familia, y beneficiar á la patria los expendió, y que por estas causas se privó de invertirlos en usos própios suyos; por lo que no deberá colacionarlos tampoco en este caso, ni por consiguiente como esentos de la colacion se le imputarán en parte de la mejora, si no lo manda. Y aunque se alegue, y es constante que de no hacerse la imputacion, ni colacion, resulta gran desigualdad entre sus hermanos, no obsta, porque la ley lo permite, y no distingue de si hay, ó no mejora expresa, por lo que no debemos distinguir; y mayor desigualdad resulta si el padre tiene, v. gr. ocho, ó diez hijos, y mejora á uno de ellos en tercio y quinto, pues á proporcion de lo que éste lleva, apénas toca legítima á los demás, sea, ó no opulenta la herencia, y con todo es válida, y no se gradúa de iniqua la mejora. Pero si de la voluntad del mejorante consta tácita, ó expresamente lo contrario, v. gr. por haberlo mandado, ó protestado, ó sentado en el libro de cuenta de sus deudores, ó por otras congeturas se infiere que quiso los colacionase: en estos casos se entenderá mejorado en quanto quepan en el tercio, quinto y legítima, baxando previamente de su total los alimentos que debia darle en su casa, pues estos deben excluirse del cómputo en todos casos, y lo líquido sobrante es lo colacionable. Lo mismo debe practicarse por idénticas razones, quando el padre, madre ó ascendiente envia á su hijo, ó descendiente á correr Cortes, é instruirse

(1) Doctor. in dict. leg. Quæ pater, Hermos. en la ley 3. tit. 4. Part. 5. glos. 3. n. 27. al 29.

de sus costumbres, intereses, ideas, maximas, tráfico y método de gobierno, para constituirse un buen Ministro, Estadista ó Embaxador, como algunos Próceres, y Potentados lo hacen con sus hijos, porque estos gastos son correspondientes á dichos personages que por su opulencia, dignidad y elevado carácter deben ser los padres de la patria, y estudiar y aprender lo que conduce á su felicidad, y de ellos resulta honor á la familia de quien los hace, y utilidad al Estado; pues esta palabra *Ciencia* de que usan las leyes, que es conocimiento de las cosas humanas por sus causas, y por principios ciertos, ó ciertos (1), á diferencia de la *Sabiduría*, que lo es de las divinas y humanas (2), no se circunscribe, ni limita á la Teología, Jurisprudencia, Matemáticas, Medicina, y otras ciencias que estudiamos los que somos inferiores en calidad y opulencia, ántes bien se amplía á la de Estado, que no se puede aprender con perfeccion de otra suerte; y aunque de esta no hablan las leyes expresamente, se entiende comprehendida entre las mayores, con superior razon se deben gobernar por las própias reglas los gastos que en aprenderla se hacen, estimarse esentos de la colacion, y no hacerse mérito de ellos, si el que los expendió no lo mandó, ó no se infiere de su voluntad; á diferencia de otros que no tienen su tendencia á tan útiles, y altos fines, pues para con estos se observará lo que en los n. 89. 99. de este cap. explicaré, por no estar exceptuados de la colacion en cuenta de legitima, ó mejora, como los expresados en este.

77 Por lo tocante á los libros que el padre dá á su hijo para estudiar, ya esté, ó no baxo de su dominio, si en caso de duda por falta de manifestacion de su voluntad deberá, ó no colacionarlos, es preciso distinguir: si el hijo es Abogado, Juez ó Doctor que exerce algun oficio público, no los colacionará, porque es visto dárselos para enseñar públicamente, que es casi lo mismo que para militar, por lo que se conceptúan castrenses (3); y al modo que las armas, y demás cosas quasi castrenses son incolacionables (4); del própio modo lo son los

(1) Diccionar. Academ. Matrit. letra C. ante I. Rubiños ad Nebrij. litter. cad. Cicer. 1. de Natur. Deor. (2) Cicer. 4. Tusc. Rubiños litter. S. ante A. (3) Ley Fori, Cod. Advocat. diversor. judic. (4) Leyes de Part. citadas, y ley 1. §. Nec castrense, ff. de Collat. bonor.

libros dados en la forma, y para el fin expuesto, porque se equipáran á las armas (1).

78 Y si el hijo no exerce oficio público de enseñar, se subdistingue: ó los libros son concernientes á aprender la ciencia que estudia, ó no. Si lo son, no los colacionará (2), porque no siendo ménos necesarios para estudiar, que los demás gastos que el padre movido de piedad, y por la razon expuesta le subministra, se juzgan por la misma regla que ellos, ya subsistan, ó estén consumidos. Y si no son necesarios para instruirse en aquella ciencia, y se los dona solamente para leer; en este caso mediante cesar las razones expresadas, tendrá obligacion de colacionarlos, porque no se pueden llamar quasi castrenses. Pero lo mas seguro es para evitar disputas, que así los libros como los gastos de estudios mayores, y demás donaciones, en que para hacerlas no interviene causa necesaria, se imputen al hijo en cuenta de la mejora de tercio y quinto, baxado lo que en los precisos alimentos expenderia con él su padre en su casa: y si exceden á la mejora, que se le cuente el exceso en parte de legítima (3). Previniendo que lo que se debe colacionar de los libros, es el valor que tengan al tiempo de la muerte del padre, ó madre donantes, ó al de la colacion, y no al de su entrega; y los mismos libros de ningun modo, para que no se irrogue detrimento al hijo por la particular aficion, y memoria local que en ellos tiene con motivo de la costumbre de registrarlos (4).

79 No está obligado el hijo á colacionar lo que adquirió en la guerra, que se llama *castrense*, por provenir de su industria, y trabajo personal, y no de la substancia del padre, por lo que lo hace suyo privativamente (5); pues por no conferir los hijos emancipados lo que aunque estuvieran baxo de la patria potestad no colacionarian, no se hace injuria á los que

(1) Glos. en dicha ley Quæ pater, y en la Filiæ cujus, Cod de Collat. Garcia cap. 4. n. 6. Gom. en dicha ley 29. de Toro n. 17.

(2) Dicha ley 5. tit. 15. Part. 6. & ibi glos. Valasc. cap. 13. cit. n. 161. al 164. (3) Matienz. en dicha ley 3. tit. 8. lib. 5. glos. 2. n. 6. al 8. Greg. Lop. en dicha ley 5. glos. 5. Avendañ. en la 29. de Toro glos. 3. n. 5. al 6.

(4) Gom. en dicha ley 29. y 17. vers. Adde tamen. Greg. Lop. en dicha ley 5. glos. al fin. Valasc. dicho cap. 13. n. 166. Guerreir. dicho cap. 12. n. 140. (5) Leyes 3. tit. 4. Part. 5. y 5. tit. 15. Part. 6. ley 1. §. Nec castrense cit. y ley final, Cod. de Collationib.

están en ella (1). Y lo mismo procede para con los bienes casi castrenses, que su padre, ú otros por su contemplacion le dieron, v. gr. para ir á la guerra, ó servir al Príncipe en su Palacio (2).

80 No debe colacionar el hijo su peculio *quasi castrense*, que es á la similitud del castrense, v. g. lo que gana por el salario de Administrador, ú otro oficio público, ó el Juez, ó Médico, ó el Abogado, Escribano y Procurador, ó el Maestro de Gramática, ó de alguna ciencia por enseñarla, pues todo lo que éstos, y otros semejantes adquieren con sus respectivos oficios, se estima por casi castrense y así no es colacionable, ántes bien lo hacen suyo, porque proviene de su personal industria, y mediata, ni inmediatamente del caudal de su padre, por lo que sus hermanos no deben participar de ello (3). Lo próprio milita para con lo que gana el Clérigo por causa de la Iglesia, ó por otro medio adventicio, ya esté, ó no ordenado de órden sagrado si goza del privilegio del Fuero, porque el Clérigo se reputa soldado celestial, y se equipára á los demás soldados (4): por cuya razon, sin embargo de que el órden sagrado no le exíme de la patria potestad (5), como al Obispo la dignidad episcopal (6); y al religioso profeso la profesion, pues por esta incide en la potestad de su Abad, ó Predado (7); no obstante, todo quanto adquiere, se gradúa casi castrense, lo hace suyo, segun dexo sentado, y como tal no debe colacionarlo (8).

(1) Rimicald. in §. 1. Institut. Per quas personas n. 6. y 40. Avendañ. en dicha ley 29. glos. 4. n. 22. (2) Ley 1. §. Neque castrense cit. ley final, Cod. de Collat. ley Fideicommissaria 11. §. 1. vers. Nec ob eandem, ff. de Fideicommissar. libert. ley Si fratres, §. Idem Papinianus, ff. Pro socio, ley Castrense peculium, ff. de Castrens. pecul. y leyes de Partida citadas. Gom. en dicha ley 29. n. 10. vers. Ex quo subinfertur. (3) Dicha ley 5. tit. 15. Part. 6. Avendañ. en la ley 29. de Toro, y glos. 4. cit. n. 23. hasta el fin. Guerreir. de Division. lib. 2. y cap. 12. n. 92. al 98. (4) Cap. Degradatio, §. Actualis de Præbend. in 6. cap. 1. de Clerico ægroto, y cap. Episcopus, de Præbend. (5) Auth. Presbyteros, Collat. 9. tit. 6. novel. 123. cap. 19. de Sanctissim. Episcop. Covar. in cap. Quia nos, de testam. n. 5. Perez en la ley 1. tit. 3. lib. 1. ordenam. Parlad. differ. 123. §. 2. n. 5. Gom. en la ley 48 de Toro n. 7. (6) Auth. Sed episcopalis dignitas, Cod. de Episcop. & cleric. (7) Glos. in leg. Si ex causa, §. Papinianus, glos. ult. in fin. ff. de Minorib. Gom. en la 48. de Toro n. 7. cit. (8) Leyes 2. y 3. tit. 21. Part. 1. Avendañ. ibi n. 29. y glos 3. ex n 7. Spin. in Rubr. de Testament. part. 4. n. 22. Barbos. in dict. leg. Sacrosanctæ, & in Authent. Presbyteros.

81 Tampoco debe colacionar el hijo lo que su padre expendió en obtenerle algun honor invendible, é intransmisible á sus herederos: ó la milicia, (que es, y se entiende cierta dignidad, ú oficio público, por el qual se percibe anualmente alguna renta (1), ó comodidad) porque se equipára al peculio, y bienes castrenses: pero si fuere vendible, ó transmisible á los herederos, deberá colacionarlo (2). Lo qual se entiende no eximiéndole de su colacion el testador, pues si le exîme, no lo colacionará, aunque sea transmisible.

82 Lo mismo procede por la própia razon para con los gastos hechos á efecto de condecorarle con el grado de Doctor, ó Licenciado, pues se contemplan donados por conseguir el honor de quasimilicia, y suceden en lugar de bienes quasicastrenses, que como queda expuesto, son incolacionables; bien que si el padre tiene en su poder bienes adventicios del hijo, se entiende hacerlos de éstos, y no de los suyos própios (3), á ménos que exprese lo contrario. Pero con los gastos que el padre hace en distinguir y condecorar á su hijo con el hábito de alguna de las quatro órdenes militares, ú otra, no se observará lo expuesto, excepto que lo mande: lo uno, porque esta condecoracion como puramente personal no cede en honor, ni utilidad de la familia. Y lo otro porque tampoco sirven dichos gastos para beneficio, defensa, ni gobierno de la patria, como los que se hacen con los que la defienden, y gobiernan con las armas, y letras, que es el motivo principal que tuvo la ley para exceptuar de la colacion á los castrenses y casi castrenses; por cuyas razones á no relevarle su padre, ó madre de ella, deberá colacionar dichos gastos.

83 No se debe imputar al hijo en su ligítima, ni por consiguiente debe colacionar lo que su padre, ó madre expendieron por redimirle de cautiverio, porque es visto haberlo expendido liberalmente movidos de piedad, y del afec-

Merlin. de Legitim. lib 3. tit. 2. quæst. 6. Guerreir. ibi n. 101. y 102.

(1) Ley Lucius Titius 22. ff. de Legat. 2. ley Fideicomissa, §. Si servo, ff. de Legat. 3. ley penult. cod. tit. y ley fin. Cod. de pignorib. (2) Ley 1. §. 16. ff. de Collat. ley 30 §. 2. Cod. de inoffic. testam. Gom. dicha ley 29. de Toro n. 21. Garcia dich. cap. 4. n. 4. (3) Dicha ley 5. tit. 15. Part. 6. ley final, ff. de Petition. hæreditar. Valasc. cap. 13. n. 175. Greg. Lop. en dicha ley 5. glos. 6.

lo que como padres le profesaban, y no con ánimo de repetirlo, ni de que despues de su muerte se le precisase á su colacion (1); y así se entiende mejorado en su importe.

84 Asimismo no debe colacionar lo que su padre pagó por él voluntariamente por la pena, en que por algun delito fué condenado, porque es visto haberlo hecho por piedad; excepto que su padre mande que se le impute: ó que por protesta ó congeturas se pruebe que quiso lo colacionase: ó que sea cantidad grande, por la qual se graven las legítimas de los demás hijos. Pero si lo pagó por necesidad, v. gr. por estar obligado á ello por ley, ó por ser fiador del mismo hijo queriéndolo éste, ó por otra causa semejante, deberá traerlo á colacion, porque no se presume habérselo donado, si no lo expresa. Y si tenia bienes del hijo en su poder, se entiende haberlo satisfecho de éstos (2).

85 No están obligados el hijo, ni la hija á colacionar con sus hermanos despues de la muerte de sus padres las pensiones, encomiendas, renta vitalicia, y demás donaciones que el Rey, ó Reyna les hacen, ya sea, ó no criado suyo el padre, sin embargo de que se las hagan por los méritos, y servicios de éste, y á su peticion, ó súplica. Lo qual se amplía, y entiende, aun quando por su real permiso, y especial gracia pasen á los hijos, y descendientes del concesonario; lo próprio milita para con los réditos, ó rentas anuas v. gr. Juros, que el mismo padre con real licencia transfiere en su hijo ó hija; y la razon es, porque estas donaciones no salen mediata, ni inmediatamente de la substancia, ó hacienda del padre, ni son deuda á su favor, sino pura merced: se estiman provenir de liberalidad, clemencia y munificencia de los donantes, que tienen fuerza de la ley (3), al modo que los contratos que celebran: (4) se reputan por casi castrenses: como tales tocan, y pertenecen en propiedad, y

(1) Ley Liber captus, Cod. de Captiv. & postlimin. revers. Gom en dicha ley 29. n. 19. Valasc. ibi n. 176. (2) Ley 1. Cod. ley Is qui, y ley Nesennius, ff. de Negot. gest. ley Post mortem, ff. Quando ex facto tutor. y ley Cum post, ff. de Administr. tutor. Gom. ibi n. 20 Ayor. part. 2. q. 17. Valasc. ibi n. 177. Guerreir. lib. 2. y cap. 12. cit. n. 35. al 37. (3) Ley Donationes, quas Divus, Cod. de Donat. inter vir. & uxor. (4) §. Sed & quod Principi, Institut. de Jure natural. gent. & civil. Antunez de Donat. reg. lib. 1. cap. 3. n. 1. y 2.

usufructo al donatario, ó concesionario, y no á su padre, y por lo mismo están esentas, y libres del gravámen de colacion. (2). Y así lo he visto declarado por el Consejo, confirmando la Sentencia de uno de los Tenientes de Corregidor de esta Villa en el pleyto que cité en el cap. 1. de la primera parte n. 60. Y sin embargo de que el padre hace suyos los frutos de los bienes adventicios de sus hijos (2), ya sean libres, ó de mayorazgo (3); y su usufructo le pertenece sin carga alguna, ni aun respecto de los alimentos del mismo hijo (4), por lo que puede retener para sí por toda su vida el de los bienes del que entró en religion capáz de adquirir: bien que esto es opinable (5); no lo adquiere no obstante, bien que en los que el Rey dona á su hijo: ni en los del mayorazgo que éste posee, y fué eregido de gracias, y donaciones Reales, ni tampoco en los feudales (6); por lo que se deben restituir á su hijo, ya esté, ó no en su poder, los frutos que percibió, y produxeron las donaciones referidas. Y aunque teniendo éste con que mantenerse, no está obligado su padre á darle alimentos, y por esta razon puede imputarle en éstos lo que consumió de aquellos, como dexo sentado; pero si no quiere imputárselos, puede declarar tambien en qualquiera tiempo que su ánimo fué alimentarle de su própio caudal como á los demás hijos, y no imputarle los frutos en su manutencion, ni quedarse con ellos, y mandar que el importe de éstos se le devuelva íntegro; porque la imputacion está en su eleccion, y ninguna ley se la preceptúa, ni le prohibe alimentarle, no obstante que tenga de suyo, ni grava á los

(1) Ley 7. Cod. de Bonis, quæ liberis. Gama decis. 29. n. 1. y 4. Valasc. ibi n. 178. Guerreir. ibi n. 49. al 152. Gom. en dicha ley 29. n. 10. vers. Ex quo primo infertur: y en la 48. n. 4. Antunez dicho cap. 3. n. 63. y 64. Matienz. en la ley 9. tit. 1. lib. 5. glos. 2. n. 4. al 11. (2) Ley 5. tit. 17. Part. 4. leyes 1. y 2. Cod. de Bon. matern. y 1. y 3 Cod. de Bonis, quæ liber. Gom. en la 18. de Toro n. 1. Cast. de Usufruct. lib. 1. cap. 3. y de Alim. cap. 44. n. 1. y sig. (3) Gom. en la ley 48. de Toro n. 3. vers. Sed his non obstantibus: Molin. de Primog. lib. 1 cap. 19. n. 18. y sig. Antunez ibi n. 66. (4) Ley ultim. §. Ipsum autem, Cod. de Bonis, quæ liberis. Arias de Mesa lib. 3. Var. cap. 37. n. 1. (5) Pereir. decis. 105. Cald. Pereir. in leg. Si curatorem, verb. Læsis, n. 143. Cod. de In integr. restitut. Matienz. en dicha ley 9. glos. y n. 2. (6) Suar. in quæst. mayoric. n 17. y 55. Molin. cap. 19. cit. n. 14. Valenzuel. consil. 5. per tot. Antunez dicho lib. 1. cap. 3. n. 67. y 68.

otros hijos por esto, y así percibirá como deuda los frutos líquidos de las donaciones regias, y no por eso deberá colacionar los alimentos que su padre le dió; y lo própio milita con los de otros bienes, si lo manda así.

86 Pero si al principio compró el padre las pensiones ó renta vitalicia: aunque despues por gracia del Rey se transfieran á sus descendientes, deberá colacionarlas el hijo, ó hija á quien se concedieron, porque se ha de atender á su principio, en el qual como no intervino liberalidad, sino causa, y contrato oneroso: aun quando luego la haya, é intervenga para la transmision á su posteridad, no debe obrar tanto que se reputen, y estimen como meras donaciones, y que estén exentas de colacionarse; y así se conceptuan réditos, ó intereses del capital desembolsado por el padre en su compra, y que continúan durante la voluntad del concedente como tales, y no como merced. Y lo mismo procede, quando éste manda que el donatario las colacione (1). Advirtiendo, que si el Rey dona una misma cosa á dos sugetos en diversos tiempos, será preferido el primero en la data, ó fecha de la donacion, aunque el segundo tome ántes que él la posesion de la cosa donada; al modo que en las Prebendas y Beneficios, á que no está anexo algun cargo, administracion, ú oficio, lo es el Beneficiado, á quien se confieren, y es anterior en la fecha, al posterior que presentó primero las letras (2); pero si tienen anexa alguna administracion, no se atiende al tiempo de su data, sino al de su posesion (3).

87 No tiene obligacion el hijo de colacionar con sus hermanos los bienes adventicios, que con su mera industria, y personal trabajo (v. gr. sirviendo á otro por estipendio, ó salario anual ó mensual, aunque sea con voluntad de su padre) y no con caudal de éste, ó por dadivas que le hicieron, consta haber adquirido, ya esté ó no en su poder, ántes bien todos deben ser suyos privativamente en propiedad, no obstan-

(1) Valasc. ibi n. 179. Guerreir. ibi n. 153. y 154. Gamm. ibi n. 5. y decis. 34. n. 10. Pegas ad Ordin. lib. 2. tit. 35. in Rubr. cap 21. n. 256.

(2) Cap. Eam te, de Rescript. cap. Qui duobus: cap. Tibi qui gratiam, eod. tit. in 6. cap. Eam cui, y cap. Si à Sede, de prabend. in 6. Antunez de Donat. reg. lib. 1. cap. 4. n. 14. y 15. (3) Valenz. cons. 34. n. 36. Antunez ibi n. 19.

te que el usufructo de ellos corresponde á su padre, mientras exîste en su dominio (1), como acerca de los de la hija he sentado en el n. 47. porque versa identidad de razon.

88 Si adquirió toda la ganancia con los bienes, ó dinero de su padre, sin poner trabajo suyo: ó negoció en nombre de éste, y lo expresó así en los contratos que celebró, debe comunicarlo como profecticio, pues viene á ser un factor, ó procurador suyo; y como que negoció en su nombre, y por su cuenta y riesgo, debe ser todo el lucro ó pérdida para él. Si lo adquirió solamente con su trabajo é industria, es adventicio, y como tal incomunicable con sus hermanos: y así constando esto, no debe colacionarlo, segun queda expuesto. Pero dudándose si fué ó no adquirido por su mero trabajo, ó con los bienes de su padre, llevará la mitad para sí, y la otra mitad será para su padre, ó para su testamentaría, al modo que entre los socios se practica quando uno pone el capital, y otro la industria, pues será iniqüo que lo que el hijo gana con sus afanes y sudor, lo lleven sus hermanos, sin haberlos tenido (2). Lo qual entiendo debe proceder en el solo caso de que su padre no lo haya alimentado, pues si lo alimentó, y estaba baxo de su dominio, será toda la ganancia para su testamentaría, si se dudáre con qué caudal se hizo la adquisicion.

89 Y si con el dinero de su padre adquirió las ganancias, cometiendo usuras, ó valiéndose de otros medios, y arbitrios ilícitos, y reprobados, nada de él deben participar su padre, ni hermanos, ni tampoco traerse á particion, porque lo ilícito, y torpemente adquirido no viene al juicio divisorio, ántes bien se debe restituir á su dueño, y si se ignora quién es, darlo por Dios (3).

90 Habiendo administrado, y gobernado por sí solo el hijo los bienes de su padre á causa de hallarse muy viejo, ó imposibitado: si los demás por ser menores, ó por otro mo-

(1) Ley 5. tit. 15. Part. 6. Ley final, Cod. de Collat. arg. leg. Comportet, Cod. de Bon. quæ liber. Gom. en dicha ley 29. y n. 10. vers. Secund. infert. y vers. Secundo, & à fortiori. Valasc. ibi n. 180. al fin. Herm. en la ley 3. tit. 4. Part. 5. gl. 6. n. 20. Guerreir. ibi n. 170. y 171. (2) Gom. ibi. Seg. in leg. 1. §. Si vir uxori, ff. de Acquirend. posses. Ayor. part. 3. quæst. 2. Valasc. ibi n. 181. y 182. (3) Ley 2. tit. 15. Part. 6. & ibi glos. 10. y sig. y ley Cetere 4. §. Sed, & si quid 2. ff. Familiæ erciscund. Valasc. ibi n. 189. y 190. Guerreir. ibi n. 182. y 183. Ayor. dicha part. 3. quæst. 3. n. 7.

tivo nada ganaron, ni trabajaron, podrá pedir por su muerte el salario de todo el tiempo de la administracion, y se le debe dar, al modo que al extraño se daria, á no ser él capáz de gobernarlos; cuyo salario regulará el Juez sabio, y prudente con equidad, atendiendo á su trabajo, y á lo que despues de vestido podia ahorrar un criado, y se deducirá del cuerpo del caudal como deuda contra éste, al modo que si se debiera al criado, por no parecer justo, que los hermanos sin trabajo ganen con el suyo (1). Lo qual procede sin embargo de que estando baxo de la patria potestad, debe servir á su padre, (en lo que, y en que se presume haberlo hecho por piedad, se fundan algunos, para intentar privarle del salario, y remuneracion que merece, y que ceda en utilidad de sus hermanos) pues esto es bueno para que no pueda demandar á su padre, mas no para que despues de muerto, se aprovechen éstos de su sudor; pero para evitar dudas por la discordia de pareceres que hay, conviene que así lo proteste, pues de esta suerte conseguirá alguna remuneracion, como lo advierte *Parladorio* (2) que con otros que cita, sigue la negativa en caso de faltar la protesta, así para con el padre, como para con la madre indistintamente.

91 Si el hijo emancipado no solo no ganó, ni cuidó de los bienes de su padre, sino que ántes bien los dilapidó, ó consumió, ó substraxo, debe colacionarlos ó restituirlos, ó su importe; pero si exîste baxo la patria potestad, podrán los coherederos conseguir el reintegro por medio de la compensacion, ó retencion de otro tanto como destruyó (3) que en el efecto viene á ser lo mismo.

92 El hijo, á quien por sus méritos hicieron donacion su padre, ó madre, no está obligado á colacionarla. Lo qual se entiende quando son condignos, y equivalentes á ella, ó tales que no pueden estimarse, ni pagarse con dinero, porque se contempla hecha de bienes adventicios, los quales no se confieren, y mas se conceptúa remuneracion, y paga de deuda (si es que por ella podia ser convenido judicialmente el donante) que donacion, y por consiguiente como he-

(1) Gom. ibi n. 24. vers. Ex quo subinfertur, Baez. de Decim. tutor. c. 4. u. 10. Ayor. dicha part. 3. quæst. 3. y n. 7. (2) Lib. 2. Rer. cap. 19. n. 4.
(3) Palac. Rub. in Repet. fol. 61. col. 4. Gom. ibi n. 25. Guerr. ibi n. 36.

cha á extraño; pues no basta que sean obsequiales, porque á estos está obligado (1): los que se hacen por piedad, ó por precepto de la ley, y de la naturaleza, no se deben graduar por méritos (2): en las cosas á que alguno está obligado, no se concepttúa liberal (3): y es visto donarse aquellos que se conceden sin coaccion, ni precepto de derecho alguno (4), y no quando obliga; y así para extirpar la disputa de si la donacion es, ó no remuneratoria, y si los servicios del hijo son obsequiales, ó no, se graduará la donacion por mejora en quanto quepa en el tercio, y quinto, con lo qual cesará toda duda.

93 Pero el hijo debe justificar los méritos, pues no es suficiente la confesion de su padre, ó madre, aunque sea jurada, porque se trata del perjuicio de los demas hijos, á quienes no deben gravar en sus legítimas. Bien que en este caso valdrá la confesion como simple donacion en todo lo que los padres pueden disponer, salva la legítima de los otros hijos, en lo qual no se revocará por la ingratitud del hijo, ni por el posterior nacimiento de otros (5).

94 Son colacionables en cuenta de legítima las donaciones que los padres hacen á sus hijos por *causa necesaria*, porque no es visto hacérselas por mera liberalidad, sino impelidos de aquella causa, y por consiguiente con ánimo de compensarlas, pues son de cantidad crecida, y contienen parte considerable de herencia. Pero en quanto á las donaciones *simples*, la mas comun opinion es que no se deben colacionar, porque regularmente son de cantidad módica, no contienen parte de herencia, que así se pueda titular, proceden de mera y absoluta liberalidad del donante, y ninguna causa necesaria interviene para hacerlas, y por lo mismo son hechas sin ánimo de

(1) Ley Quod autem, §. Si vir, ff. de Donation. inter vir. & uxor. ley Filiæ cujus, Cod. Familiæ erciscund. y ley Si pater, ff. de Donat. Matern. en la ley 3. tit. 8. lib. 5. Rec. gics. 2. n. 9. Gom. lib. 2. Cabed. tom. 1. ex n. 49. al 52. y muchos que citá. (2) García de Benef. remunerator. n. fin. Mieres de mejorati. part. 1. q. 28. n. 166. al 172. Tello en la ley 28. de Toro n. 3. Angul. en la 12. tit. 6. lib. 5. n. 4. y 14. (3) Ley Ad hoc legatam, ff. de adimend. legat. (4) Ley Donati, ff. de Reg. jur. y ley Si quis pro, ff. de Donat. inter vir. & uxor. (5) Gom. lib. 2. cap. 5. n. 3. Dueñ. regul. 222. limitat. 1. Gutier. de Juram. confirm. lib. 1. cap. 5. n. mer. 20. y sig.

que se compensen con la legítima, y se estima al donatario por mejorado en su importe (1).

95 Lo expuesto en quanto á las donaciones simples se limita en tres casos: El I, para con el hijo emancipado, pues vale la hecha por su padre en el instante que se la hace, y es colacionable como las causales, excepto que exprese que no quiere que la colacione; lo que al contrario haciendola al que está en su poder, pues no vale, á menos que se confirme con su muerte (2), porque en este caso toma la naturaleza de legado hecho para despues de ésta, el qual no es colacionable (3). El II, quando de no conferirse la donacion simple resulta desigualdad grande entre los descendientes, porque el evitarla es el principal motivo de estar preceptuada la colacion. Y el III, quando el donante mandó en la misma donacion que el donatario la colacionase; en cuyo caso cesa toda duda, y no hay mejora (4).

96 Y porque puede dudar el Contador quáles son donaciones *simples*, y quáles *causales*, digo que se llaman simples las que provienen de mera liberalidad, y munificencia del donante, sin que para hacerlas intervenga causa, ni obligacion alguna, por lo que se presume que quiere que el donatario no las colacione (5); y así no se imputan en legítima, ántes bien se gradúan, y estiman por mejora en quanto caben en el tercio, y quinto, porque de lo contrario serian opuestas á su difinicion, que presupone liberalidad.

97 Donaciones causales son las que el donante hace por la causa necesaria, útil ó pia que á ello le impele, y por la que puede ser compelido á hacerlas, ya sea por estár obligado á ello por derecho, (como el dotar á la hija que vive

(1) Gom. ibi n. 12. Valasc. cap. 13. cit. n. 81. al 88. (2) Ley Ut liberis, §. fin. Cod. de Collat. ley 2. Cod. de Inoffic. donation. ley Cum de Bonis, ff. de Donation. y ley Donationes quas parentes, Cod. de Donat. inter vir. & uxor. (3) Ley In donationibus, Cod. ad leg. Falcid. ley A patre, y ley Si donatione, y ley Nec emancipati, Cod de Collationib. Matienz. en la 3. tit. 8. lib. 5. glos. 1. n. 6. al 8. (4) Valasc. ibi n. 89. y 90. Gom ibi n. 26. Cov. in cap. Raynutius de Testam. §. 2. n. 6. Hermos. en la ley 3. tit. 4. Part. 5. glos. 3. n. 8. y 9. Guerreir. de Divis. lib. 2. y c. 12. dichos, n. 4. al 17. (5) Ley 1. ff. de Donat. ley Donari, ff. de Regul. jur. ley Cum multæ, vers. fin Cod de Donat. ante nuptias, y ley Illud, al fin Cod. de Collationib. Matienz. ibi glos. 2. n. 2. Gom. en dicha ley 29. n. 12. cit.

honestamente) por lo que se llaman ne esarias (1); ó por mandato judicial, ó por necesidad causativa, qual es la de casar, ó poner en estado á algun hijo, ó alimentarle, pues está obligado tambien á ello el padre, pudiendo; y así verificandose la necesidad por alguna de estas tres razones, se llama donacion causal, y necesaria, y se debe colacionar, é imputar al donatario en su legítima (á ménos que el donante mande lo contrario, ó de su voluntad se colija que quiso mejorarle) porque es visto haberle anticipado en cuenta de ella lo que le donó, y no donádoselo liberal, y graciosamente (2); y así se prueba de la ley 29. de Toro que habla primero de la legítima, que del tercio, y quinto, y sus palabras son estas. *Y para se decir la dicha dote inoficiosa, se mire á lo que excede de su legítima, y tercio, y quinto de mejoria*: Lo qual es al contrario en las donaciones simples de que trata la 26. en las que hace mencion del tercio, y quinto ántes que de la légitima, porque quiere se imputen en aquellos primeramente, segun se colige de su contexto: *Y si de mayor valor fuere, mandamos que vala fasta en la cantidad del dicho tercio, y quinto, y legítima.* Pues del órden de las palabras se deduce la concordia de ámbas leyes, y de qué donaciones habla cada una. A mas de que en las obligaciones conectivas, ó necesarias nadie es liberal, ántes bien mas se cree que quiere pagar lo que debe, que donarlo (3): y quando inverviene obligacion, y necesidad de pagar, no se presume que hay ánimo de donar (4).

98 Como por la variedad de opiniones que hay acerca de muchos de los casos referidos, y de otros que no están resueltos en derecho, puede dudar asimismo el Contador quándo se ha de entender, ó no mejorado el donatario, y en qué forma se ha de considerar, y deducir la mejora. Para que con

(1) Paulo in leg. Ut liberis, Cod. de Collation. n. 10. Decio ibi n. 26. & in Authent Ex testam. n. 11. Alex. in dict leg. n. 5. col. 3. Ain en consil. 85. n. 6. (2) Authent. Ex testam. Cod. de Collation. ley Quoniam novella, Cod. de Inofficios. testam. y ley Illud, Cod. de Collation. Tello en las 26. y 29. de Toro n. 2. 3. y 4. Gom. en la 29. n. 12. Gutier. lib. 2. Pract. quæst. 65. n. 4. y sig. Matienz. dicho n. 2. Pariad. diff. 150. n. 3. al 8. Hermos. en la ley 3. glos. 3. tit. 4. Part. 5. n. 6. y 7. (3) Ley Rem legatam, ff. de Adimend. legat. (4) Ley Cum de Indebito, ff. de Probation. ley Campanus, ff. de Oper. libertor.

arreglo al espíritu de nuestras leyes, resuelva los que le ocurran, y no se confunda en los en que falte decision legal, protesta o declaracion del donante, ó conjeturas de su voluntad: le prevengo por regla general que siempre que el donatario pueda ser mejorado en contrato en sanidad, y la donacion, ó gastos no estén esentos por derecho de colacionarse, como los expresados en el n. 76. le gradúe, y estime por tal en quanto lo donado por su ascendiente no exceda de su legítima, y mejora y se lo aplique en este concepto, lo qual se entiende, ya sea simple ó causal la donacion, porque la ley 26. de Toro no distingue, aunque de ella se infiere que habla de la simple, como dexo expuesto; pero con tal que no sea necesaria, ó conectiva, (como lo es la *propter nuptias*) pues si lo fuere, se le ha de imputar en legítima, no mandando lo contrario el donante (1), porque se conceptúa hecha en cuenta de ésta, aunque no se exprese: y si excede en algo, retendrá para sí el exceso en parte del tercio, y quinto (2); pues de no entenderse así, resultaria contraposicion en las leyes 26. y 29. de Toro, la qual se debe evitar con la genuina, y verdadera interpretacion arreglada á su espíritu, y al órden de las palabras con que se explican, y están concebidas, como expondré en el n. 165. Y si además de los gastos que el ascendiente haga con su descendiente en estudios mayores, y en otras carreras de honor, le mejoráre; en este caso observará lo que dexo explicado en dicho n. 76. y nada de ellos colacionará, ni por consiguiente se le imputarán en cuenta de legítima, ni de mejora, por las razones allí expuestas, pues en todos casos están esentos de la colacion, porque la ley no distingue; y así ni debemos distinguir, ni hacer méritos de ellos para cosa alguna, no mandandolo el testador, ó no coligiendose de su voluntad, y como privilegiados se diferencian de otros que se deben co-

(1) Matienz. en dicha ley 3. tit. 8. lib. 5. glos. 2. n. 8. Parlad. Different. ultim. §. y n. fin Gom. Arias en la 29. de Toro n. 14. Avendañ. in Dictionar. verb. Castrense, y en la 29. de Toro, glos. 3. n. 4 y 5. Diego Perez en la 8. tit. 1. lib. 1. Orden. gl. 2 Mendez de Castro en la Com oportet, Cod. de Bonis que liberis, part. 4. n. 170. Palac Rub in repetit. cap. Per vestras, tertio notabili, §. 22. ex n. 10. (2) Parlad. different. 100. §. 3. n. 1. y 2.

lacionar, é imputar en cuenta de legítima, ó de mejora.

99 Debo prevenirle igualmente para efecto de considerar, y deducir esta mejora, que aunque algunos dicen que ante todas cosas se debe imputar al donatario en cuenta de legítima la cosa donada, ó cantidad gastada á su beneficio por su ascendiente, y que solo en lo que exceda de ella, se entiende mejorado: no debe seguirse su opinion, por ser opuesta á la mente, y literal contexto de la ley 26. de Toro, cuyo genuino, y verdadero espíritu es, que en todos los casos, en que los ascendientes hacen donacion á sus hijos, y descendientes legítimos, que pueden ser mejorados en contrato en sanidad, si el donante no manda que la reciban en cuenta de su legítima, se entiendan serlo en la cosa donada, y entregada, ó prometida, aunque no diga que los mejora, y que demás de ella lleven su legítima, como se prueba de la misma ley, que insertaré y explicaré en el n. 157. De modo que primero se ha de mirar si su total unido con el de los bienes inventariados cabe en la mejora, y cabiendo, se les ha de imputar en ella, porque en este concepto se les dió, y no en el de legítima. Si no alcanza á completarla, se les ha de estimar mejorados solamente en lo que importe, y luego aplicarles en otros bienes su legítima, pues el ascendiente no está obligado á mejorarlos en el todo de sus bienes, si no quiere, aunque puede. Si su valor cubre, ó alcanza para la mejora, deduciéndola primero, y tambien para su legítima, se les ha de aplicar íntegramente en pago de ámbas. Pero si excede á la legítima, y mejora, deben restituir á los coherederos el exceso como inoficioso, y colacionarlo á dicho efecto, ya quieran, ó no, porque es própio de estos como parte de su legítima; lo qual es al contrario en la dote, y donacion *propter nuptias*, y en otras donaciones con causa necesaria, pues éstas se les han de imputar primero en su legítima, porque en pago de ella se han, y anticipan, y no se comprehenden en el nombre de donaciones, y el exceso en parte de mejora, á ménos que al tiempo de hacer la donacion diga el donante que jamás se ha de entender mejorado el donatario, y que en todo evento ha de estar obligado á restituir lo que exceda á su legítima; pues en este caso deberá hacer la restitucion, y no se quedará con el ex-

ceso aunque renuncie la herencia, como diré en el numero 120 (1), bien que la dote nunca se entiende dada en cuenta de mejora, porque las hijas no pueden ser, ni se estiman mejoradas en contrato en sanidad como en varios lugares de este libro dexo sentado. Cuyas prevenciones pueden servir de regla, pauta y norte al Contador en qualquier caso dudoso, y observándolas, será legal la particion, y deduccion en esta parte.

100 Queda explicado en qué casos debe colacionar, ó no el hijo lo que sus padres le entregaron en vida, y si la colacion ha de ser en cuenta de legítima ó de mejora. Paso á exponer si lo que el abuelo dió á la nieta, viviendo su hijo, lo deberá colacionar ésta, ó su padre; y digo que si el abuelo dió á su nieta la dote por sus méritos y obsequios, ó por particular afecto que la profesaba, (como suele suceder, especialmente habiéndola criado) y no por mera contemplacion de su hijo, no tiene obligacion éste de colacionarla quando sucede á su padre; ni tampoco la nieta, si el suyo premuere, quando herede á su abuelo, porque ésta por su própio derecho sucede en su herencia, ocupando el lugar de su padre, el qual no estaba obligado en dicho caso á colacionarla, á causa de no haber sido dada por su contemplacion, y porque no se la debe la legítima del abuelo, viviendo su padre; y así no es visto habérsela anticipado (2), sino héchola legado de su importe, como pudo. Y lo mismo procede con la donacion *propter nuptias*, ú otra conferible hecha por el abuelo á su nieto.

101 Pero si el abuelo dotáre á su nieta por contemplacion de su hijo, y constáre de ello, ó hiciere alguna donacion conferible al nieto (v. gr. porque era pobre, ó porque estaba obligado á dotarla, ó á hacérsela), tendrá que colacionar éste la dote de su hija, ó donacion hecha á su hijo, quando se dividan los bienes de su padre abuelo de ellos, y recibirlas en parte de su legítima; y la razon es, porque es visto ser dada

(1) Gom. ibi n. 30. vers. Pulchrum tamen dubium est. Matienzo en dicha ley 3. glos. 1. n. 8. y glos. 2. n. 1. Tello en las 26. y 29. de Toro n. 2. vers. His sic præmissis. Covar. in cap. Raynaldus, §. 2. n. 8. de Testam. Rodrig. Suar. in leg. Quoniam in priorib. quæst. 5. n. 4. Angul. en la ley 10. tit. 6. glos. 4. n. 1. Gutier. lib. 2. Pract. quæst. 63. n. 1. y 2. y quæst. 64. n. 1. al 3.

(2) Ley Avus, ff. de Jure dotium, ley Dedit dotem, ff. de Collation. bonor. Gom. en la 29. de Toro n. fin. vers. Si autem avus.

primero á su padre como causa próxima, y que por medio de éste pasó, y se transmitió despues á sus hijos, por lo que es profecticia; y luego la hija, ó hijo la colacionarán tambien quando se dividan los de su padre; porque mediatamente salió de su patrimonio, por habérseles dado por su mera contemplacion; y lo mismo deberán practicar estos, si premuriendo su padre, suceden con sus tios carnales, ú otros nietos á su abuelo (1). Lo própio milita en caso de duda; pues se presume habérsela dado por atencion y respecto de su padre, y no de ella (2). Pero si el abuelo paterno legáre algo á su nieta, ó el padre á su hija pupila, se observará lo que en el n. 23. dexo explicado.

102 Por lo respectivo á si el enfiteusi es, ó no colacionable, se debe distinguir: Si es de *nominacion* por ciertas vidas (el qual se usa mucho en el Reyno de Galicia), y el enfiteuta no lo compró, y en vida nombra á su hijo para que lo goce, no está obligado éste á colacionarlo, ni su estimacion con sus hermanos, quando su padre no fué el primero que lo adquirió; y la razon es, porque nada recibe de él, sino del Señor del directo dominio, que lo concedió al primero (3). Ni tampoco quando el padre lo eligió en su testamento, porque esta eleccion hace las veces de legado, y los que se dexan en última voluntad, no se colacionan (4).

103 Si el padre lo adquirió, deberá traerlo á colacion el hijo, porque se entiende concedido al mismo padre, con quien contraxo el Señor del directo dominio, y no con el hijo, á quien tal vez no conoció, ó acaso no habia nacido entónces, por lo que no se presume tenerle aficion. Y lo própio milita sin disputa, aunque se conceda al hijo, si en la concesion se expresó que se hacia por contemplacion, y respeto del mismo padre (5).

104 Y si lo compró, tendrá tambien el hijo nombrado que

(1) Dichas leyes. Gomez, ibi vers. Secundum dubium. Acev. en la ley 3. tit. 8. lib. 5. Rec. n. 7. Parlad. Different. fin. § 3. n. 4. y 5.

(2) Parlad. ibi n. 7. Baez. de Non meliorand. filiab. cap. 7. n. 27. y 28. Bertrand. cons. 73. col. 4. lib. 1. (3) Ley Unam ex familia, §. Si de falcid. ff. de Legat. 2. Molin. de Primog. lib. 1. c. 8. n. 21. Gamm. decis 233.

(4) Ley A part. 10. y ley Familiam cum 16. Cod. de Collation. Gom. en dicha ley 29. n. 4. Guerrein. de Divis. lib. 2. cap. 8. n. 48. Valasc. de Part. dicho cap. 13. n. 101. (5) Valasc. ibi n. 98. y 99.

colacionar el precio que desembolsó por él; y la razon es, porque quanto pagó el padre, tanto disminuyó de su caudal para conseguirlo, y á no haberlo comprado, quedaria su importe á todos sus hijos para dividirlo entre sí: por lo que es justo que el hijo, que sucede íntegramente en él, lo colacione, para que de este modo no haya desigualdad, ni sus hermanos sean perjudicados en sus legítimas. Y aunque se objete no ser colacionable, porque no pasa al hijo hasta que su padre fallece, y las cosas que vienen despues de su muerte, no lo son, segun dexo sentado: no obsta, porque el precio salió de su caudal en vida, y no lo fué dexado en última disposicion, por lo que debe colacionarlo, no mandando el padre lo contrario (1).

105 La obligacion de colacionar el precio, se amplia. Lo I, en el caso de que el padre renuncie el enfiteusi en el Señor del directo dominio para que lo conceda al hijo, y éste no esté obligado á colacionarlo; pues este fraude, y cauteloso ardid no le exîme de ella, porque lo cierto es que por el precio desembolsado llegó al padre, y despues lo donó el Señor al hijo, y de otro modo á ninguno hubiera llegado (2). Lo II, aunque el padre comprador sea el último llamado á su obtencion, é impetre del Señor del dominio directo que lo renueve á su hijo; pues no obstante que lo nombre, debe colacionar el precio, porque por el dinero satisfecho no solo es visto comprar el enfiteusi, sino el derecho de pedir su renovacion, por cuya razon se le concedió, y porque el enfiteusi renovado es el mismo continuado, y no otro nuevo (3). Y lo III, aunque el enfiteusi se haya concedido al hijo en remuneracion de los servicios hechos por su padre al Señor de él, si estos son obligatorios, y dignos de ser remunerados (4), porque la accion que por servicios se adquiere, se juzga como las demas acciones y derechos (5). Todo lo qual se entiende con arreglo á lo explicado en los casos precedentes, y n. 98. y no en otros términos.

(1) Valasc. ibi n. 102. al 104. (2) Arg. leg 3. §. ultim. al fin, ff. de Donat. inter vir. & uxor. Valasc. ibi n. 105. (3) Lex Discantoni, & ibi Alex. ff. de Damn. infect. Gamm. decis. 24. y 26 num 6 y decis. 22. n 7. Marco Antonio in leg. Hac consultissima, § Ex imperfecto, n. 32. Cod. de Testam. Valasc. ibi n. 106. y 107. (4) Pinel. de Bonis matern. lib. 1. part. 3. ex n. 8. Tell. en la ley 8. de Toro ex n. 3. Valasc. dicho c. 13. n. 108.
(5) Ley Bonorum, ff. de Verbor. significatione. Valasc. dicho n. 108.

106 Igualmente debe colacionar el hijo el importe de las mejoras, ó aumentos hechos por su padre en la alhaja enfitéutica, si quiere ser su heredero, á cuyo fin se estimarán, pues tiene accion á repetirlos del Señor del dominio directo, á quien extinguidas las vidas, ha de volver mejorada (1), y éste debe abonárselas, porque á todos está prohibido enriquecerse con detrimento de tercero (2).

107 Pero es de advertir, que así en quanto á la colacion de lo que costó el enfiteusi, como del importe de las mejoras tiene eleccion el hijo segun algunos AA. (3), por lo que puede colacionar lo que costaron, ó lo que valen al tiempo de conferir.

108 La colacion de las mejoras se entiende de las *útiles* que dan incremento á la alhaja, y no de las que el comprador, y sus sucesores estuvieron obligados á hacer en cumplimiento del contrato enfitéutico, ni tampoco de las que no la dan mayor valor, y solo se hicieron para conservarla, y entregarla tan buena como la recibió, pues como necesarias debe hacerlas, y mantenerla en el mismo estado (4); y así de estas no se hace mérito, porque no aumentan el caudal paterno, ni por consiguiente son colacionables, y sí únicamente de las útiles, que própia, y adequadamente se llaman mejoras.

109 Se entiende igualmente quando el hijo quiere ser heredero de su padre; pues si repudia su herencia, no estará obligado á colacionarlas (5). Pero esto se limita con arreglo á nuestro derecho, en caso que excedan á su legítima, y mejora: en cuyo caso no solo deberá colacionarlas, sino restituir el exceso á los coherederos, considerando con ellas el valor que los bienes de su padre tengan al tiempo de su muerte, segun la ley 29. de Toro.

110 Si el padre no solo nombra al hijo, sino que en vida le entrega la alhaja enfitéutica, deberá colacionarla, aunque no

(1) Glos. in leg. Emptor. ff. de Reivind. Valasc. ibi. num. 114. Molin. de Primog. lib. 1. cap. 26. Gamm. decis 22. Cost de Succes. Reg. pag. 7. y 61. & in leg. Qui duos, §. Cum in bello al fin, n. 13. ff. de Rebus dub. Ayor. part. 2. q. 19. (2) Regul Locupletari de Regul jur in 6. ley Si me, & Titium, ff. de Rebus credit. si cert. petat. y ley Domus hereditarias, ff. de Legat. 1. & ibi Alex. (3) Valasc. cap. 13. n. 112. y 115. Boer. dec. 293. n. 9.

(4) Leyes 1. y sig. ff. de Jure emphiteut. Valasc. ibi n. 117. al 120.

(5) Leyes penult. y ultim. ff. de Dotis collat.

hubiese sido comprada, ni mejorada; y la razon es, porque tanto disminuye de su patrimonio, quanto su hijo consigue del enfiteusi: y tanto mas se hallaria que dividir entre sus hijos, á no habérselo donado, y entregado (1). Y si en vida se la entregó simplemente, y el hijo sus frutos, pero no consta del título con que posee, deberá no obstante colacionarla, por evitar la desigualdad entre sus hermanos (2); bien que segun la ley 26. de Toro se entenderá mejorado en ella en quanto quepa en el tercio, quinto y legítima.

111 Al modo que el hijo debe colacionar al tiempo de la particion de los bienes de su padre el enfiteusi de *nominacion* comprado por éste: del mismo modo el nieto hijo de aquel, quando se efectúe la de los del suyo, porque versa la própia razon, pues á no haberlo comprado, hubiera dexado mas caudal, y su hijo tambien en otra cosa. Lo qual milita y procede, aunque el abuelo nombre al nieto, pues éste tendrá obligacion de colacionar el precio que costó (3).

112 Nombrando el enfiteuta á un extraño al goce del enfiteusi mejorado, no deberá pagar éste las mejoras, porque es visto habérselo dado con ellas, y sí únicamente devolver á los descendientes legítimos, lo que exceda del quinto que es de lo que puede disponer; pero si ántes tuviere donado este á otro, y el nombrado quisiere la alhaja enfitéutica con las mejoras, deberá pagar su importe, no por razon de colacion, porque los extraños no colacionan, como he sentado en el n. 17, sino porque el donante no puede disponer de mas que un quinto en vida, y muerte en perjuicio de las legítimas de sus descendientes (4).

113 Por lo concerniente al enfiteusi, ó censo perpetuo digo, que si el padre donó en vida á algun hijo, ó en dote á hija la alhaja enfitéutica, deben colacionarla del mismo modo que si les hubiera dado otra qualquiera de su patrimonio sin la mas leve diferencia, baxando su carga, ó pension; y la razon es, porque se conceptúa finca patrimonial, y de la herencia pa-

(1) Ley 1. §. Nec castrense, ff. de Collat. bonor. Jason in leg. penult. n. 4. Cod. de Collat. Valasc. ibi n. 126. (2) Ley Ut liberis, Cod. de Collat. y ley Inter filios, Cod. Familiæ erciscund. Valasc. ibi n. 127. al 134.
(3) Valasc. ibi n. 109. y 110. Guerreir. de Div. lib. 2. c. 12. n. 53. al 69.
(4) Valasc. ibi n. 124. y 125.

terna, y como tal es divisible entre todos; y así el que ántes la reciba, debe traerla á particion con los coherederos, no mandando lo contrario el testador, ó no mejorándole tácita, ó expresamente en su importe (1).

114 Y si el testador no dispuso en vida de la alhaja enfitéutica, y quando la tomó á enfiteusi fué con la obligacion de no poderse partir, ni dividir jamás (como regularmente suele pactarse en este contrato); en este caso como que la finca es parte de la herencia que dexó, se adjudicará á uno de sus hijos, baxando el importe de todo el gravámen enfitéutico; y si no le cupiere por su haber, restituirá el mayor valor á los coherederos, porque respecto no haberla donado en vida, ni legado en muerte, es visto que en nada de ella quiso mejorar al hijo, á quien se aplicase, y que se practicase lo mismo que con otra qualquiera finca libre de su herencia; y así se ha de dividir por estimacion, pues no hay colacion, ni motivo para ella (2).

§. III.

De quántos modos se puede hacer la colacion: á quién compete la accion de hacerla, y pedirla: á qué tiempo se ha de atender para ver si la donacion es, ó no inoficiosa: por qué precio se han de colacionar los bienes donados: y si el que los colaciona, debe, ó no restituir sus frutos, repudiando la herencia.

115 La colacion se puede hacer de varios modos: El I, por *manifestacion*, que es trayendo, y manifestando el donatario la misma cosa que percibió, si exîste, y puede colacionarla (3). El II, por *liberacion*, que es quando lo colacionable no se le entregó, y solo se le prometió (4). Y el III, por *imputacion*, que es imputándole en su haber, y percibiendo de la heren-

(1) Ley Inter filios, Cod. Familiæ erciscund. Valasc. ibi n. 135. y 136. Cost. de Succes. Regn. pag. 39. (2) Ayor. part. 2. q. 19. n. 63. Guerr. de Divis. lib. 2. cap. 8. n. 30. y lib. 6. cap. 13. n. 19. (3) Ley 1. §. Jubet, ff. de Collation. bonor. y ley Filiæ dotem, Cod. de Collat. Guerreir. dicho lib. 2. cap. 13. n. 1. al 4. Valasc. de Partit. cap. 14. n. 1.

(4) Ley 2. Cod. de Collat. y ley 1. §. Filium, ff. de Dotis collation. Valasc. y Guerreir. ibi.

cia tanto ménos, quanto importe lo que tenga recibido, y no puede manifestar; por no exístir, ó por carecer de potestad para su manifestacion, como sucede en la dote de que está posesionado el marido, pues su muger se halla imposibilitada de practicarlo (1). Y este es el modo mas frequentemente usado (*a*).

110 Debe colacionarse (regularmente hablando) la misma cosa recibida, si exîste, y no su estimacion (2), pues de no hacerlo, se puede irrogar perjuicio á los coherederos, si tienen aficion á la misma alhaja, y pretenden derecho á ella, porque por la colacion se constituye hereditaria, y como del patrimonio del difunto (3): y no se debe dar al interesado contra su voluntad la estimacion de la alhaja por ella (4), pues

(1) Ley Dotis quidem petitio, Cod. de Collat. y ley 1. §. Sed, & si tantum, ff. de Collat. Gom. en la ley 29. de Toro n. 36. Cast. en ella n. 17.
(2) Ley 1. ff. de Collat. bonor. (3) Ley Iliam al fin, Cod. de Collat.
(4) Ley 2. §. Mutui, ff. de Reb. cred. si cert. pet. Val. dicho c. 14. n. 2. y 3.

(*a*) Qualquiera que cotege los tomos del autor con los que dió á luz el Señor Gutierrez, advertirá la diferencia del trabajo, y estudio de ámbos; éste se lo halló hecho, y no obstante ha querido obscurecer el mérito del autor con unas notas que, si hubiera reflexîonado bien lo que insertaba, habria sin duda omitido las mas de ellas; para que se desengañe tómese el trabajo de reconocer todo el prólogo al editor tom. 1. que es digno de encomendarse á la memoria, y notará la preferencia que se le debe sin que puedan entrar en comparacion uno y otro.

No obstante lo inserto en dicho prólogo, en el que se sigue del autor fol. 79. confesando ingenuamente era sobre sus fuerzas un asunto de esta clase, y no obstante las refutaciones esparcidas en la obra que, como profesor ilustrado parece debia no obscurecérsele, se dexó caer en este número con la nota siguiente, *sinembargo de lo que al principio del núm. sig. dice* neciamente *el autor siguiendo á Valasco que se dexó llevar de la autoridad y de los fundamentos de Bartulo.*

Quedó imperfecta la oracion segun buena gramática, pues falta la segunda, y para deducir que es muy necio el Autor y convencerlo asi, era preciso, que hubiera apoyado su aserto con lo que expresan dichos autores, á quienes manifiesta, siguió el autor, y haber propuesto la equivocacion que dió entrada á semejante expresion, si era licito de usar de tal improperio contra un sugeto, cuyo trabajo fué, es, y será de aceptacion, para los que reflexîonen las materias que trata, que por solo su aplicacion es acreedor á que se le dieran muchas gracias, y no distinguirlo con el adverbio referido: repare el lector especialmente en dicho prologo desde el fol. 29. al 34. tom. 1. vers. *Tambien es curiosa* ... hasta el vers. *Por consequencia* y confesarase de plano que por falta de lectura y premeditacion del Señor Gutierrez, incidió, si es licito como va dicho tratar asi á un sugeto como el autor, en la nota de ninguna atencion hácia él mismo, por no decir otra cosa.

de permitirse esto, cesaria la razon de equidad, que fué el motivo principal de establecerse la colacion.

117 Lo qual se limita: Lo I, quando los interesados se convienen en que se colacione la estimacion; pues como la colacion se introduxo principalmente para evitarles perjuicio, y para que fuesen igualados en sus legítimas, cesa el motivo con su convenio. Lo II, quando no se puede colacionar sino con dificultad, ó de ningun modo (1). Lo III, quando la cosa es tal, que no la tienen aficion los hermanos; ó en los libros de los Escolares por el privilegio de la ciencia, excepto que el padre mande expresamente que los colacionen (2). Y lo IV, en la dote miéntras subsiste el matrimonio, pues basta conferir la estimacion de las cosas dotales, y no hay obligacion de manifestarlas (3), como dexo advertido.

118 La accion de colacionar, y pedir la colacion no solo compete á aquel á quien se ha de colacionar, sino á su heredero, de tal suerte que éste puede pretender que el coheredero colacione, así como podia pretenderlo él del difunto, cuyos bienes se han de dividir; y compete tambien contra el del que está obligado á hacer la colacion, por lo que este derecho pasa activa, y pasivamente al heredero, y contra el heredero. Y la razon (entre otras de los AA) es, porque por la persona del heredero no se muda la condicion de la obligacion: y al modo que la herencia se transmite, del própio modo su derecho y qualidad (4). Previniendo que puede intentarse, implorando el oficio del Juez (5); ó por la accion de estipulacion, si esta intervino de que el donatario habia de hacer la colacion (6)

119 En quanto al tiempo á que se debe atender para ver si la dote, y donacion son inoficiosas: por qué precio se ha de regular, y colacionar la cosa donada existente: y quando se puede apartar de la herencia el donatario; para la debida cla-

(1) Ley Non amplius, §. fin. ff. de Legat. 1. y ley Non dubium, §. fin. ff. de Legat. 3 Curt. Junior. in leg. 2 y §. Motui cit.

(2) Valasc. dicho c. 14. n. 7. Guerreir. de Div. lib. 2. c. 13. n. 21. al 24.

(3) Ley Dotis quidem petitio cit. Valasc. cap. 14. n. 5.

(4) Ley 1. §. Ibidem, y ley 2. ff. de Collat. bonor. y ley 2. §. Ex his, ff. de Ventr. obligat. Cast. en la 29 de Toro n. 9. Gom. en ella n. 37.

(5) Ley Si soror. Cod. de Collat. Cast. ibi n. 2. al fin.

(6) Valasc. dicho cap. 14. n. 8. al 12.

ridad, explicaré la ley 29. de Toro, que es la 5. tit. 3. lib. 10. Nov. Rec. que dice: *Quando algun hijo, ó hija viniere á heredar, ó partir los bienes de su padre, ó de su madre, ó de sus ascendientes, sean obligados ellos, y sus herederos á traer á colacion, y particion la dote, y donacion* propter nuptias, *y las otras donaciones que ovieren recibido de aquel, cuyos bienes vienen á heredar. Pero si se quisieren apartar de la herencia, que lo puedan hacer, salvo si la tal dote, ó donaciones fueren inoficiosas, que en este caso mandamos que sean obligados los que las recibieren, ansi los hijos, y descendientes en lo que toca á las donaciones, como las hijas, y sus maridos en lo que toca á las dotes, (puesto que sea durante su matrimonio) á tornar á los otros herederos del testador aquello en que son inoficiosas, para que lo partan entre sí. Y para se decir la tal dote inoficiosa, se mire á lo que excede de su legítima, y tercio, y quinto de mejoría, en caso que el que la dió, podia hacer la dicha mejoría quando hizo la donacion, ó dió la dicha dote, habiendo consideracion al valor de los bienes del que dió, ó prometió la dicha dote, al tiempo que la dicha dote fué constituida, ó mandada, ó al tiempo de la muerte del que dió la dicha dote, ó la prometió, dó mas quisiere escoger aquel á quien fue la dicha dote prometida, ó mandada. Pero las otras donaciones que se dieren á los hijos, mandamos que para se decir inoficiosas, se haya consideracion á lo que los dichos bienes del donador valieren al tiempo de su muerte.*

120 Por esta ley se ordena que se colacionen no solo la dote, y donacion *propter nuptias*, sino tambien las demas donaciones que los descendientes hubieren recibido de sus ascendientes, cuyos bienes van á heredar, que son las que les hacen expresamente en cuenta de sus legítimas. Que los descendientes, á quienes se hubieren hecho, puedan contentarse con ellas, y apartarse, y repudiar su herencia, excepto que sean inoficiosas, (que es quando exceden del tercio y quinto, y legítima que les podia tocar) pues entónces debe restituir el exceso á los coherederos; quiero decir: que aunque el descendiente que puede ser mejorado en contrato en sanidad, reciba, y se le entregue expresamente en cuenta de su legítima la cosa, ó cantidad, y esta exceda á lo que le puede tocar por aquella, si cabe en el tercio, y quinto de los bienes que dexa el donante, unidos, y acumulados con ella, se puede quedar con

todo lo donado, y renunciar la herencia, ya haya, ó no otros mejorados posteriormente, y estos llevarán el exceso; y en caso de no haberlo, tendrán paciencia, porque el donatario como habilitado por la ley para retenerlo todo, nada debe restituir, y así será ineficáz la mejora posterior, y visto que el donante mejoró á los demás descendientes en lo que no tenia, ni podia; lo qual entiendo, excepto que al tiempo de hacerle la donacion, y no despues, se pacte expresamente que jamás se ha de estimar mejorado, y que ántes bien en todo evento ha de restituir lo que exceda á su legítima, sin embargo de que renuncie la herencia: pues en este caso deberá restituir el exceso de aquella, no obstante que le quepa en el tercio, y quinto de esta. Que para que las donaciones se llamen inoficiosas, se tenga consideracion al valor de los bienes del donante al tiempo de su muerte, y no á otro, ya se aumenten ó disminuyan sus facultades despues de hechas (1); y la razon es, porque el tercio, y quinto se llama qüota de bienes (2), al modo que la legítima (3): y así como en esta se atiende al mismo tiempo, porque hasta entonces no se debe á los hijos, así tambien para el tercio, y quinto se ha de observar lo própio. Y que en quanto á la dote se atienda á uno de dos tiempos, que es al referido, ó al en que fué dada, ó prometida, á eleccion de la dotada, ó de su marido. Esto es lo que dispone la ley inserta; pero en lo tocante á la dote está corregida por la Pragmática de Madrid, y así ni las hijas pueden ser mejoradas en cosa alguna por contrato en sanidad con título de dote, ó casamiento, aunque sea en muchísimo ménos que el tercio y quinto, ni por consiguiente tienen la eleccion que les concede, excepto en el caso que explicaré en el n. 147. por lo que se debe atender tambien al tiempo de la muerte del donante como en las otras donaciones, y no á otro, segun he sentado en el cap. de

(1) Ley Cum quæritur, y Authent. Novissima, Cod. de Inofficios. testam. ley Scimus, §. Repletionem, ff. eod. tit. ley Etiam, 3. §. fin. ff. de Bonis libertor. ley final, ff. Si quis in fraudem patron. Authent de Nuptiis, c. Quia vero hactenus, collat. 4. Gom. en la ley 29. de Toro n. 35. Matienz. en la 3. tit. 8. lib. 5. Rec. glos. fin. (2) Ley non amplius, §. Cum bonorum, y ley Siquis bonorum, ff. de Legat. 1. y ley Siquis argentum, §. Sed, & siquis, Cod. de Donat. (3) Ley Papinianus, §. Quarta autem, ff. de Inoffic. testam. y ley Quoties, Cod. de Hæredib. instituend. Tell. en la 23. de Toro n. 2. Matienz. en la 8. tit. 6. lib. 5. Rec. glos. 2. n. 1. y 2.

Mejoras n. 87. y 88. por no deber percibir mas que su legítima, sino que sean mejoradas en última disposicion. Del modo de hacer la colacion y deduccion, ya haya, ó no mejora expresa, ó tácita anterior, ó posterior á la dote y donacion, tratrataré en el párrafo siguiente.

121 ¿Por qué estimacion, precio, y valor se deben colacionar los bienes donados, ó dados en dote por el ascendiente á sus hijos, ó descendientes, ya exîstan, ó no? Es preciso distinguir no solo de bienes, sino de casos. Si la finca raiz dada en dote, ó donacion *propter nuptias* se hizo mas preciosa por la mutacion del tiempo, de modo, que el mayor valor que adquirió, fué solamente por él, y no por industria, ni trabajo del donatario, y quando éste la recibió no fué apreciada, ó si se apreció, no causó venta la estimacion que le dió, (pues una cosa es dar cantidad cierta, v. g. mil reales en tal finca, y otra dar tal finca en mil reales: porque en el primer caso lo que se da, no es alhaja: sino el dinero, consignado en ella; y en el segundo se dá la alhaja por aquel precio, y no este) la ha de colacionar, y llevar por el que se dé quando la confiera y por él se ha de inventariar; y por el contrario, si con el mismo tiempo y no por dolo, ni culpa suya se hubiere deteriorado, y disminuido su valor la colacionará tambien por el intrínseco que tenga, al de la colacion (1); pues quien está á la utilidad, debe estár á la pérdida (2); y de colacionarlo en la forma expuesta no resulta desigualdad, ni se irroga perjuicio á los herederos, porque la hija puede pedir el aumento de su legítima quando su padre muera, si los bienes que dexó, lo tuvieron, como que para regular al valor de esta se debe atender al tiempo de su muerte (3); y así como puede pedirlo si se aumentaron con el tiempo, así es justo tambien que colacione en cuenta de su legítima el mayor valor de la finca adquirida por solo el tiempo, que es valor intrínseco. Y si por el contrario se disminuyere este, y acrecieren los bienes de su padre, lexos de irrogársele detrimento, logrará beneficio en

(1) Greg. Lop. en la ley 3. tit. 15. Part. 6. glos. 6. Hermos. en la ley 3. tit. 4. Part. 5. y glos. 6. n 94. Valasc. de Partit. cap. 10. n. 9. Guerreir. dicho lib. 2. cap. 13. ex n. 30. al 35. (2) Ley Secundum naturam, ff. de Regul. juris, ley 29. tit. 34. Part. 7. y cap. Qui sentit, y cap. Rationi, de Regul. jur. in 6. (3) Ley Cum quæritur, Cod. de Inoffic. testam. y ley Papinianus, §. Quarta autem cit.

conferirlo por el precio que le dé. Lo mismo procede para con el hijo, á quien el padre donó en cuenta de su legítima alguna finca, ó cosa raiz no apreciada (1), cuyo valor intrinseco se acrece, ó decrece por solo el tiempo.

122 Si se le dió la finca apreciada con estimacion que causó venta: aunque ninguna ley prescribe en qué términos se ha de colacionar, y algunos AA. dicen que siempre se juzga dada con la condicion de colacionarla al tiempo de la muerte del donante, por lo que siendo condicional la estimacion, no causa, ni hace venta: no obstante, siguiendo lo que ordenan las que tratan acerca de la restitucion de la dote que debe hacer el marido, y el dictamen de los que madura, y juiciosamente tocaron el punto, digo: que debe colacionarla por el valor en que se estimó quando la recibió, si entónces no se pactó otra cosa. Lo I, porque en el hecho de haberse valuado, es visto habérsele dado el precio consignado en ella, y capitulado entre los contrayentes que habia de colacionar su estimacion, por haberla recibido en cuenta de su legítima, y no en finca, y que por lo própio el peligro que hubiese en esta, habia de pertenecer al donatario, ó dotada, y no á su padre, á la manera que el incremento de su valor, si lo tuviese. Y lo II, porque se le transfirió su dominio (2): por lo que si el padre hiciese mejora posterior, no se deducirá de su importe segun la ley 25. de Toro, como en su lugar diré.

123 Y al modo que quando por la tasa se dá en pago al acreedor alguna finca de su deudor, se le transfiere su dominio, y el incremento, ó decremento que despues tenga, pertenece á aquel, y queda libre éste (3): y quando no vale en el principio la donacion que el padre hace á su hijo, pertenece á este el aumento, ó diminucion de la cosa donada, si se confirma la donacion con la muerte de su padre (4); del mismo modo, y por la própia razon debe pertenecer al hijo, ó hija

(1) Guerreir. dicho cap. 13. n. 33. y 34. (2) Ley Quotiens, y ley Si inter virum, Cod. de Jure dotium, y ley Plerumque, ff. eod. tit. Gom. en la 29. de Toro n. 13. y en la 50. n. 44. Guerreir. dicho lib. 2. y cap. 13. ex n. 39. al 42. Ayor. part. 1. c. 10. n. 9. Angul. en la ley 7. tit. 6. glos. 2. n. 36.

(3) Ley Eleganter, ff. de Pignoratit. action. y ley Necessario, ff. de Peric. & commod. rei vendit. Guerreir. ibi n. 27. y 28.

(4) Ley Donationes quasi parentes, Cod. de Donation. inter vir. & uxor.

el de la que se le dona, ó dá estimada en dote, porque su padre se lo anticipa en pago de su legítima, como se le permite, sinembargo de no estar obligado á ello, si no quiere, aunque sí á dotarla segun sus facultades.

124 Pero si la finca se hizo mas preciosa por la mera industria y trabajo del hijo ó hija; v. gr. estaba erial, y despues que la recibió, la plantó de viña, ú olivos, &c. entónces si se le dió estimada, colacionará la estimacion que tenia al tiempo que su padre se la donó, y no la finca; y si inestimado, colacionará la misma finca por el precio que sin el beneficio que tenga, se le dé, y no el importe de esta, porque es adventicio, y extrínseco, y como trabajo suyo le toca privativamente; pues lo contrario seria iniqüo (1), porque á todos está prohibido enriquecerse con detrimento de tercero.

125 Si son muebles, ó semovientes los bienes, ó de los que reciben la funcion en su mismo género, por consistir en número, peso ó medida, y se apreciaron al tiempo de su tradicion, es visto haberse entregado su estimacion, y no los mismos bienes al donatario: y así se debe colacionar su importe, é inventariarse, aunque si existen al tiempo de la colacion en el mismo estado en que los recibió, valgan ménos: y la razon es, porque quien está á la utilidad, debe estar á la pérdida, y respecto habérsele transferido su dominio, es de su cuenta el incremento, ó decremento que padezcan. Y no habiéndose estimado, los colacionará por el valor, que segun se hallen, se les dé al tiempo de la particion, porque en este caso se presumen ser del difunto, y existir en su herencia, por no haberse transferido su dominio al donatario: y así se han de valuar como tales, del mismo modo que los demás de la herencia (2). Todo lo qual es lo que se debe y he visto observar, no obstante lo que expone Ayora (3), impugnando los AA. que lo resuelven en los términos propuestos.

126 Si los bienes dados en dote, ó donados sin aprecio, perecieron despues de la muerte del donante sin dolo, ni culpa del donatario, no deben estimarse, porque no pertenecen á

(1) Greg. Lop. en la ley 3. tit. 15. Part. 6. glos. 6. Socino consil. 64. col. 1. vers. Octava conclusion. Guerreir. dicho c. 13. n. 36. al 38.
(2) Cast. en la ley 29. de Toro n. 41. Val. c. 10. n. 9. al 11. de Partit.
(3) Part. 1. cap. 3. desde el n. 11. en adelante.

la colacion, pues en virtud de la obligacion de colacionarlos, se entiende haber exîstido en poder del padre, y que en el instante que falleció, empezaron á ser comunes de la herencia, y así es justo que para esta perezcan, y no se colacionen (1): al modo que la sierva de la herencia, que perece, la qual no se estima, ni valúa, y solo su parto, si lo hay, viene al juicio divisorio (2).

127 Si perecen por culpa, ó dolo del hijo ó hija despues de muerto su padre, estarán obligados á colacionarlos (como si no hubieran perecido) por el valor que tenian quando los recibieron (3): porque el que por dolo, ó culpa suya dexa de poseer, se estima por poseedor, como si poseyera (4); y al modo que si exîstieran en su poder, los colacionaria por el valor que tenian al tiempo de su percibo: del mismo modo debe colacionarlos no exîstiendo, respecto tener culpa en que no exîstan. Por lo que si el hijo por su irregular conducta, y falta de juicio consume la legítima que su padre le dió, no le compete el mas leve regreso contra los bienes de éste (5); y la razon es, porque el padre pudo hacerlo (6), y el hijo que consintió, se perjudicó (7).

128 Pero si los referidos bienes no estimados perecieron en vida del padre sin dolo, ni culpa del hijo ó hija, no los colacionarán estos, ni dexarán por eso de ser admitidos á la herencia con igualdad á los demás herederos; y la razon es, porque si quando son comunes de esta por la colacion, y por consiguiente conferibles, no la pertenecen: con superior motivo no la pertenecerán, quando perecieron, y se consumieron en vida del padre, en cuyo tiempo eran del hijo, y no podia ve-

(1) Ley 2. §. De illis, quæ sine culpa, ff. de Collation. bonorum. Hermos. en la ley 3. tit. 4. Part. 5. glos. 6. cit. n. 68. Guerreir. lib. 2. de Divis. y cap. 12. n. 200. Ayor. part. 1. cap. 3. n. 22.

(2) Ley Sed, & partus, ff. Familiæ erciscund. (3) Authent. Quod locum, Cod. de Collation. arg. à contrario sensu in §. De illis, cit. Valasc. dicho n. 13. Hermos. ibi n. 61. y 66. Baez. de Non meliorand. filiab. cap. 16. n. 17. al 21. Guerreir. dicho c. 12. n. 201. (4) Ley Qui dolo, ff. de Regul. jur. ley De illo, ff. de Noxalib. action. ley Qui restituere, vers. Siquidem dolo fecit, y ley Is qui dolo, ff. de Rei vindication.

(5) Authent. Quod locum cit. Parlador. different. 150. §. 2. n. 5. y 6.

(6) Ley Cum quo, §. fin. ff. ad leg. Falcid. (7) Ley Si quando, §. Et generaliter, Cod. de Inoffic. testam. Hermos. ibi n. 65.

rificarse llegasen á ser de la misma herencia (1); y así se entenderá mejorado en ellos, ó que no los hubo. Acerca de lo qual, y de si el padre está, ó no obligado á dotar segunda vez á la hija que perdió por su culpa, ó sin ella la primera dote, ya excedan, ó no ámbos de lo que la ley permite, véase á Baeza (2).

129 No está obligado el hijo, ó descendiente que repudia la herencia de su ascendiente, á colacionar lo que en vida recibió de este, ántes bien puede retenerlo, y si se le prometió, y no entregó, pedirlo (3). Lo qual se entiende, quando la donacion no es inoficiosa: quiero decir, quando no toca á la legítima diminuta de los demás hijos, pues si se la desfalca en algo, porque excede de la que corresponde al donatario, y del tercio y quinto, en que se entiende mejorado, es ineficaz en el exceso, y por lo mismo aunque se abstenga de la herencia, ó la renuncie, debe restituirlo á los coherederos (4), como sentí en el n. 120.

130 No solo debe la hija (disuelto su matrimonio) hacer restitucion del exceso de la dote, que desde el tiempo de su constitucion fué inoficiosa, segun expuse en los nn. 9. y 13. sino tambien durante éste, si se lo demanda su padre. Lo I, porque la ley 29. de Toro lo ordena así. *Puesto que durante el matrimonio*::: Lo II, porque los textos que preceptúan la restitucion, hablan indistinta y absolutamente, y quando la ley no distingue, no debemos distinguir (5). Y lo III, porque la hija no puede ser mejorada, ni se entiende serlo tácita, ni expresamente en contrato en sanidad por razon de dote, ni casamiento, segun la ley 6. tit. 3. lib. 10. Nov. Rec. que en esta parte corrigen la 29. de Toro; y por otras razones que dan los AA. (6).

(1) Valasc. dicho n. 13. vers. Quod si res datæ in dotem. Angul. en la ley 10. tit. 6. glos. 7. ex n. 7. al 10. Hermos. ibi n. 69. y 70. Baez. ibi num. 22 al 24. (2) De non meliorand. filiab. cap. 16. (3) Ley final, ff. de Dotis collation. ley 2. §. Si tres emancipati, ff. de Collat. bonor. y ley Ex causa donationis, Cod. Familiæ erciscund. Gom. en la 29. de Toro n. 32.

(4) Ley 4. tit. 15. Part. 6. leyes 26. y 29. de Toro, y Authent. Unde si parens, Cod. de Inoffic. testam. (5) Ley de pretio, ff. de Publician.

(6) Gom. en la ley 29. de Toro n. 34. Matienz. en la 1. tit. 2. glos. 4. n. 7. y en la 3. tit. 8. glos. 5. n. 3. lib. 5. Rec. Angul. en dicha ley 10. glos. 9. n. 4. Baez. Véase especialmente de Non meliorand. filiab. cap. 32. n. 1. al 13. Ayor. part. 2. q. 20. n. 64. y 65.

131 Aceptando ó repudiando la herencia la hija, á quien su padre dió dote en vida, se duda si mediante deberia de colacionar ¿deberá ser con los frutos que la finca dotal produxo? En quanto á los producidos ántes de la muerte de su padre es constante que no debe restituirlos, ántes sí llevarlos por estarla concedidos para ayuda á superar las cargas matrimoniales. Los producidos despues de la muerte, parece que sí, entendiéndose desde la mora, que es desde la muerte del donante, desde la qual hasta el tiempo de la particion vienen los frutos (1). Y la razon es, porque quando la finca dada en dote se colaciona, se conceptúa existir entre los bienes paternos ó maternos, que se van á dividir; por lo que al modo que estos vienen á la particion con sus frutos desde el fallecimiento del padre ó madre, y con ellos recibe incremento la herencia (2): del mismo modo deberá venir con frutos la dote que se colaciona, porque por la colacion se constituye de los bienes hereditarios, y como existente en ellos (3). Lo qual militará, aunque ántes de hacer la colacion estén consumidos con buena fé (4): con tal que la hija posea la finca dada en dote al tiempo de la muerte del donante, y quiera ser su heredera, pues si no la posee, y repudia la herencia, no estará obligada á colacionarlos (5).

132 Pero sin embargo, se circunscribe, y limíta solamente esta colacion, y restitucion de frutos á lo inoficioso, que es á lo que produxo el exceso de la dote desde la muerte del donante: y si consistió en dinero, á sus intereses, desde que se la interpeló, y pidieron; por lo que la hija restituirá los correspondientes á aquella parte que tenia demás de su legítima: como que debe restituirla á los coherederos, por no haber podido ser mejorada en contrato en sanidad y ántes bien sido nulo, é ineficáz en esta parte la dote desde su constitucion, ha de ser con los frutos producidos desde la muerte del donante; (al modo que (6) deben colacionar los coherederos los

(1) Ley Filius al fin, ff. de Dotis collation. (2) Ley Non est ambiguum 9. Cod. Familiæ erciscundæ, ibi. *Incremento fructuum augeri*.

(3) Ley Illam, Cod. de Collat. Parlad. Different. final, §. 3 num. 6. Gramm. decis. 308. y 309. n. 11. (4) Ley Non est novum, Cod. Familiæ erciscund. (5) Valasc. de Partit. cap 13. n. 14. al 21.

(6) Ley Filius emancipatus, §. ultim. ff. de Dotis collation. y ley Si quis

que percibieron desde esta, y no ántes) pero del importe de su legítima no, porque desde que se le entregó la hizo suya para alimentarse, en cuyo concepto se le dió, y pudo disponer de ella como própia, y por consiguiente hizo suyos tambien los frutos que produxo, no obstante habérsela anticipado, pues pudieron hacer esto su padre y madre: y la colacion en caso de haber exceso, es para igualarse, y no para otro efecto. A mas de que los frutos no aumentan la cosa donada, ni aun quando esta se revoque, se revocan, excepto en la donacion por causa de muerte, porque es título por su naturaleza revocable, segun he sentado en el cap. 2. de este libro §. 4. n. 135. y como hasta que hizo la colacion, no se supo si la dote era, ó no inoficiosa, se constituyó la hija poseedora de buena fé de todo, y como tal hizo suyos no solo los de la verdadera dote, ó legítima, sino los del exceso (1); y aunque Escobar (2) sin distinguir, defiende que debe restituir con frutos la dote desde la interpelacion, ó dolo cometido para no ser interpelada: se debe limitar al exceso de ella, y no ampliarse á su total, como sienta, regulándose el importe de estos frutos por el Juez á su prudente arbítrio, lo qual me parece justo, y no lo contrario.

133 Lo qual entiendo, á ménos que el donante revoque en vida (como puede) el exceso de la dote, y haga saber á su hija y yerno la revocacion, pues en este caso concibo que desde entónces deberán restituir los frutos de lo inoficioso, porque á mas de ser nulo el contrato dotal en el exceso de su constitucion, y por constarles su revocacion y nulidad, no poder alegar ignorancia, se constituyen poseedores de mala fé desde que llega á su noticia, y el que posee de esta suerte, no hace suyos los frutos, por lo que debe restituirlos (3).

134 Por lo tocante á si el hijo deberá restituir los frutos

filium, §. Stipulatio, ff. de Collation. bonor. Guerreir. dicho lib. 2. y cap. 12. n. 78.

(1) Jason in leg. Cum quis n. 2. ff. de Condit. caus. dat. Segur. in leg. 1. §. Si vir uxori, conclus. 3. ff. de Adquir. posses. glos. in leg. Generaliter, §. Plane, verb. Ex aliqua causa al fin, ff. de Fideicommissar. libertat. Valasc. de Partit. cap. 15. n. 87 y 88. Cov. lib. 1. Var. cap. 3. n. 8. vers. Potest etiam, Baez. de Non meliorand. filiab. cap. 33. n. 1. al 22. y num. fin. Guerreir. dicho cap. 12. n. 79. al 82. (2) Compat. 5. (3) Matienz. en la ley 3. tit. 8. lib. 5. glos. 7. n. 6. y 7. Baez. ibi.

de lo que le han donado, y entregado en vida sus padres, se ha de distinguir: si esto excede á su legítima, y mejora, deberá hacer restitucion del exceso desde que se le interpeló, é hizo saber la inoficiosidad, desde cuyo tiempo se constituyó poseedor de mala fé, y no ántes, por no haber sido nulo el contrato desde el principio, como en el exceso de la dote; pues para ver si la donacion es, ó no inoficiosa, se debe atender al tiempo de la muerte del que la hace, hasta la qual se ignora; y como se revoca por la querella de inoficiosidad con pretexto de lesion en la legítima: esta no se debe hasta que el padre fallece (1): la accion de querella no está concedida al padre, sino á los hijos, que alegan que les perjudica la donacion: y á estos no compete mientras vive aquel (2): por eso se ha de esperar su muerte para revocarla, y desde entónces y no ántes se deberán los frutos de lo inoficioso (3). Lo qual milita, y procede, ya acepte, ó repudie la herencia, porque nunca puede llevar mas que su legítima y mejora. Pero si no hay exceso, hizo suyos todos los frutos percibidos mientras vivió, y despues murió el donante, como poseedor legítimo de lo que la ley permite, y su padre pudo darle.

§. IV.

Si de los bienes que los descendientes recibieron en vida de sus ascendientes, y por su muerte han de colacionar, y de la quarta marital se deberán, ó no deducir las mejoras hechas y entregadas, ó no á ellos mismos, ó á otros mejorados ántes, ó despues de la tradicion de los bienes colacionables.

135 El presente capítulo quedaria imperfecto y confuso, y el contador expuesto á muchos errores si omitiese este párrafo; por lo que paso á explicar: Lo I, si de los bienes que los ascendientes donan en vida, y entregan á alguno, ó algunos

(1) Ley 1. §. Si impuberi, ff. de Collation. bonor. (2) Leyes 1. y fin. Cod. de Inoffic. donationib. (3) Glos. in dict. leg. Generaliter, §. Proinde, ff. de Fideicommissar. libert. Segur in dict. leg. 1. §. Si vir uxori, col. 26. vers. Tertio, y vers. Quarta erit, ff. de Acquirend. posses. Angul. en la ley 1. glos. 12. n. 13. y en la 7. glos. 4. n. 12. al 14.

de sus legítimos descendientes, y estos por su muerte traen á colacion, y particion con los coherederos, se deberá, ó no deducir el importe de la mejora, ó donacion que hacen á los mismos donatarios, ó mejorados colacionantes, ó á alguno, ó algunos de los que en vida nada recibieron. Y lo II, si en la computacion para deducir la mejora, se ha de incluir, ó no la quarta marital; pues en hacerlo de un modo, ó de otro hay notable diferencia, que puede redundar en gravísimo detrimento suyo.

136 Pero ántes de proceder á la explicacion de los dos puntos referidos, debo prevenir al contador que para girar la cuenta con justificacion, ha de tener presentes las cinco reglas siguientes: La I, que los ascendientes pueden mejorar expresamente en vida, y muerte á alguno, ó algunos de sus legítimos descendientes con causa, y sin ella, y por contrato en sanidad revocable, ó irrevocable, y entregarles, ó no, el todo de la mejora, segun expuse en el cap. anterior: ó parte en vida, y parte en muerte; pero la mejora no puede ser mas que una en ambos tiempos, ya sean uno, ó muchos los mejorados, y así se ha de dividir entre todos igualmente, ó á proporcion de la voluntad tácita, ó expresa del mejorante, pues de lo contrario se defraudarian las legítimas de los que no fuesen mejorados, lo qual resiste el derecho.

137 La II, que pueden hacerles donacion durante su vida en uno de dos conceptos: ó expresando es á cuenta de su legítima, y entónces no se entienden mejorados en el importe de lo donado, por lo que deberán colacionarlo como tal, y se les imputará en ella, para igualarse en todo con los coherederos, á cuyo fin se unirá al cúmulo de los bienes inventariados partibles, y si resultase tener recibido mas que lo que por ella les toque, lo restituirán, porque no fueron mejorados: si ménos, se les dará el resto: y si cubre solamente la legítima, ni tendran que tomar, ni que restituir; ó sin expresar á cuenta de qué se la hacen, y en este caso no verificándose algunas de las causas referidas en el n. 97. se conceptuará donacion simple, y al donatario, ó donatarios por mejorados tácitamente en la cantidad á que ascienda, la qual se les ha de contar como mejora para que si el donante hizo posteriormente otra expresa, repecto no haber podido extenderse, ni hacerla en mas de lo

que importase la de los bienes entregados, unidos con los que dexó por su muerte, se entienda parte del total de ella la donacion, y el mejorado expresamente no lleve mas que el residuo, como lo manda la ley 26. de Toro; pues por la mejora expresa posterior no se revoca la tácita anterior, excepto que el mejorante lo diga paladinamente; y así ámbos se entenderán mejorados en su respectiva parte. Por lo que, no habiendo mejora posterior á la donacion, si esta excede al tercio, quinto y legítima, que le debe tocar, se revocará en el exceso como inoficioso (1), y deberá restituirlo á los coherederos. Si ni completa el total del tercio, y quinto de los bienes del testador, se deberá contentar el donatario con lo donado, porque es visto que el testador en nada mas quiso mejorarle. Si lo completa solamente, lo llevará como mejora. Si excede algo al importe de esta, se le aplicará el exceso en parte de pago de su legítima. Y si alcanza para esta, y para la mejora, y no mas, se le dexará en pago de ámbas, y nada tendrá que recibir; pero en todos estos casos se debe hacer la cuenta, y deduccion en la forma, y por el órden expuesto en el n. 99. y no en otra. Y si el testador manda en su última disposicion que de lo entregado en vida al donatario, ó dotada, colacione cierta parte, ó cantidad, y lo restante no; y mejora expresamente á otro en el tercio, y quinto de los bienes que dexe: en este caso se unirá al caudal líquido lo que quiso no colacionase, á fin de sacar la total mejora de todo, y ver quánto toca á cada uno por parte de ella; y deducida, se agregará al residuo del caudal lo que le mandó colacionar en pago de legítima, lo que se le aplicará en vacío como recibido á cuenta de ésta, sacando ante todas cosas el quinto de solos los bienes inventariados, y no de los colacionados.

138 La III, que para la computacion de la mejora, ya sea del tercio, y del quinto separados, ó de ámbos juntos, se ha de considerar siempre el valor de los bienes del mejorante al tiempo de su muerte, (que es quando se debe la legítima) por la razon que expuse en el n. 120. y porque así lo ordenan las leyes 19. 23. y 29. de Toro, y no al en que hizo la donacion, ó mejora; quiero decir, que si quando la hizo, tenia

(1) Ley Si totas 5. y ley Si mater 7. Cod. de Inoffic. donation.

muchos bienes, y quando fallece, dexa pocos, ó al contrario, no se ha de atender para deducirla á lo que valian al tiempo de su constitucion, sino al de su fallecimiento; por lo que si considerados y cumulados numéricamente los bienes donados con los inventariados, resulta inoficiosidad, ya sea en lo que corresponde al mejorado por su mejora y legítima, ó al que no lo es, por esta sola, debe restituir el exceso á los coherederos, los quales á pretexto de que el testador tenia bienes mas quantiosos quando la hizo, ó entregó, no deben ser gravados en la legítima larga ó completa, que por derecho les compete quando no hay mejora, ni en la diminuta, ó corta, y necesaria en caso que la haya, ni tampoco el mejorado en su mejora, si el mejorante tenia pocos bienes quando la hizo, y al tiempo de su muerte tiene muchos; y así siempre se ha de mirar lo que valen al de esta solamente, ya haya entregado algo, ó nada á cuenta, porque las leyes no conceden eleccion de tiempos á unos, ni á otros, para evitarles perjuicio.

139 La IV, que la colacion (hablo de los bienes, y gastos que no están exéntos de colacionarse, ni gozan este privilegio) se hace para uno de dos efectos, ó para igualarse todos los herederos, quando lo que se colaciona, se dió, gastó y entregó expresamente en cuenta de legítima, ó en este concepto se entiende dado, como la dote, y donacion causal necesaria, ó coactiva, que se deben imputar en ella (1): (y esta es la própia, y verdadera colacion, de que tratan las leyes) ó para deducir mejora de los bienes del difunto quando á cuenta de ella siendo expresa, dió algo en vida al mejorado, ó le hizo donacion simple, que se entiende mejora tácita, y no se imputa en legítima, y así se llama impropiamente colacion, porque no sirve para igualar á los herederos, que es uno de los fines, y el principal porque se introduxo, sino meramente para ver si cabe, ó en el tercio y quinto, de que en vida, y muerte pudo disponer; por lo que segun sea lo donado se ha de cumular: si es á cuenta de legítima, y no hay mejora al total líquido partible, para que todos los partícipes

(1) Ley 4. tit. 15. Part. 6. Ley Inter filios, Cod. Familiæ erciscund. ley Ut liberis, Cod. de Collationib.

en la herencia queden igualados ; si hay mejora posterior al residuo, despues de sacada esta solamente de los bienes inventariados si fué dado en vida á cuenta de mejora expresa, ó se estima tácita, á dicho total liquido, para ver si es, ó no excesiva á la cantidad, á que puede estenderse el testador en vida y muerte; y si hay mejora tácita, y tambien expresa, al mismo total, respecto principiar en vida y concluir en muerte su voluntad y disposicion, como pudo segun el permiso de las leyes. Y si lo donado en vida fué parte en cuenta de mejora y parte de legítima: y mejora tambien á otro en muerte, se ha de sacar el quinto de solos los bienes inventariados, y para la deduccion del tercio unirse al residuo lo donado en parte de mejora, á fin de ver á quánto asciende, y quánto toca á cada mejorado por él: y sacado el tercio, se agregará al resto lo donado en cuenta de legítima, y su total (como que es de una naturaleza) se dividirá igualmente entre todos los herederos, aplicando en vacío al colacionante lo que tiene recibido, como dexo sentado. Y se advierte que aunque este haya percibido en cuenta de ámbas legítimas lo que se le entregó, y por haber muerto su padre solo, ó su madre, no se le deba imputar, y cargar en pago mas que la mitad, porque la otra mitad se queda en su poder, para colacionarla quando fallezca el supérstite, siendo dado de los gananciales, segun expuse en el cap. 4. §. 5. n. 108. al 110. del lib. 1. de este tratado; pero todo lo que recibió, se debe tener por mas caudal de la testamentaría del primero, para ver qué gananciales hay y no perjudicar al supérstite: y quando fallezca este, se estimará solamente por suyo lo que el colacionante haya tomado á cuenta, y quedado en su poder.

140 Y la V, que al modo que quando no hay mejora tácita, ni expresa, se colaciona el valor de los bienes recibidos por cuenta de legítima, y se agrega verbal, y numéricamente al cúmulo de los inventariados para igualar en el todo de unos, y otros á los herederos, que nada recibieron en vida de su ascendiente, porque para este efecto, con este fin é intencion, y en este concepto los donó al coheredero, ó dotada, y éstos los recibieron (1): del misno modo se debe

(1) Authent. Unde si parens, Cod. de Inoffic. testam. & ibi DD. Corn.

cumular, ó agregar quando la hay tácita, ó expresa, sin haber precedido dote, ni donacion, para que ni el mejorado lleve mas que lo que como tal le corresponde en vida, y muerte, ni sea perjudicado, ni tampoco los coherederos, porque el testador los entregó en el própio concepto, para este efecto y con esta intencion, y obligacion, y por esto se gradúan como exîstentes en poder del ascendiente; pero si precedieron á la mejora alguna dote, ó donacion *propter nuptias*, ú otra que el testador entregó á cuenta de legítima, no se han de cumular al total globo de la herencia, para deducirla de ellas, y que sea mas quantiosa, porque la ley 25. de Toro prohibe que se saque de las dotes, y donaciones precedentes colacionables, segun diré en el n. 142.; y así lo que en este caso se debe practicar, es, deducir primero la mejora no entregada de solos los bienes inventariados partibles, y despues de separada, unir el importe de la dote, ó donacion al residuo de ellos, como que todos son de la clase y naturaleza de legítima; y hecho todo esto un cuerpo, dividirlo como legítima entre todos los herederos, aplicando á la dotada, ó donatario en vacío, ó entrada por salida lo que tiene recibido, y dándole lo que le falte al complemento de su haber. Y si la mejora, ó parte de ella se entregó, se ha de unir á los bienes inventariados su importe, y deducido su total, agregar al resto la dote, y donaciones colacionables, y luego dividirlo todo como legítima en la forma expuesta.

141 Sentadas como indispensables estas cinco reglas, ó advertencias para la clara inteligencia del modo de deducir las mejoras segun los casos ocurran, digo: que por derecho romano (1) se permitia sacarlas, ó deducirlas de los bienes que los descendientes colacionaban, ó de su importe, de suerte, que á los colacionantes se quitaba la parte correspondiente de lo que ya poseian, porque por la colacion se contemplaban como exîstentes en el patrimonio del difunto; y como si nunca hubieran salido de éste, se constituian hereditarios, al modo

consil. 190. col. penult. vers. Tamen in contrarium, vol. 2. Herm. en dicha ley 5. tit. 4. Part. 5. glos. 6. n. 79. y 80. (1) Ley 3. §. 1. ff. de Collation. bonor. ley final, ff. de Dotis collation. ley Si soror, y ley Ut liberis, Cod. de Collation. y Authent. Unde si parens, Cod. de Inoffic. testam. Matienz. en la ley 9. tit. 6. lib. 5. glos. 1. n. 2.

que los que tenia en su poder: pues por el hecho de estar obligados los colacionantes á hacer la colacion, y colacionarlos, no se entendian mejorados en el exceso de lo que por sus legítimas les correspondia, y así debian restituirlo á los coherederos, no mandando lo contrario sus ascendientes ó donantes.

142 Pero por nuestro derecho está prohibida la restitucion á la herencia, y la exáccion del tercio, y quinto no solo de las dotes y donaciones *propter nuptias*, sino de las demas donaciones colacionables; segun lo ordena la ley 25. de Toro, que es la 9. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec. que dice: *El tercio, y quinto de mejoría fecho por el testador non se saque de las dotes, y donaciones* propter nuptias, *ni de las otras donaciones, que los hijos, ó descendientes traxeren á colacion y particion.* Por lo que precediendo la dote dada á la hija, ó la donacion entregada al hijo, (ya sea *propter nuptias*, para que se case, con muger determinada, ó solamente para que se case sin nombrarla, que llaman *donacion por causa del matrimonio* (1), ó ya sea hecha sin causa, si se entregó expresamente á cuenta de legítima) no se debe sacar de su importe la mejora posterior hecha por el testador, ni parte de ella, ni colacionarse sino para efecto de igualarse con los coherederos en sus legítimas, ni tampoco cumularse con el importe de los bienes líquidos inventariados, para que la mejora sea mas quantiosa, si le cabe en su haber; y la razon entre otras de los AA., es lo I, porque despues que el padre ó madre dotaron á la hija, ó en vida hicieron donacion al hijo, y se desprendieron de los bienes que les entregaron, quedaron privados de toda accion y potestad para disponer de ellos, pues por su tradicion, ó entrega se constituyeron del patrimonio de los mismos hijos, á quienes se transfirió su dominio; y de sacarse de ellos, ó de su importe el de la mejora posterior, se disminuian en él la dote y donaciones anteriores, y tocaba ménos por su legítima á los donatarios, y dotada, lo qual era iniqüo, porque cedia indebidamente en beneficio del mejorado, y en visible perjuicio de los donatarios, que habian adquirido su dominio por la real, y efectiva entrega, y no era justo que porque se utilizase el

(1) Angul. en la ley 9. tit. 6. glos. 4. Gutier. lib. 2. Pract. quæst. 65. n. 9. Cast. lib. 4. Controv. cap. 16. n. 44.

mejorado, se les desfalcase ni hiciese restituir parte alguna de ellos con el especioso título de colacion, para aplicárselos, ni que se les perjudicase en sus legítimas. Y lo II, porque la mejora mira siempre á los bienes que el padre y la madre tienen, y poseen al tiempo de su muerte, y no á los que no existen en su poder entónces (1). Y aun quando no se disminuyesen, ni tuviesen que restituir porque les cupiese, pero llevarian por sus legítimas ménos que lo que á no deducirse de ellas, ni con su union, ó cumulacion la mejora, las tocaria, y debia percibir, y el mejorado mas, sin tocarle, por aplicársele en parte de mejora el importe de bienes, que no eran del mejorante, y ser con este motivo mas quantiosa, sin deber serlo. A mas de que jamas se juzga que ninguno quiere disponer, ni dispone de los agenos, sino de los próprios (2): y no siendo del mejorante los que tenia entregados, no es visto disponer de ellos. Por cuyas razones para ver si la dote entregada á la hija le cabe, ó no en su legítima, no se saca el quinto de su importe, sino del de los bienes que dexa el donante, como expuse en el cap. 2. numer. 88. de este libro, ni tampoco se une, ni debe unir á ellos, sino á su residuo, para que de este modo sea de los que tenia y poseía, y no de los que ya no existian en su dominio.

143 La disposicion de ésta ley parece habrá lugar únicamente en la dote entregada, y no en la prometida á la hija casada y velada, atendidas las palabras: *Traxeren á colacion y particion*, con que esta concebida, pues denotan y suponen estar ya en poder del yerno, ó hija, á quien fué ofrecida, por no deberse decir que confiere lo que no tuvo ni tiene. A mas de que la mejora se debe detraer de los bienes que el difunto poseía al tiempo de su muerte, segun las leyes 19. y 23. de Toro: es así que estos existian entónces en su poder, por no estar entregados todavía á la hija, á quien los prometió: luego de ellos se ha de deducir íntegramente.

144 Se debe sin embargo ampliar á la dote prometida igualmente que á la entregada; y la razon es, porque los bienes prometidos aunque existen en poder del testador, no son su-

(1) Gom Cast. Tello, y Avendañ. en la ley 24. de Toro, n. 1. Matienz. en la ley 9. cit. tit. 6. y glos. 1. n. 3. y sig. Cast. dicho c. 16. n. 38.

(2) Ley Conficiuntur, §. 1. ff. de Jure codicillor. Authent. Ingressi, Cod. de Sacrosanct. Eccles.

yos, por estar obligado á su tradicion: y así es lo mismo que si estuvieran entregados, pues la hija, y su marido luego que se perfeccionó su casamiento, adquirieron derecho á que se los entregase; por lo que se contempla exîsten interina y confidencialmente, ó en depósito en poder de su padre, el qual puede ser compelido á su tradicion; y como la herencia y mejora se entienden, y deben sacar de lo que realmente es suyo, por no titularse así, ni serlo lo que está debiendo (1), ni conceptuarse segun derecho (2) exîstir entre los bienes de alguno aquello, á que está obligado, por ser lo própio para el caso estar prometido que pagado, y fuera de su poder; por eso se amplía la disposicion de la ley 25. inserta á la dote prometida, como si estuviera entregada (3). Y lo mismo procede para con la donacion *propter nuptias*, y otras donaciones con causa, aunque no estén entregadas, si están prometidas, porque versa identidad de razon, y así debe obrar la própia disposicion, y hacerse igual juicio (4).

145 Lo dicho en el n. 142. se limíta en dos casos: El I, quando el testador mejoró irrevocablemente en el tercio, y quinto de todos sus bienes á algun descendiente, y despues hizo donacion *propter nuptias*, ú otra con causa necesaria (que es colacionable como legítima) á otro descendiente; pues entónces se deducirá, y exîgirá efectivamente la mejora; y la razon es, porque el ascendiente tiene potestad legal de mejorar irrevocablemente en sanidad á alguno, ó algunos de sus legítimos descendientes en el tercio, y quinto de sus bienes: y constituyendo en esta forma la mejora, adquiere el mejorado derecho á su importe en el todo no solo de los que tiene al tiempo de su constitucion, sino de los que despues adquiera hasta su muerte; y respecto á que los que dismembra de su caudal con la dote, y donaciones posteriores, son, y deben

(1) Ley Subsignatum 39. §. Bona, ff de Verbor. significat.
(2) Ley Si quis mandatu, ff. de Negot gest. ley Cum post mortem §. 1. vers. Sed is de quo, & ibi glos. verb. Promisserit, ff. de Administrat. tutor. y ley unica, §. Accedit, Cod. de Rei uxoriæ action. (3) Gut. lib. 2. Pract quest. 61. n. 1. Avendañ. en la ley 25. de Toro glos. unica ex n. 10. hasta el fin Angul. en la ley 9. tit. 6 lib. 5. glos. 3. n. fin. Cast. lib. 4. y cap. 16. dichos, n. 46. (4) Ley Si quis argentum, §. Si autem, Cod de Donat. ley Ut liberis cit. & ibi Decio n. 7. Angul. en la ley 10. tit. 6. gl. 7. n. 2. al 6. Valasc. consult. 3. Cast. ibi.

entenderse parte de legítima de la dotada, y donatarios, y no mas, pues el donante á ningun otro descendiente puede mejorar ya, porque la mejora no puede ser mas que una, ni despues de hecha simplemente, imponer gravámen ni condicion en ella; que por haber hecho donacion irrevocablemente en razon del tercio, ó quinto, ó de ámbos quedaron todos sus bienes ligados, y sujetos á la mejora; y á mas de esto la dote, y donaciones causales, son colacionables, y por la colacion se constituyen como del matrimonio del donante; por eso precediendo la mejora irrevocable, se ha de deducir de ellas, no conceptuarse mejorado en cosa alguna el donatario posterior, y para hacer la deduccion, cumularse al líquido caudal inventariado y partible; pues de lo contrario serian ilusorias la ley 17. de Toro, y las demás, que constituyen irrevocable la mejora, y repugnantes entre sí la misma ley 17. y la 25. y estaria en la libre potestad, y arbitrio de los mejorantes el defraudar á los que habian mejorado, y en perjuicio de éstos disponer despues de sus bienes como quisiesen, sin dexarles que heredar en concepto de mejorados, á pretexto de ser onerosas las donaciones posteriores; por lo que ninguna duda queda en que en el caso propuesto se ha de deducir la mejora irrevocable precedente de la dote, y demás donaciones posteriores, y para ello considerarse, y cumularse su importe, como si existiera entre los bienes partibles; y si lo donado excede á lo que al donatario, ó dotada toca que percibir por su legítima diminuta, lo deben restituir (1). Lo qual se entiende, excepto que al tiempo de hacerse la donacion del tercio, y quinto se pacte que ha de surtir su efecto, circunscribirse al tiempo en que se hace, y no al de la muerte del mejorante; pues en este caso no se deducirá de las dotes, y donaciones posteriores, porque los contratos reciben la ley de la convencion de los contrayentes (2) y este pacto puede hacerse por no estar prohibido.

146 El II caso es, quando la dote fué inoficiosa, y el padre mejoró posteriormente á algun hijo; en cuyo caso me-

(1) Gutierr. lib. 2. Pract. quæst. 62. Avendañ. en la ley 25. de Toro numer. 2. y Tello n. 3. Marienz en la 9. tit. 6. lib. 5. glos. 3. n. 2. Angul. en ella glos. 1. n. 2. Ayor. Part. 3. quæst. 27. n. 85. Herm. en dicha ley 3. tit. 4 Part 5. glos. 6 n. 87. Escobar. compotat. 1. n. 11. al 13.

(2) Ley Contractus, ff. de Regul. jur. Tello ibi, Escobar ibi.

diante á que la hija no puede ser mejorada en contrato en sanidad por razon de dote, ni casamiento, ni se entiende serlo tácita, ni expresamente (1), como sentè en el cap. 2. de este libro n. 87. si se verifica su inoficiosidad debe restituir el exceso a los coherederos; y como éste se constituye de la herencia, y p triminio del difunto por la colacion, y restitucion, del mismo modo que los demas bienes que se encuentran en su poder: por eso se debe deducir la mejora no solo de estos, sino tambien de aquel; pues en quanto á él jamás valió la constitucion do al, y por lo mismo vuelve al donante (2), el qual puede pedirlo en vida, y revocarlo, porque lo que por derecho no surte efecto, no presta impedimento (3); y sin embargo de que ninguno puede ir contra su propio hecho (4): no obstante, si el acto es nulo, se le permite anularlo, y pedir se rescinda, y declare por tal (5); lo qual en su vida no podrán hacer los hermanos de la dotada, y es la razon, porque éstos lo pueden rescindir únicamente por la querella de inoficiosidad con p etexto de su legítima, segun en quanto al hijo dexo expuesto en el n. 134. y como no se les debe ésta mientras vive su padre, y puede ser que éste aumente sus bienes despues de entregada la dote, ó que mejore en testamento á la hija, ó que muera alguno de los coherederos, por cuyos motivos sea mayor la parte que la toque, y cese la inoficiosidad: por eso se ha de esperar la muerte de su padre, para que sean admitidos (6).

147 La limitacion de este segundo caso se entiende quando resulta la inoficiosidad, considerados, y unidos los bienes con que la hija fué dotada, y los que dexó su padre, y baxado el quinto de estos, y no quando se verifica solamente por causa de la deduccion del tercio, pues en este caso parece no será obligada á restituir el exceso de la legítima diminuta, que por deducir el tercio, aparece tocarla, como

(1) Ley 6. tit. 3. lib. 10. Nov. Rec. (2) Ayor. dicha quæst. 27. n. 86. y 87 Angul. en dicha ley 9. glos ultim. n. fin. (3) Regla Non præstat, de Regul jur. in 6. (4) Ley Cum à matre, Cod. de Reivindicat.

(5) Menchac. de Succes creator. §. 10. n. 248. Angul. en la ley 10. tit 6. lib. 5 glos 9. n. 1. (6) Ayor. part. 2. quæst. 20. n 66. Segur. in Repet. leg. Conæredi, §. Cum filiæ, vers Viso, & considerato, col. 24. ff. de Vulgar. & pupillar. substitut. Baez. de Non meliorand. filiab. cap. 34. n. 9. Angul. en dicha ley 10. y gl. 9. n. 2. Escobar., computat. 1. n. 23. y 24.

he sentado en el cap. 2. n. 90. al fin, porque la ley que prohibe sea mejorada en contrato en sanidad no prohibe que lleve la legítima larga ó completa de todos los bienes del testador, ni manda que esta se compute, y considere despues de sacada la mejora, ó que se deduzcan primero el tercio, y quinto, para ver si le cabe, ó no lo que tiene tomado: ni tampoco lo expresan las preces que hizo el Reyno, y dieron motivo á su creacion, ni de ellas se infiere, ántes sí que la dotada lleve su legítima larga: ni por consiguiente resulta inoficiosidad al tiempo de su constitucion, ni al de la muerte; y como en aplicársela íntegra no se infringe su precepto porque no hay, ni se verifica mejora que el testador haya hecho, ni pactado, ni tenido intencion de hacer á su favor, y lo que no está prohibido, se entiende permitido: por eso quando fué dotada ántes que se hiciese la mejora, se la ha de aplicar todo lo recibido, si la cabe en su legítima larga, ó completa, separando únicamente el quinto de los bienes que dexa el mejorante, porque á éste ningun derecho tiene, por ser privativo de su padre; al modo que por el contrario, quando la mejora precede, se debe deducir de la dote recibida, segun queda expuesto en el n. 145. y cabiéndole despues de separado el quinto, nada deberá restituir, porque nada mas lleva que la legítima íntegra, ó completa de todos los bienes del testador, que era la que la podia tocar si entónces se partiesen, y lo que el Reyno quiso, y pretendió se le diese, y percibiese, ni por consiguiente resulta inoficiosidad. Sin que la obste el decir que los hijos no mejorados llevan ménos que ella por sus legítimas en el precitado caso, pues esto proviene de la disposicion de las leyes, y del testador, por haber hecho mejora: y así aunque parezca de mejor condicion que ellos, no se entenderá mejorada, por no haber tal mejora, ni intencion de hacerla, y ser eventual el que la toque la legítima íntegra, y á los coherederos no mejorados la diminuta; pues nunca percibe mas que lo que el Reyno pretendió percibiese, y la Pragmática no le privó de tomar; por lo que si la ley 25. de Toro, que prohibió sacar mejora de las dotes, y donaciones, hubiera querido limitar este caso, lo hubiera expresado, ó prevenídolo la Pragmática de Madrid, que mandó que las hijas no fuesen mejoradas: y respecto no ha-

blar de él, no se las debe quitar lo que las leyes no las quitan; pero si cabe solamente incluyendo, y no deduciendo el quinto para el cómputo, debe restituir el importe de éste al cúmulo de la herencia, ó al legatario, ó mejorado en él, si lo hay, porque éste no es legítima, por cuya razon no debe quedarse con él (1). Y en estos términos concibo se debe entender lo que expliqué en el cap. 2. n. 89. y 90. de este libro, salva la superior, y mas arreglada censura, á que me sujeto, atentas las preces, y la prohibicion de la ley en su virtud creada.

248 Dando prestadas el padre, ó la madre en una, ó mas ocasiones al hijo, ó hija exîstentes fuera de su poder algunas cantidades para subvenir á sus urgencias, y disponiendo en última voluntad del tercio, ó quinto habiéndose obligado el hijo, ó hija por vale, ó escritura á devolvérselas como prestadas, y no cumplídolo, ni demandádoselas sus padres judicial ni extrajudicialmente ¿se deducirá de su importe el tercio, ó quinto? Y parece que sí; y la razon porque el hijo, ó hija que está fuera del dominio paterno, pueden tratar con su padres sin obstáculo legal, al modo que el estraño, con el qual para este efecto se equipáran; es así que si el extraño fuera el deudor, se sacarian el tercio, y quinto de lo que importase su deuda, como que era parte del caudal del difunto; luego deben sacarse tambien de la del hijo, ó hija. Sin embargo de esto, que á primera vista parece concluye, y de la obligacion constituida por el vale, ó escritura, digo que cobiendo lo prestado en el haber, ó legítima que corresponde al hijo, ó hija, no debe graduarse de mutuo, sino de anticipacion hecha en parte de su herencia, y que por consiguiente tampoco deben desfalcarse, ni sacarse de su importe el tercio, ni quinto, aunque el mismo mutuario sea el legatario, ó mejorado en ellos. Lo I, porque los hijos son acreedores legales y naturales á los bienes de sus padres, y quasi dueños de ellos y no deudores con obligacion ecactiva de responsabilidad tan estrecha como los estraños, y no se debe llamar deudor de otro, ni lo es el que de rigorosa justicia tiene derecho claro y expedito á

(1) Ayor part. 3. v quæst. 27. cit. n. 88. al 90. y part. 4. exempl. 5. vers. Sed quid erit si post dotem datam à patre, y sig.

sus bienes, sino ántes bien estimársele acreedor suyo, cuya qualidad no se destruye, ni aun debilita por la que suena de deudor, ni se confunde con ella. Lo II, porque no obstante la obligacion de restitucion, ó devolucion contenida en los resguardos: atendiendo á la qualidad de hijos que concurre en los donatarios, de la que no pueden prescindir, ni desnudarse: a la accion que les compete á los bienes de sus padres, á quienes naturalmente han de sobrevivir, y heredar: y á la necesidad con que les piden los socorros, se debe entender, y es visto que sus padres que no la ignoraban, no se los dieron en concepto de préstamo como si fueran extraños, por lo que no se los demandaron, ántes sí que para que no pereciesen, se los anticiparon en cuenta de su legítimo haber; por lo que su importe no se debe conceptuar deuda á favor del caudal para efecto de deducir tercio, ni quinto de él, (pues para esto debia haberse especificado así en los resguardos, reservándose esta facultad los donantes, y con superior razon á vista de la ley prohibitiva) sino por incremento suyo para el fin de imputarlo á los donatarios como recibido en parte de su legítima, y para el de que no puedan pretender esta íntegra como si nada hubieran tomado, ni defrauden, y disminuyan por este medio el haber de los coherederos: y estimarse que la obligacion que constituyeron, se dirigió á este fin, y se circunscribió, y debió circunscribir á lo que no les cupiese en su legítima, y el interpretarla de otra suerte es violentar su espíritu, atender á lo material de las palabras, y no á la intencion, estado y circunstancias de los contrayentes, y dexarse conducir por lo que suena, y no por lo que realmente es. Lo III, porque la ley 25. de Toro que prohibe sacar tercio, y quinto no solo de las dotes, y donaciones *propter nuptias*, sino tambien de las otras donaciones que los descendientes legítimos colacionan, habla generalmente sin distinguir, ni mencionar la qualidad, condicion, ni requisitos con que se han de hacer, y recibir las donaciones; y para prohibir que del importe de estas se deduxese el tercio, ó quinto, se fundó en que estos miran solamente á los bienes que el donante tiene en su poder al tiempo de su muerte, ó como suyos le pertenecen, y sus herederos pueden exigir del verdadero deudor; y en que lo donado no era ya de aquel, por haberlo entregado (como pudo) en vida á quien

indispensablemente le habia de heredar, y de lo que no era suyo, no era justo dispusiese; y respecto á que el hijo no es verdadero deudor, y está obligado á colacionar solamente, y la ley no distingue, no debemos tampoco distinguir. Lo IV, porque las leyes imponen á los descendientes legítimos la obligacion de colacionar lo que reciben, de la que no pueden eximirse aunque quieran, ya sea á cuenta de legítima, ó de mejora, y no la de volverlo á sus ascendientes; y así como carecemos de autoridad, y potestad para limitarles, y eximirles de aquella, carecemos igualmente de ellas para imponerles esta, ni otra, porque ningun derecho nos las concede. Lo V, porque no es creible, ni aun presumible que los padres que dan á sus hijos algunas sumas para socorrerse, se les entreguen con esperanza de que se las han de pagar, no obstante que se lo ofrezcan, pues ven su imposibilidad, sino á cuenta de lo que les ha de corresponder por su muerte, y por eso la ley que no lo ignoraba, no exceptuó, ni tuvo necesidad de exceptuar este caso. Lo VI, porque el estimar como préstamo mútuo lo donado en el presente caso, sería querer que los hijos restituyesen á la herencia de sus padres lo que al instante habian de volver á percibir indispensablemente por corresponderles de rigorosa justicia, y hacer un círculo irregular, y vicioso, que como odioso en el derecho, al modo que toda correccion de éste, se debe evitar (1). Y lo VII, porque (aun en el hipótesi de que al principio fuese en la intencion de todos préstamo, y de tal se gradue) sin embargo de que el mutuario por la naturaleza de este contrato está obligado á volver al mutuante, ó á sus herederos no la misma cosa que le prestó si no quiere, porque de ella se le transfiere su pleno dominio, y la hace suya, sino otra de idéntica especie, cantidad, calidad y bondad, no obstante que la mutuada se pierda, queme ó se la hurten, por no competirle accion alguna á retenerla, ni á quedarse con su importe en vida, ni por muerte del mutuante: esto se entiende para con el mutuario extraño, cuya deuda y obligacion de pagarlas subsisten siempre vivas, y en su fuerza, y vigor, aunque el mutuante fallezca, por no haber ley que de ellas le exima hasta que se extinguen por la solucion, libera-

(1) Cap. Odia 15. y Quæ à jure 28. de Regul. jur. in 6.

cion, novacion, compensacion, y por otros medios que prefine el derecho, y expliqué en el cap. 7. de mi primera parte. Pero para con el heredero forzoso no, porque milita diversa razon, y es la de que no solo se constituye dueño de lo mutuado al modo que el extraño en el momento que lo recibe, sino igualmente en el en que el mutuante su ascendiente fallece, si le cabe en su haber, como que es su heredero legítimo, y así entre ser deudor, heredero y dueño no hay intermision; por cuyo motivo, y porque ninguna ley le precisa á que pague, y luego repita; (segun están obligados el deudor del Rey, y el del Público, á quienes no se admite compensacion de las cosas que en el lib. 3. cap. 2. n. 210. y 211. expondré) la obligacion de restitucion, ó devolucion que tenia contraida, espira como tal en el mismo instante que fallece su ascendiente: muda de qualidad, y naturaleza por las circunstancias de los interesados: y por disposicion legal se convierte en la de compensarlo, y admitirlo como anticipado y entregado á cuenta de su parte de herencia, sin descuento ni desfalco, y á este efecto retenerlo en su poder como própio, respecto caberle; y mediante á que el ascendiente mutuante no puede disponer de ello en vida ni en muerte: en vida por ser del mutuario, y competirle derecho solamente á exîgir su importe (pues hay diferencia entre tenerlo á una cosa ó dominio en ella): y en muerte por carecer de accion para practicarlo; á causa de no haber vuelto á su poder, y de haberse extinguido aquel derecho, y hecho colacionable la cosa, á que lo tenia; y de lo que se colaciona, prohibe expresamente la citada ley 25. de Toro, se saquen el tercio y quinto, por no ser del que lo dió; por eso no se debe deducir de ello; y de lo contrario se daria al ascendiente mas potestad que la que le concede. Por cuyas razones, y porque el mutuario descendiente goza de prerrogativas que no competen al extraño, y el mejorado, ó legatario no es acreedor por contrato oneroso, no se les debe medir con igual vara, ni juzgar por las mismas leyes, ni equipararse los dos, pues lo contrario será error indisculpable en lo legal; ni por consiguiente agregar lo que dió al mutuario al globo de su caudal en concepto de deuda simple, real y verdadera á su favor como la del extraño, para que de todo se deduzcan el tercio, y quinto, sino en el de colacionable, á fin

de que se le impute en vacío como recibido; y si el ascendiente en su última disposicion le manda colacionarlo, cesa la duda de haber sido su ánimo dárselo á cuenta de su haber, aunque suene prestado. Pero si en los resguardos se expresa *que lo donado se ha de tener, y estimar por caudal del donante como si al tiempo de morir existiera en su poder, y el hijo, ó hija fueran extraños: y que en este concepto ha de poder disponer de él, del mismo modo que del que tenga entónces sin diferencia, y no reputarse anticipado en parte de pago de su haber, sino real, y efectivamente prestado, á cuyo fin se reserva esta facultad.* En este caso en virtud del consentimiento del mutuario, y del pacto reservativo que ninguna ley prohibe: si el donante no lo limitase, suprimiese ó derogase posteriormente, como puede, atento á dirigirse á su preparativo beneficio, se podrán sacar tercio y quinto de lo entregado á sus hijos en la própia forma que de lo que tiene en su poder quando fallece; y lo mismo se deberá practicar aunque no intervenga pacto, si el donante lo demanda en vida al donatario, aunque sea extrajudicialmente, y no le manda luego colacionarlo, porque en ámbos casos está clara su voluntad. Sobre este caso, que a primera vista parece obvio y fácil, y para mí fué árduo y difícil, fuí consultado por los interesados en la particion citada en el capit. 1. de este lib. n. 32. y despues de un mes de meditacion acerca de él, lo resolví en los términos propuestos, y suscribieron á mi dictámen los Letrados defensores de los participes, pues por no haberlo tocado los AA., lo hago presente al contador para si le ocurre, evitarle trabajo en discurrir acerca de su decision, y esta es arreglada al espíritu de nuestras leyes en mi concepto.

149 Quando el testador hizo en vida donacion simple que no consumió, ni completó el total de la mejora, á un hijo, (en cuyo caso éste se entiende tácitamente mejorado) y despues por última disposicion mejoró expresamente á otro en el tercio, y quinto de sus bienes, discordan los AA. acerca del modo de deducir la mejora; cuya diversidad de opiniones dimana de la inteligencia de las leyes 19. 23. 25. y 26. de Toro. Y respecto haber notable diferencia, y poderse irrogar gravísimos perjuicios á los interesados en hacer su deduccion de una suerte, ó de otra: y que con la pluma en la mano será mas percepti-

ble el caso: para clara inteligencia, é instruccion del contador propongo el mismo que ellos proponen. " Un padre que tenia »tres, ó mas hijos, donó en sanidad simplemente, y entregó »al uno de ellos diez mil reales, ó una finca, ó cosa que los va»lia. Despues mejoró expresamente en testamento, ó en otra »última disposicion á otro hijo en el tercio, y quinto de sus »bienes, y en líquido caudal partible que por su muerte se »inventarió, y hallo pertenecerle, fueron ciento y veinte mil »reales" En este caso es preciso buscar el modo justo de girar la cuenta, para que ni el donatario sea perjudicado en lo que ya tiene recibido, y en que se entiende mejorado segun la ley 26. de Toro, ni el mejorado por testamento en su mejora, ni los demás hijos en sus legítimas diminutas; y tambien para que pudiendo cumplirse la voluntad del mejorante, se cumpla, y observe en el todo. Es punto freqüente en las porriciones, digno por su gravedad de mucha atencion, y en su resolucion titubean muchos por el diverso modo de pensar de los AA. por lo que quiero instruir al Contador de lo que debe hacer, y apurar la verdad para que no yerre, ni perjudique á los interesados.

150 Pero ántes que resuelva quál de las opiniones se ha de adoptar, y seguir, debo sentar que la cuenta se puede hacer de quatro modos: El I, es deducir la mejora expresa de solo el importe de los bienes inventariados, y entónces el mejorado en testamento conseguirá como tal 56@. reales, á que ascienden en tercio, y quinto de los 120@. inventariados; pero de esta suerte se defraudan las legítimas en los 10@. entragados en vida al donatario, en los quales se entiende mejorado. Es así que el derecho prohibe que las legítimas sean defraudadas, y el testador no solo no lo mandó, sino que aunque lo mandára, no debia practicarse. Luego este modo de sacar la mejora, como ilegal, y gravoso á los no mejorados, de ninguna manera se debe adoptar. Todos los Autores conforman en esto, y dicen bien.

151 El II modo (de que ningun Autor hizo mencion, lo qual tal vez puede haber sido uno de los motivos de su discordía, y de haber formado otro concepto del punto concreto propuesto, y resuelto lo en los términos que expresaré en el n. 153.) es deducir de lo donado un tercio y quinto, y del importe de

los bienes inventariados otro tercio y quinto, v. gr. de los 10₰. de la donacion sacar 4₰666. y dos tercios, que son el total de su tercio y quinto, y dexar para legítimas los 5₰333. y un tercio restante, y de los 120₰. los referidos 56₰. y el residuo, que son 64₰. para legítimas tambien: en cuyo caso compondrá el total de la mejora dividida entre ámbos mejorados 60₰666. reales, y dos tercios, y quedarán para legítimas 69₰333. y dos tercios. Este modo de girar, y deducir en nada perjudica las legítimas de los hijos, ni tampoco al mejorado en testamento, pero sí al donatario, porque de lo que ya es suyo como mejora, se le quita para legítimas mas de la mitad, que son los 5₰333. reales, y dos tercios de dos, sin estar obligado á restituirlos, por no resultar inoficiosidad. Esto no solo lo prohibe expresamente la ley 25. de Toro (pues es el único modo con que se infringe, y contraviene), sino que ni el testador lo manda, ni aunque lo mandára, debia ser obedecido: lo uno, porque la donacion primera irrevocable no se disminuye por la segunda segun derecho (1): lo otro, porque en la donacion simplemente hecha no se puede imponer despues condicion, ni gravámen (2): y lo otro, porque lo donado era del donatario, y el testador carecia de potestad para gravar lo ageno, quitarlo á quien lo tenia y disponer de ello. Luego tampoco es adoptable, ni debe seguirse, pues con él, y no con otro alguno se verifica própia, clara y expresamente la infraccion de la citada ley en el caso propuesto, y la razon de la prohibicion que incluye; y los AA. dicen, y muy bien ser el motivo de ella, porque se saca efectivamente el tercio y quinto de lo donado en vida, y al donatario se aplica el residuo en parte de legítima, debiendo dexársele con el tercio y quinto como mejora, respecto caberle todo en esta, en lo que se le agravia.

152 El III es, unir, y cumular verbal, y numéricamente los 10₰. reales entregados en vida á los 120₰. inventariados, y compondrán 130₰.: deducir de estos el total de la mejora, que importa los mismos 60₰666. reales, y dos tercios: dexar al donatario los 10₰ que en cuenta de mejora tacita tiene en su poder, y debe colacionar en este concepto, para que no per-

(1) Ley Fuit quæstionis, ff. de Collation bonor. (2) Ley Perfecta donatio, Cod. de Donationib. quæ sub modo.

ciba mas de lo que el donante pudo dar en vida, y muerte á entrámbos mejorados, y luego aplicar al que lo fué en testamento los 50@666. y un tercio de dos restantes para el mismo efecto. Este modo de hacer la cuenta es el que siguen los AA. (1) y lo observan los contadores de esta Corte inteligentes en particiones, porque con él ninguna ley se infringe, ni se perjudican, ni disminuyen las legítimas, ni mejora tácita, ni expresa, y es lo mismo que si todos los bienes entregados existieran en poder del mejorante, y éste dexára en su testamento á cada uno la própia porcion; pues por la colacion se constituyen como existentes en él, y se hacen de su herencia.

153 Y el IV es, sacar mejora únicamente de los 120@. que importan los 56@. referidos, y de estos baxar los 10@. entregados en vida al donatario como mejora tácita, y entónces quedará reducido el total de ámbas partes de mejora á solos 46@. reales, y por consiguiente aunque el donatario no será defraudado, ni tampoco las legítimas, pero el mejorado en testamento no llevará el residuo íntegro de la mejora que el testador hizo á su favor de todos sus bienes en vida y muerte, como pudo, porque le faltan 4@666. reales, y dos tercios para completarla. Este modo de deducir es el que citando, y siguiendo á *Angulo*, y *Escobar*, se esmera en defender con particular esfuerzo el *Señor Castillo* en dicho capítulo, apoyándolo con una Decision de la Real Audiencia de Sevilla, impugnando el de *Tello*, y sus sequaces, fundándose en las leyes 19. 23. y 25. de Toro, haciendo argumentos, y fatigándose en exponer las razones que impelieron á la expresada Real Audiencia á decidir segun su concepto; y este mismo giro lleva *Escobar* en la computacion primera n. 10. quando es uno solo el mejorado, y el mejorante le entregó en vida en este concepto, v. gr. 7@. y por su muerte dexó solos 8@. pues dice que se debe sacar la mejora de los 8@: unir el residuo á los 7@: y lo que todo esto importe, dividirlo entre todos los hijos como legítima, privándole por este medio de gran parte de herencia, por ser menor la mejora sacada de los 8@. que de los 15@. que unidos con los 7@. compone toda la herencia, lo qual es error, como se patentizará.

(1) Tello, Ayora, Acevedo, Castillo lib. 4. controv. c. 16. n. 34.

154 Á vista de opinion, y decision tan recomendables, y respetables, me hallé perplexo, y lleno de confusion, sin poder inclinarme á seguirlas, y deponer la contraria que siempre habia seguido, me habia enseñado la práctica de esta Corte, y me hacia gran fuerza: ni tampoco á continuar en esta, por no exponer los AA. los fundamentos de ella, y mucho mas diciendo *Tello* (1) que en juicio jamás habia podido obtener por la suya, y que la otra estaba canonizada por quasi todos los Jueces y Letrados; por lo que con el deseo de saber quál era la justa, legal y segura, despues de muchísimos dias de tarea, y cabilacion, por no hallar explicadas en los AA. las razones en que afianzan su dictámen, acordándome que el derecho (2) dice que se debe juzgar por las leyes, y no por exemplares, y no mirarse á la dignidad del Autor, sino á la razon de su doctrina: determiné acercarme á exâminar, construir, y desentrañar las tres de Toro, en que se funda la opinion contraria, y apurar si hablan, ó no del caso concreto de la disputa, y por tanto paso á su explicacion.

155 La ley 19 de Toro, que es la 3. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec. dice: *El padre, madre y y abuelos en vida, ó al tiempo de su muerte puedan señalar en cierta cosa, ó parte de su hacienda el tercio y quinto de mejoría en que lo haya el hijo, ó hijos, ó nietos, que ellos mejoraren, con tanto que no exceda el dicho tercio de lo que montáre, ó valiere la tercera parte de todos sus bienes al tiempo de su muerte. Pero mandamos que esta facultad de poder señalar el dicho tercio y quinto, como dicho es, que no la pueda el testador cometer á otra persona alguna.* Lo dispositivo de esta ley termina á tres fines: El I, que el padre, madre y abuelos haciendo mejora de tercio y quinto en vida, ó muerte, (que es por contrato, ó última voluntad) puedan señalar bienes ciertos, y determinados para su pago. El II, á que el tercio no exceda de lo que montáre la tercera parte de los que tengan al tiempo de su muerte, aunque los consignados para satisfacerlo, valgan mucho mas. Y el III, á que no puedan cometer á otro la consignacion de ellos, pues deben hacerla por sí pró-

(1) Ley 25. Toro n. 4. (2) Ley 10. tit. 14. Part. 1. Ley Nemo judex 13. Cod. de Sentent. ley 1. Cod. de Veteri jure enucleand. ley 12. ff. de Offic. Præsid. y §. ultim. Institut. de Satisdation. Div. Hieronym. super Daniel.

pios, por la razon que expuse en el capítulo precedente n. 14. Este es el verdadero, y genuino espíritu de esta ley. Pregunto ahora, ¿el consignar es dar, y entregar en vida cosa alguna al mejorado? No por cierto. ¿Pues qué es? Es únicamente señalar la cosa cierta y determinada, en que despues del fallecimiento del mejorante se le ha de entregar el importe de la mejora. Luego aunque la ley inserta ordena que el tercio no exceda de lo que valga la tercera parte de los bienes del mejorante al tiempo de su muerte: respecto no tener efecto la consignacion hasta que fallezca, y existir entónces entre sus bienes los señalados, en que se ha de adjudicar, y entregar la mejora al mejorado, no se verifica, ni puede verificar su infraccion, ántes sí la observancia de su precepto: ni hay que hacer cumulacion, ni computacion, ni de qué; ni por consiguiente viene al presente caso su disposicion en la cosa mas mínima, porque ni aun remotísimamente habla de él. Pero vuelvo á preguntar, ¿á qué se dirige esta consignacion ó señalamiento? Se dirige á dar y conceder al mejorado derecho específico en los bienes señalados hasta en la parte que alcance la mejora: y á que los coherederos (quieran, ó no) tengan obligacion, y puedan ser compelidos á entregarle precisamente los mismos que el mejorante señaló, y no otros de la herencia para pago de la mejora, como no habiendo consignacion, lo pueden hacer. ¿Y qué fin tuvo la ley en mandar que el tercio no exceda de lo que valga la tercera parte de los bienes del testador al tiempo de su muerte? El que movió al Legislador, fué el obviar dudas y pleytos, y no gravar las legítimas. ¿Y en qué podian ser gravadas estas? En que si desde la constitucion de la mejora hasta la muerte del mejorante transcurrian algunos años, se disminuia su caudal, y el mejorado á pretexto de la consignacion pretendia se le diese todo lo consignado en pago de su mejora, alegando se le habia transferido su dominio, como al legatario de cosa específica el de esta: y por la diminucion del caudal no le cabian los bienes señalados: no le sufragase alegar, ni justificar que el total de estos tenia cabimiento en el importe de la mejora quando se le habia hecho (pues se desfalcaban las legítimas, atento el menoscabo de caudal) ántes bien estuviese obligado á contentarse con lo que de ellos le cupiese, considerado el valor de los que el mejorante

dexase, porque el tercio es parte de legítima; y al modo que esta qüota de bienes se considera al tiempo de la muerte, porque hasta entónces no se debe: del mismo modo la mejora de los que el testador dexa, se debe considerar quando fallece, y no quando se hizo, porque de lo contrario serian perjudicados enormemente los hijos en sus legítimas, y el mejorado se utilizaria indebidamente en su detrimento.

156 La ley 23. de Toro, que es la 8. del mismo tit. y lib. dice: *Quando el padre, ó la madre por contrato entre vivos, ó en otra postrimera voluntad hiciere á alguno de sus hijos, ó descendientes alguna mejoría del tercio de sus bienes, que la tal mejoría haya consideracion á lo que sus bienes valieron al tiempo de su muerte, y no al tiempo que se hizo la dicha mejoría.* Esta ley tampoco habla palabra del caso de donacion, ni tradicion de la mejora del tercio, ni parte de él, y sí de que ya sea hecha revocable, ó irrevocable por contrato en sanidad, ó última voluntad, se atienda siempre al valor que tienen los bienes del mejorante al tiempo de su muerte: y la razon es la expuesta en el número anterior, por lo que como no hay tradicion en vida, es preciso atender á aquel tiempo, y por no existir en poder del mejorante todos sus bienes, no hay que computar, ni colacionar; y no debe el mejorado á pretexto de ser irrevocable, la mejora, hacer mérito de lo que valian quando la constituyó el mejorante, ni de que desde entónces adquirió derecho á ella, porque su irrevocacion sirve únicamente para que no pueda ya dexar de ser mejorado sin causa legal, y para que su padre quede sin potestad para mejorar á otro, y gravar el tercio, mas no para que en su deduccion se considere el tiempo de su constitucion, sino el de la muerte, desde el qual empieza á tener efecto, por no haber precedido tradicion; pues una cosa es hacer la computacion entre los bienes entregados, y los que faltan que entregar hasta completar el total de la mejora, que viene á ser guardar en algun modo cierta analogía, ó proporcion entre los mejorados, y los bienes que les corresponden, para que el donatario, y el mejorado en testamento no lleven mas que lo que respectivamente les toca, y de que pudo disponer á su favor en vida, y muerte el mejorante, ni por beneficiarlos sean defraudadas las legítimas; y otra, y muy diversa deducir solamente la mejora de los bienes que el testador tie-

ne quando muere, y de lo que esta importe, baxar lo que en vida entregó á cuenta de lo que sumase la del total de ellos, como si no hubiera tenido facultad para entregarlo; pues esto ninguna ley lo manda, ni en ello pensó el Legislador; y así esta tampoco viene al caso propuesto.

157 La disposicion de la ley 25 tira á prohibir que de los bienes, ó donaciones que se colacionan (*a*) se saque mejora, porque como no son del mejorante, no puede hacerla de lo que importen: y estando ya en poder del donatario, y siendo suyos, si se deduce de ellos, se le quitan indebidamente por beneficiar al mejorado, y hacer que la mejora sea mas quantiosa. Pregunto ahora, ¿prohibe que se hagan la computacion, y cumulacion referidas en el n. 152. que se observan en la práctica? No por cierto, ni habla una palabra de ellas, ni aun se colige. Luego pueden hacerse, porque en materia privativa lo que no está prohibido por ley, se entiende permitido, y si la ley lo quisiera, lo expresaria (1). ¿Manda que se haga la deduccion mencionada en el n. 153: ó que quando el donante entregó al donatario lo que le donó, y despues hizo mejora, se haya de sacar precisamente el importe de lo donado en vida (ya sea en cuenta de legítima ó mejora) del de los bienes que dexa quando muere, disminuir la expresa posterior, aunque de esta suerte se verifique que no dispone del tercio y quinto íntegros en vida y muerte, limitándole en este caso la facultad que para esto le confieren otras leyes? Tampoco. ¿Se quita algo al donatario, ó mejorado en vida para darlo á otro, ó aplicarlo á legítimas, como sucede, haciendo la cuenta del segundo modo demostrado en el n. 151? Nada, ni por consiguiente se infringe la ley 25. citada: y decir lo contrario, es nimio alucinamiento, y preocupacion. ¿Puede el testador mejorar á uno, ó á mas en vida y muerte, y entregarle toda la mejora en vida, ó solamente parte, y dexar en su poder el resto para que se le entregue despues de su muerte? No hay duda. ¿Debe observarse su

(1) Ley unica, §. Sin autem, Cod. de Caduc. tollend. ley Si serves, §. Prætor ait, ff. de Acquirend. hæredit. Authent. De non eligend. §. Cum igitur, collat. 1.

(*a*) Que son los entregados en vida á cuenta de legítima, los que tienen obligacion de colacionar los donatarios para igualarse con los que nada recibieron, que es el motivo de haberse establecido la colacion.

voluntad, no siendo opuesta á las leyes? Es constante (1). ¿Se opone á su precepto en principiar á disponer en vida de parte de la mejora, y entregarla al donatario, ó mejorado, y concluir en muerte la disposicion del resto de su importe á favor de él, ó de otro? De ningun modo, ántes bien es conforme á su permision. Pues vuelvo á preguntar, ¿si todo esto es así, á qué viene el valerse de esta ley para el presente caso? No lo alcanzo, y así saco por legítima conclusion y conseqüencia, que ninguna de las tres leyes explicadas habla ni aun remotísimamente del caso propuesto: que por esta razon no se debe contraer á él su disposicion: y que la interpretacion, que para vigorizar su dictámen, las dieron los AA. referidos en el n. 158. es pura divinacion.

158 Queda patentizado que el caso propuesto no está comprehendido en las leyes 19. 23. y 25. de Toro: resta indagar si lo estará en la 26. que es la 10. del própio tit. y lib. y si estándolo, se deberá hacer con arreglo á ella la cuenta formada en el n. 152. que se observa en la práctica. Y para proceder á esta indagacion, la inserto: *Si el padre, ó la madre en testamento, ó en otra qualquier última voluntad, ó por otro algun contrato entre vivos ficieren alguna donacion á alguno de sus hijos, ó descendientes, aunque no digan que lo mejoran en el tercio y en el quinto, entiéndase que lo mejoran en el tercio y quinto de sus bienes, y que la tal donacion se cuente en el dicho tercio y quinto de sus bienes en lo que cupiere, para que á él, ni á otro no pueda mejorar mas de lo que mas fuere el valor del dicho tercio y quinto; y si de mayor valor fuere, mandamos que vala fasta en la cuantidad del dicho tercio y quinto, y legítima de lo que debian haber de los bienes de su padre y madre, y abuelos, y no en mas.* Esta ley contiene quatro partes: La I, (suponiendo la facultad concedida por las precedentes al ascendiente legítimo para mejorar á alguno de sus descendientes) se dirige á mandar que si hiciere donacion en vida, ó legado en muerte, pues esta es donacion hecha en última disposicion segun derecho (2), se estime lo donado por mejora, aunque no lo exprese; lo qual entiendo, ya sea simplemente por mera liberalidad, ó por alguna causa, con

(1) Ley In condit. ff. de Conditionib. & demonstrationib.

(2) Leyes 6. tit. 6. y 1. tit. 9. Part. 6. y §. 1. Institut. de Legat. Ley legatum est, ff. de Legat. 1. y 2.

tal que no sea necesaria, como he sentado en el n. 98. pues la ley no distingue: bien que algunos AA. la entienden solamente de la donacion simple, y se colige de sus palabras, así como de las de la ley 29. que habla de las donaciones causales, segun expuse en el n. 97. La II, que al donatario se cuente por parte de tercio y quinto de los bienes de su ascendiente lo que éste le donó, en quanto quepa en el mismo tercio y quinto de ellos. La III, que hecha la donacion, no puede mejorar al donatario, ni á otro en mas de lo que importáren el tercio y quinto juntos con lo donado, el qual se ha de contar, é incluir en el valor de ellos. Y la IV, que si lo donado excediere al valor del tercio y quinto de los bienes del donante, valga hasta en su importe, y en el de su legítima, y no en mas.

159 Esto es lo que dispone la ley 26. de Toro. Pregunto ahora, ¿habla del caso concreto de la disputa? Sí. ¿Prohibe la computacion, y cumulacion expresadas en el n. 152? No, ántes quiere que se haga; lo uno, porque manda que se cuente al donatario por parte de tercio, y quinto de los bienes del donante lo que le donó, (que esto es computar, y cumular) para ver lo que resta de mejora, sin lo qual no se puede saber, ni igualar á todos en sus legítimas; y lo otro, porque prohibe al donante que pueda mejorar al donatario, ó á otro en mas que en el exceso de lo que contando, é incluyendo lo donado, importe la mejora de los bienes que entregó en vida, y dexa por su muerte; pues por la donacion general hecha por título lucrativo, no se entiende revocada la precedente, particular, ántes sí que esta restringe á aquella y la limita al residuo del tercio y quinto (1); y esto significan sin violencia aquellas palabras: *Y que la tal donacion se cuente en el dicho tercio, y quinto de sus bienes en lo que cupiere, para que á él, ni á otro no pueda mejorar mas de lo que mas fuere el valor del dicho tercio y quinto*:: y así se entiende, y debe entender quando principia en vida la mejora, y la concluye en muerte; porque á mas de que la ley no hace distincion de tiempos, y quando no distingue no debemos distinguir, se corrobora de sus últimos periodos, ibi: *De lo que debian haber de los bienes de su padre y madre, abuelos, y no en mas.*

(1) Cov. in Rubr. de Testam. part. 3. n. 19. Tello en la 17. de Toro n. 125. Angul. en la 9. tit. 6. glos. 10. n. 4.

Vuelvo á preguntar, ¿se debe aplicar á legítimas lo donado simplemente? No, porque esta ley manda que se estime por mejora, y de hacer lo contrario, se contraviene. ¿Tienen derecho todos los hijos á los bienes íntegros de sus padres en concepto, y con título de legítima contra su voluntad? No, porque se permite á éstos disponer del tercio á favor de algunos de ellos, y del quinto al de extraño, ó en otras cosas á su arbítro. ¿Hay alguna ley, que mande se cercene la mejora para que crezcan las legítimas, ó al contrario? No, pues todas quieren se dé á cada uno lo suyo, y á este fin fueron establecidas. ¿Se va contra lo dispuesto en alguna por aplicar al mejorado en testamento el residuo íntegro de la mejora que le corresponde, considerada ó cumulada la donacion hecha á otro en vida por parte de ella? No, ántes bien se cumple con lo preceptuado por la 26. ¿Y se gravan por esto las legítimas diminutas de los hijos? Tampoco, porque nada de su importe se les quita, pues les toca lo mismo, que si su padre en caso de no haber hecho la donacion, y de tener en su poder lo donado, mejorára solamente por testamento en el todo de sus bienes á los dos, mandando llevase cada uno lo que habiendo donacion, le toca. ¿Se debe deducir solamente la mejora de los bienes que el testador dexa, y del importe de ella sacar el de lo donado, como lo quieren los AA. contrarios á Tello? De ningun modo: Lo I, porque ninguna ley lo manda, ántes bien de la 26. se prueba lo contrario. Lo II, porque se limita al testador la facultad que otras de Toro le dan, para mejorar en vida, y muerte en el tercio, y quinto íntegros de todos sus bienes, y la que ésta le concede para hacer donacion en vida, y mejorar en muerte hasta la cantidad que (atendido, y cumulado lo donado) quepa en los del donante, y ningun Autor, ni contador tiene potestad para limitársela. Lo III, porque seria notable absurdo hacer que los bienes entregados en el concepto de mejora, mudasen el en que lo habian sido, y se aplicasen á legítimas; y clara injusticia, é iniquidad quitarlos al mejorado, que ya los poseía como dueño, por darlos á los que no lo son, ni tienen el mas leve derecho á ellos, si no excede su valor á la legítima y mejora, atendidos los del mejorante unidos con ellos. Y lo IV, porque debiendo cumplirse la voluntad de este en quanto quiso que la mejora se deduxese con consideracion á lo donado, y á los que

dexase, respecto haber principiado en vida á usar de la permision de las leyes, y concluido en muerte: no solo no se cumple, (como se debe, pudiendo, pues siendo arreglada, es ley inviolable) sino que contra ella, y contra el precepto de la ley 26. se perjudica al mejorado en testamento, lo qual es iniquo. Por cuyas razones, por no infringirse la ley 25. de Toro, respecto no quitarse al mejorado en vida cosa alguna de lo que ya es suyo, ni por consiguiente sacar de ello la mejora, como sucede haciendo la cuenta del modo explicado en el n. 151. por no prohibir esta ley, ni otra la cumulacion de lo donado en vida con lo inventariado, para hacer la computacion, y deduccion: por no venir al caso las leyes 19. 23. y 25. por no haber ley que mande se gire la cuenta, como quieren los AA. opuestos, ántes bien probarse lo contrario de la 26. de Toro, y ser esto preciso para igualar á todos en sus legítimas, por carecer de facultades el Juez, contador y AA. para limitar al testador las que le conceden las leyes, ni para perjudicar á unos herederos, por beneficiar á otros, y por todo lo demás expuesto en los precedentes nn. digo que la cuenta se debe girar en los términos explicados en el n. 152. que en la práctica de esta Corte es corriente; y de esta suerte se cumple la voluntad del donante, se observan las leyes, nada quita á los mejorados, no se defraudan las legítimas necesarias de los hijos, y se procede con justificacion, dando á cada uno lo que le toca.

160 Desentendiéndose el *Señor Castillo* de la ley 26. en quanto á su verdadera inteligencia: haciendo mérito solamente de las 19. 23. y 25. y trayendo por apoyo de su dictámen lo que dice *Tello* en la 25. con arreglo á ella, y es, que de lo entregado á cuenta de legítima, y de las precedentes dote, y donaciones colacionables no se saca la mejora; y que así no se cumulan, ni deben cumular para su deduccion; arguye de esta suerte. Lo entregado con legal permision á cuenta de la legítima, ya sea dote, ó donacion, no se cumula para la deduccion de la mejora posterior: y las dotes, y donaciones precedentes, que se colacionan, la disminuyen, por lo que solo se saca de los bienes que el testador dexa quando muere, como lo manda la ley 25. de Toro. Es así que en el presente caso precede donacion á la mejora. Luego debe disminuirla, y por

consiguiente no cumularse para su deduccion, porque versa identidad de razon, y debe obrar la misma disposicion legal.

161 Este raciocionio á que ha pretendido dar mucha fuerza es muy débil, y sin apoyo como vamos á ver.

162 Se supone falsamente que en el caso actual precede donacion colacionable, de las que habla la ley 25 de Toro: porque solo precede una donacion simple que no se debe colacionar segun la ley 26. de Toro como legítima, ni se imputa en ella por lo que se debe estimar como parte de mejora, y así no debe disminuirse la mejora posterior y debe cumularse la donacion para su deduccion.

163 Lo real y verdadero es, que así como la ley 25. manda, que de la dote, y donaciones precedentes, que se confieren para igualar á los herederos, no se deduzca la mejora posterior, porque de deducirse se disminuyen, y se quita á los colacionantes lo que mucho ántes de haber mejora, es suyo, (o se les perjudica en sus legítimas, que para el caso es lo mismo) como queda demostrado en el n. 151. por cuya razon no se deben cumular al acerbo de los bienes inventariados, sino á su residuo, despues de deducida de ellos la mejora: del mismo modo en el caso contrario mandando la 26. que la donacion simple, que no es colacionable, ni imputable parte de legítima, se estime por mejora, y que se cuente lo que en ella quepa, para que el donante no pueda mejorar al donatario, ni á otro en mas que en el exceso, como si hasta su muerte ni hiciera donacion, ni mejora: se debe agregar, y cumular al prenotado acerbo, para ver á quánto asciende el total de estas, y no gravar las legítimas, segun queda figurado en el n. 152. Me parece queda disuelto el argumento, porque es diverso el caso, y hay notable diferencia así en las leyes, como en las donaciones: en las leyes, porque la 25. habla de lo colacionable, que es lo que se da, y anticipa en cuenta de legítima para igualar en esta á todos los herederos, ya sea dote, ú otra donacion causal; y la 26. de lo que se entrega por via de mejora, y no es conferible, ni imputable en parte de legítima. En las donaciones, porque unas son colacionables como recibidas en parte de legítima, y otras simples, que se entregan, y reciben en parte de mejora, por [illegible] no se colacionan, ni imputan en cuenta de legítima [illegible] sobre su importe para ver si cabe o no

en lo de que está permitido testar al mejorante, y nō para otro efecto; y por la razon porque las colacionables se cumulan á los bienes que se deben partir entre todos los herederos como legítima para que se igualen, y no sean perjudicados en ella; por la misma las que no lo son, y se entregan como parte de mejora, se deben cumular á los de que se ha de deducir el total de esta, y contemplarse como si existieran entre los hereditarios, para que no sea excesiva, ni las legítimas se disminuyan, como sucede, haciendo la cuenta del primer modo explicado en el n. 150. ni tampoco dexe de cumplirse en todo la voluntad del mejorante, que quiso usar, y usó en vida, y muerte (como pudo) de la permision de las leyes. Desvanecido el sofisma de este argumento, y la equivocada inteligencia, é interpretacion dada por los AA. contrarios á las leyes 19. 23. y 25. de Toro, me parece queda respondido á todo quanto agloméran en corroboracion de su opinion, por ser desatendible como sumamente débil, é inconducente, y no venir al caso, y así omito satisfacer á ello, porque vencido lo mas, lo está lo ménos (1) y quando consta la verdad, debe prevalecer la razon á toda opinion, aunque sea comun (2).

164 Si el padre por contrato oneroso, v. gr. casamiento, ó por el irrevocable, aunque no sea oneroso, mejoró expresa, é indistintamente á un hijo en el tercio de todos sus bienes, y á cuenta de la mejora le entregó parte de ellos: ó si le hizo donacion *propter nuptias*, ú otra con causa, que es conferible, y despues por última voluntad le mejoró en dicho tercio, ¿para la deduccion de la mejora se deberá, ó no hacer la cumulacion verbal, y numérica de lo entregado al hijo en vida; ó se ha de sacar solamente de los bienes que el testador dexa por su muerte, y luego unir el residuo con lo entregado para dividirlo todo igualmente entre todos los herederos como legítima? Esta dificultad la toca el Señor Castillo (3) como caso ocurrido en la misma Real Audiencia, la qual expone lo resolvió como el anterior, y defiende vigorosamente su decision,

(1) Arg. text. ex leg. 2. ff. de Usufruct. Roxas Almans. de Incompatib. disp. 1. q. 3. n. 4. al fin. (2) Ley 1. §. Si dos, ff. de Impens. in reb. dotal. fact. ley Nemo, ff. de Sentent. & interlocut. omn. judic. y cap. Capellanus de Feriis. Parlad. lib. 1. c. 7. n. 27. (3) Cap. cit. n. 59. y sig. y en el lib. 5. num. 70.

siguiendo el própio rumbo, fundándose en las leyes 19. y 22. y mucho mas en la generalidad de la 25. que prohibe se saque mejora de las dote, y donaciones que se traen á colacion y particion.

165 Bien sé que la ley que habla generalmente, generalmente se debe entender (1); pero no ignoro que quando por otras se establece otra cosa, se debe distinguir, y declarar segun ellas (2): y que si en algo aparecen contrarias, se deben concordar, y evitar su correccion (3): teniendo presente tambien el órden de las palabras, del qual es legítimo el argumento (4), quando no se opone á la voluntad expresa de los contrayentes, ni á la disposicion legal, pues si se opone, no se debe atender á él, sino á estas (5); por lo que incluyendo, como incluye la dificultad propuesta dos casos distintos, se deberán resolver de diverso modo, y no confundirse uno con otro. Digo pues en quanto al I, que el ser un hijo solo, ó dos los mejorados, no muda el espíritu de las leyes, ni la substancia de la disposicion, y mucho ménos versando para su resolucion, y decision no solo iguales razones, ó las mismas, sino otra superior, que es el ser mejora expresa (de que no se puede dudar) con tradicion, ó entrega de parte de ella al mejorado en cuenta del total que le puede caber en vida y muerte. Es así que quando es tácita, porque la finge la ley, se deben hacer la cumulacion y computacion referidas. Luego siendo expresa, y como tal no colacionables como parte de legítima, sino de mejora, con mayoría de razon se deberá cumular, porque cesa toda duda, y está clara la voluntad del mejorante, que principió en vida, como pudo, á poner en execucion la mejora con tradicion de parte de los bienes que la habian de componer, para que se concluya en muerte su entrega con lo que le falte, como si nada estuviera entregado: y no hay razon para que los entregados en este concepto mu-

(1) Ley De pretio, ff. de Publician. (2) Ley Filius familias, ff de Obligation. & action. ley 1. ff. ad Macedonian, ley Juris gentium, §. Si paciscar, ff. de Pact. y ley Transigere, & ibi glos. Cod. de Transaction.

(3) Ley Sed, & posteriores, ff. de Legib. y ley Præcipimus, Cod. de Appellat. Barbos. axiom 60. (4) Ley Quotiens 34. ff. de Usufruct. & quemadmodum, & ibi glos. y ley Generaliter 24 § 17. ff. de Fideicom. libert.

(5) Ley Nec enim 6. ff. de Solutionib. & ibi glos.

den el de aquel en que lo fueron, y se unan á los que se han de dividir como legítima, ni ley alguna lo preceptúa, porque no son colacionables como las dotes y donaciones causales: ni para que á este efecto se quiten al que los tiene ya como suyos, pues esto sería clara injusticia. Á mas de que la entrega de parte de la mejora es donacion exênta expresamente de colacionarse como legítima, y la ley 26. incluye este caso en quanto dice: *P ra que á él, ni á otro no pueda mejorar mas, &c.* y así se debe practicar lo própio que en el precedente. Por lo que en uno, y otro concluyo, diciendo de Escobar, y sus sequaces que se han apartado mucho de la verdad, pues la verdad es lo que Gomez, Tello y demás referidos siguen, bien que sin exponer los fundamentos de su opinion para enervar, y destruir la contraria. Y lo mismo digo en el caso propuesto al fin del n. 153. que trae *Escobar* al n. 10. de su computacion primera.

166 Pero para hacer esta deduccion es de advertir, que respecto no haber mejora de quinto, se separarán previamente hasta en el importe de este, y no mas de los bienes que el testador dexe, y no de los entregados á cuenta del tercio, los gastos de su funeral, misas, entierro, legados y todo lo demás, que segun la ley 30. de Toro corresponde deducir de él: y de lo que reste se harán la cumulacion, y computacion, porque por el hecho de no haberlo mejorado en él, es visto haberlo reservado para disponer á su arbítrio de lo que importase; y separado que sea lo que se deduzca, si queda algo del quinto, se une al resto de los bienes inventariados, como que son de la herencia, los dexó el difunto, y mejoró en el tercio de todos: y junto todo con lo recibido á cuenta de este, se ve si el mejorado tiene, ó no que tomar por su mejora, y si no le cabe todo en ella, que reciba el exceso en cuenta de legítima: y si nada sobra del quinto, tenga paciencia; y esta diferencia de que no se acordó el *Señor Castillo*, es la única que hay de este caso al anterior, porque no hay mejora de quinto. Previniendo que si el testador hizo donacion simple á un hijo en vida, y despues por última disposicion le mejoró, y á otro en el tercio de sus bienes, partirán ámbos igualmente el total de la mejora recibiendo en cuenta el donatario lo que en vida percibió; excepto que el mejorante mande que dividan con igualdad el

importe de la mejora de los bienes que dexe, y que el donatario lleve además lo que le ha donado, pues entónces percibirá esto mas que el otro de ella.

167 Por lo concerniente al II caso, que es, quando el testador hizo donacion *propter nuptias*, ú otra conferible al hijo, y se le agregó, y despues le mejoró en el tercio, se girará de otra suerte; y así se deducirá únicamente la mejora de los bienes, que por muerte del testador se encuentren, sin cumular con ellos para su deduccion la precedente donacion causal que hizo, y entregó al mejorado: Lo I, porque ésta se dió, y anticipó en cuenta de legítima, y como tal es conferible para la igualdad: por lo que se debe unir solamente al acerbo destinado para legítimas, por ser de una misma clase, y naturaleza, y no deberse unir, ni aplicar á un fin lo que se dió para otro. Y lo II, porque de no practicarse así, se infringe la ley 25. de Toro que prohibe sacar el tercio, y quinto de las donaciones precedentes, que traen á colacion, y particion, para que no sean defraudados los donatarios en sus legítimas: solo en quanto al quinto se observará lo explicado en el número inmediato, así por lo respectivo á su deduccion, como á lo que de él se debe baxar, y demás expuesto: y en este caso dice bien el *Señor Castillo*, aunque ni en uno, ni otro toca cosa alguna acerca del quinto.

168 Si el padre teniendo v. g. quatro hijos, entrega á cada uno por via de dote, ó donacion *propter nuptias* su legítima corta en el concepto, y con expresion de tal, quedándose solamente con tercio, y quinto de los bienes que á la sazon posee: y despues mejora al uño de ellos, y no dexa, ni al tiempo de su muerte se encuentran mas bienes que los con que se quedó; parece que la mejora se deberá deducir solamente de éstos, y que por consiguiente no se hará computacion ni se unirán las legítimas entregadas para el giro de la cuenta, porque la mejora no se debe sacar de las dotes, y donaciones que se traen á colacion, y particion.

169 No obstante se debe distinguir: si el padre al tiempo de su tradicion expresó que se quedaba con el tercio, y quinto para disponer de ellos íntegramente con arreglo á derecho, y que los hijos habian de colacionar sus legítimas, y cumularse á efecto de deducirlos, del mismo modo que si no

se las hubiera entregado, se cumularán, y sacará de ellas el tercio, y quinto, porque con este concepto las recibieron. Mas si faltó la expresion referida, no; porque ya son suyas, y el padre no puede mejorar en los bienes agenos, por prohibirlo la ley 25. de Toro; y así sin embargo de que por la colacion se constituyen como de la herencia, esto es para la igualdad, y no para deducir de ellas tercio, ni quinto, y que con su cumulacion sea mayor la mejora; por lo que el mejorado llevará el tercio, y remanente del quinto del mismo tercio, y quinto con que su padre se quedó, y el resto se dividirá igualmente entre todos.

170 Legando el ascendiente en última voluntad á un hijo, ó á descendiente, ó á extraño el quinto de sus bienes, ó disponiendo de él á favor de su alma, ¿ se deberá deducir solamente de los que se encuentran en su herencia quando muere, ó tambien de los que colacionan los hijos, por habérselos dado en vida? Y parece que de todos se deberá deducir: Lo I, porque debiéndose mezclar éstos con ellos para igualarse los herederos (1), y reputándose unos mismos, porque constituyen una herencia, es consiguiente que de todos se deduzca como de patrimonio del difunto. Lo II, porque aunque los hijos sean instituidos con desigualdad en el testamento, de modo que el padre dexe mas á uno que á otro; aquel hijo, que en vida recibió algo de su padre, está obligado á colacionarlo (2). Luego es claro que si el padre dexa el quinto, debe ser aumentado, y deducido de lo que el otro hijo trae á colacion. Lo III, porque por el hecho de conferirse las dotes, y bienes donados, se confunden, y hacen de la herencia, del mismo modo que los que en ella se encuentran (3). Luego de los conferidos se ha de deducir igualmente que de los hereditarios, porque se contemplan tambien hereditarios; y á no ser así, se coartaria indirectamente á los padres la libre, y ámplia potestad que la ley les concede para testar del quinto, la que no se les debe restringir. Lo IV, porque el precepto de que se colacio-

(1) Ley Illam 19. Cod. de Collationib. (2) Roman. y Fulgos. en la ley Si emancipati n. 9. Cod. de Collationib. & ibi Alex. al fin, Cut n. 6. y Cora. n. 14. Decio en la Authent. Ex testamento, quæst. ult. Cod. eod. tit. Gom. en la 29. de Toro, n. 5. (3) Ley 3. §. 1. ff. de Collation. bonor. y ley Si soror, Cod. de Collationib.

nen las dotes, y donaciones á la herencia del que las dió, ó hizo, no se limita á un solo efecto, ántes bien habla simple, general ó indistintamente, confundidos ya, y mezclados los bienes colacionados con los hereditarios. Luego no deben separarse unos de otros para la deduccion del quinto, sino hacerse ésta de todos; pues si otra cosa quisiera, el testador la hubiera expresado. Y lo V, porque quando los padres dotan, ó hacen donaciones á sus hijos, ó hijas sin expresar cosa alguna, es con la tácita condicion de que las colacionen, y traigan a la herencia que dexen, pues la ley con su precepto suple la falta de manifestacion de su voluntad: y la colacion se hace para que lo colacionado se divida, y los herederos sean igualados; y si de las dotes, y donaciones no se pudiese deducir, hubiera sido superfluo el establecimento de la ley 25. de Toro en contrario en quanto al tercio, y quinto, quando son mejora. Luego quando éste no lo es, se debe deducir de todos.

171 Sin embargo de todo lo expuesto, digo que el quinto ya lo dexe el testador á un hijo como mejora, ó legado, ó á extraño, ó disponga de él en otras cosas, debe deducirse únicamente de los bienes que tiene quando muere, y no de los colacionados (1). Lo I, porque por lo mismo que los dió, y el donatario, ó dotada los recibió, salieron de su dominio, y patromonio, y pasaron al de éstos; por lo que se debe entender que legó de otros, que de los que tenia al tiempo de su muerte como suyos (2). Lo II, porque jamás se presume que ninguno dispone de lo ageno, sino de lo propio, porque no puede (3): y si legase el quinto de lo ya donado, testaria de lo que no es suyo, y está en poder de su dueño (4). Lo III, porque la colacion inducida, y preceptuada por derecho es únicamente para igualar á los hijos, y que no sean perjudicados en su legítimo haber (5): y si de los bienes colacionados se de-

(1) Tello en la ley 23. de Toro n. 2. vers Unde teneo. Matienz. en la 7. tit. 6. lib. 5. glos 2. n. 3. Angul. en ella glos. 2. n. 6. y en la 9. glos. 1. n. 8. Cast. lib. 4. Controvers. y cap. 16 dichos, n. 52. y cap. 36. n. 65. Herm. en dicha ley 3. tit. 4. Part. 5 glos 6. n. 84. Valasc. de Partit. c. 19. n. 6. al 17. (2) Ley 3. § Sed utrum al fin, ff. de Minorib. ley 1. §. ultim. y ley final, ff. de Dotis collation. Ganom decis. 309. n. 10.

(3) Ley Confidentur, §. Si post factum, ff. de Jure codicillor. Authent. Ingressi, Cod. de Sacros. Eccl. (4) Ley Doce ancillam, Cod. de Rei vind. y ley In rebus 30. Cod. de Jure dotium. (5) Ley Ut liberis, Cod. de Collat.

traxese el quinto, resultaria desigualdad, porque se les desfalcaba; pues lo que se establece para un efecto, no debe producir otro contrario (1). Lo IV, porque aunque se legue el quinto á un hijo, respecto no ser legítima á que tenga derecho, es lo mismo para el caso que si se legára á extraño, con el qual no ha lugar la colacion (2). Lo V, porque el quinto es quota de bienes como la legítima, para la qual se debe atender al tiempo de la muerte, como he sentado en el n. 120; por lo que se debe tener igual atencion para él. Y lo VI, porque para que se haga el cómputo de los colacionados, no milita la razon que quando se hace donacion simple, pues ésta se entiende parte de mejora, y en el exceso de legítima, y por éste es colacionable; y no siéndolo el quinto, ni teniendo accion á él ningun hijo, cesa el motivo de hacer la colacion. A mas de que respecto sabía, ó debia saber el testador quando hizo la donacion, que su única hacienda era el quinto, y que por consiguiente la quinta parte de lo donado era suya, y no obstante la donó, es visto haber querido por lo mismo que el donatario la llevase, y reservado únicamente para testar el quinto de los bienes que se hallasen quando falleciese; por lo que los colacionados se entenderán entregados á los colacionantes por via, y en parte de legítima ó mejora, segun sean, hayan intervenido, ó no las causas para su donacion. Lo qual entiendo, excepto que al tiempo de dar la dote, ó hacer la donacion, exprese, y conste en ellas que las han de colacionar, y computar, para de todo el cúmulo sacar el quinto, y disponer de él á su arbítrio; pues en este caso habrá lugar la computacion, y deduccion de su importe, igualmente que de los bienes inventariados por su muerte, como en quanto á la mejora sentè en el n. 168. por la razon allí expuesta.

172 Evaquado el primer particular de este párrafo, resta explicar el segundo, que es: si en la computacion para deducir la mejora de tercio y quinto, se ha de incluir, ó no la quarta marital que el derecho concede á la viuda. La palabra *viuda* segun su lata significacion denota, y se toma por la mu-

(1) Ley Legata inutiliter, ff. de Adimend. legat.
(2) Ley A patre, Cod. de Collationib. ibi. Extero jure.

ger que vivió sola, y nunca tuvo compañía de varon (1): y segun el uso legal, y atendida la general costumbre, se entiende y llama así la que tuvo varon por marido, el qual despues de haberla conocido carnalmente, se murió (2). Y que la viudedad en las mugeres que conservan castidad, produce á su favor varios efectos: el I, que la viuda no es ménos estimada que la vírgen, ni está distante de ésta (3). El II, que está reputada por mas liberal que las otras mugeres (4). El III, que es una verdadera, y viva imágen de su marido (5), y se entiende permanecer en el mismo matrimonio en quanto á lo favorable, mas no á lo adverso (6). El IV, que goza de los rayos de honor, y nobleza de su marido (7). y de los títulos y dignidades que éste gozaba, y usaba (8). El V, que se titula de la familia de su marido (9), y se reputa de su domicilio (10). El VI, que exerce y la compete su fuero (11), y usa de los mismos privilegios que su difunto usaba (12). El VII, que en todo y por todo debe ser honrada, y respetada del própio modo que si su marido viviera (13). El VIII, que su testimonio, ó deposicion prevalece al de otras mugeres (14). El IX, que si se vuelve á casar, necesita mas dote que la doncella (15), porque la virginidad se estima parte de dote (16). El X, que para mantenerse no necesita tanto luxo co-

(1) Ley Malum 242. §. Viduam, ff. de Verbor. significatien. Petr. Gregor. Syntagm. jur. lib. 9. cap. 20. n. 11. Carlev. de judic. tit. 1. disp. 2 lib. 1. n. 533. (2) Cap. Viduam 16. distinct. 34. part. 1. ley Malum cit. Bersan. de Viduis cap. 1. quæst. 1. (3) Authent. de non eligend. secundo nubent. §. Cum igitur. Petr. Gregor. dicho lib. 9. cap. 26. n. 42. Velasc. de privileg. miserab. personar. quæst. 3. n. 203 y 235. (4) Bernard. in commentar. histor. Evangel. lib. 8. cap. 30. litter. A. Velasc. dicho n. 235.

(5) Ursel. conclus. forens. 81. n. 6. Velasc. ibi n. 208. (6) Ley filii, §. Vidua, ff. ad municip. ley unic. §. Exactio, Cod. de Rei uxoriæ action. y ley fin. Cod. de bon. matern. Valenzuel. Consil. 80. n. 9. vol. 1. (7) Fontanel. de pact. nupt. claus. 7. glos. 3. part 15. n. 46. Otalor. de nobilit. part. 5. cap. 8. Tiraquel. de nobilit. cap. 18. n. 5. y 13. (8) Barbos. in Clementin. Romani, n. 20. de election. & electi potestat. Petr. Greg. ibi cap. 26. n. 10.

(9) Lorenzo de Silva, consil. 2. n. 35. (10) Ley Filii 22. y §. Vidua cit. & ibi glos. ley Quoties, Cod. de privileg. scholar. lib. 12. Medic. in tract. Mors omnia solvit, part. 3. n. 101. y 102. (11) Velasc. ibi n. 207.

(12) Fermosin. in cap. Ex tenore 11. quæst. 5. n. 2. y sig. de foro compet. Ciriac. controvers. 273. n. 42. Silva ibi. (13) Cloch. de contribut. c. 15. n. 57 Gallia ad consuetudin. Alexandriæ in verb. viginti, n. 150.

(14) Velasc. ibi, n. 233. (15) Mantic. de tacit. lib. 12. tit. 21. n. 21. Card. de Luc. de dote, disc. 144. n. 45. (16) Hodiern. in leg Hac editali,

no quando estaba casada, sin que por no gastarlo, decaiga ni se le disminuya su decoro, honor y estimacion, ni la de su difunto marido (1). Y el XI, que aunque por derecho antiguo no se incluia el matrimonio entre los modos de salir de la patria potestad los hijos (2); pero por el nuestro posterior se numéra entre ellos, y así una vez casada, y tambien velada sale de ella, y se tiene por emancipada en todas las cosas para siempre (3), y despues no vuelve al poder de su padre aunque quede viuda, porque el que una vez se exîme de su dominio, no reincide en él (4), no obstante que cese la causa porque se exîmió (5).

173 Debo sentar igualmente que las viudas miéntras conservan castidad, retienen los privilegios de dignidad y nobleza que competian á sus maridos estando vivos (6): gozan de los concedidos á los pupilos (7): deben ser admitidas á los que se distribuyen á las vírgenes, porque están próximas á ellas, como queda expuesto (8): usan del de restitucion por entero en quanto tales como personas miserables, y no como menores (9): no se debe demoler su casa, aunque en ella se haya fabricado moneda falsa (10): deben determinarse sus causas sin estrépito, ni figura de juicio, porque se reputan entre las sumarias y pías: pueden ya sean actoras, ó demandadas, pretender que las avoque á sí el Soberano (11): y se deben juzgar con equidad y misericordia (12).

174 Esto supuesto digo, que movidos á piedad los Legis-

cap. 26. n. 44. y 61. Bersan. de Viduis, cap. 1. quæst. 4. per tot.

(1) Fontanel. de pact. nuptial. claus. 5. glos. 8. part. 8. n. 15.

(2) Tit. 17. Part. 4. §. 1. y todo el tit. Instrut. Quibus mod. jus patriæ potestatis solvitur. Ley Filiæ licet, Cod. de Collation. ley Si uxor. Cod. de Condition. in sert. ley 4. ff. de his qui sunt sui, vel alieni jur.

(3) Ley 47. de Toro. (4) Ley Qui liberatus, ff. de adoptionib.

(5) Glos. in Auth. Constitutio quæ de dignitatibus, verb. generaliter, collat. 6 & in leg. fin. Cod. de Consul. lib. 12. (6) Ley Filii, §. Vidua cit. y leyes Fœminæ 8. y ultim. ff. de Senatorib. (7) Franch. decis. 553.

(8) Petr. Greg. in Syntagm. jur. lib. 9. cap. 26. n. 42. Alberic. in suo dictionar. verb. Vidua. (9) Odd de Restitut. in integr. part. 1. quæst. 10. artic. 6. n. 34. Bersan. de Viduis, cap. 1. quæst. 11. (10) Ley 2. Cod. de Fals. monet. (11) Carl. de jud. lib. 1. tit. 1. disp. 2. n. 533. Scac. de appellation. lib. 3. cap. 2. quæst. 7. n. 114. Bersan. cap. 1. quæst. 10.

(12) Deuteronom. 27. n. 19. Exod. 22. Jerem. cap. 22. n. 3. Ecclesiast. cap. 4. n. 10. Premedite el lector este n. 178.

ladores, considerando la miseria, y desamparo de la viuda honesta: y queriendo mitigarla su dolor, animarla á que viviese castamente, y evitar que por la indigencia se prostituyese en oprobio y desdoro suyo, y de su difunto marido, aunque no la concedieron alimentos, ni gravaron á los herederos de éste con la obligacion de dárselos de sus bienes, (por lo que ninguna ley preceptúa que se la subministren, excepto que se los legue su marido, ó quede preñada, ó miéntras la restituyen su dote) dispusieron justamente que si quedase tan pobre al tiempo de la muerte de su marido, que no tuviese bienes própios con que alimentarse, ni éste la dexase con que vivir segun su calidad: y sus hijos eran ricos por haber heredado mucha hacienda de su padre pudiese llevar la quarta parte de sus bienes, con tal que no excediese de cien libras de oro, como lo dice la ley 7. tit. 13. Part. 6. La concesion de esta ley parece se funda en la riqueza del marido, en la pobreza de su muger, y en la obligacion de sus hijos á alimentarla para que viva con el honor que corresponde, quando su marido no la dexó con que vivir honesta y decentemente segun su calidad; y así para que haya lugar, concibo se requieren copulativamente dos cosas: La I, que el marido sea rico, y por consiguiente que su herencia produzca á sus descendientes lo suficiente para alimentarse con moderada decencia: Y lo II, que su viuda sea pobre, y él no la haya dexado lo competente para su cóngrua sustentacion; y que faltando alguno de estos dos extremos, no habrá lugar (1). Previniendo que cada una de estas libras hace setenta y dos castellanos, ó sueldos de oro, y cada uno de estos valia 485 maravedís de los presentes (2).

175 Corresponde á la viuda pobre la quarta marital, aunque con su trabajo pueda alimentarse, porque se la concede en honor, y por consuelo del matrimonio perdido, para que conserve casta viudedad, y su trabajo no es seguro; y aunque despues adquiera bienes de otra parte, no por eso la perderá, porque se atiende al tiempo de la muerte de su marido, y no al ulterior por ser este eventual (3): y asimismo la corresponde, sin embargo de que

(1) Bersan. de Viduis, cap. 2. quæst. 2. n. 2. al 5. (2) Escobar de Ratiociniis cap. 1. n. 16. y 17. y comput. 25. (3) Decio in Authent. Præterea

la legue el quinto : mande que se contente con él: y la prohiba pedir mas, si éste, ú otro legado que la haga, no es suficiente para sus honestos, y decentes alimentos, porque es débito contraido al tiempo que se casó sin dote, y como tal necesario; y así la ha de llevar en dicho caso (1). Pero dexándola el usufructo de sus bienes, ó legado competente para mantenerse, no tiene derecho á ella, porque cesa el motivo de su concesion, que son la necesidad, y los alimentos (2).

176 Esta quarta parte se entendia por derecho romano quando los hijos eran tres ó ménos, pues si eran mas, no la llevaba íntegra la viuda, y solamente se igualaba á los hijos partiendo entre todos la herencia, ya estos fuesen procreados por ámbos, ó habidos por el marido en otro matrimonio (3); pero que la ley de Partida no distingue, por lo que parece no debemos distinguir, ya sean tres ó mas (4).

177 Si la viuda se vuelve á casar dentro, ó fuera del año, está obligada á reservar á los hijos la propiedad de la quarta, y así gozará solamente de su usufructo mientras viva; pero no habiéndolos, la hace suya (5). Y si durante su viudedad vive deshonestamente, la pierde, y debe restituirla á los hijos (6), al modo que el lecho quotidiano, los gananciales, y lo que el marido la lega, é incurre en otras penas (7).

178 Supuesto como indubitado, lo explicado, digo que para la deduccion del tercio, y quinto no se ha de computar esta quarta marital, ántes bien como deuda legal, y necesaria contra los bienes del marido, se debe baxar de éstos primero que se haga la deduccion de la mejora, segun se practica con las demás deudas que dexa quando fallece, porque no es donacion que hace á su muger, sino débito que contrae á su fa-

col. fin. vers. Ex prædictis, y consil. 24. Greg. Lop. en la ley 7. tit. 13. Part. 6. glos. 6. Siguenz. de Claus. lib. 2. cap. 11. §. 24. n. 191.

(1) Greg. ibi glos. 5. y 9. Tello en la ley 9. de Toro n. 31. y 32. Angul. en la 9. tit. 6. lib. 5. glos. 2. n. 17. y 18. (2) Greg. ibi glos. 4.

(3) Authent. Præterea, Cod. und. vir et uxor. (4) Escob. comp. 3. n. fin. Bartol. Bersan. de Viduis, cap. 2. q. 2. (5) Acev. en la ley 4. tit. 1. n. 17. lib. 5. Rec. Siguenz. ibi n. 194. Angul. en la ley 9. cit. glos. dicha n. 13. y 14. Authent. cit. véase fol. 109. §. 9. part. 1. cap. 1. y fol. 237. cap. 3. (6) Palac. Rub. in Repetit. cap. Per vestras in Rubr. col. 372. al fin. Siguenz. ibi n. 193. (7) Leon de privileg. pauper. part. 2. privileg. 69. n. 15. Gracian. discept. forens. cap. 120. n. 71. Bersan. cap. 3. de viduis, quæst. 18. per tot. y otros que cita.

vor en fuerza de la concesion legal por el hecho de casarse con ella siendo pobre, á cuyo importe adquiere derecho la muger en caso que no la asigne lo suficiente para sus decentes alimentos mientras subsista (1). Lo qual se debe observar sin disputa quando se contraxo ántes de hacer la mejora.

179 Y si el marido mejoró irrevocablemente á un hijo de su anterior matrimonio ántes de casarse segunda vez, parece que se computará la quarta para deducir la mejora, y que despues de deducida ésta se sacará aquella del residuo, porque el mejorado ya tenia adquirido derecho á la mejora del total de los bienes de su padre quando se volvió á casar, y la viuda pobre no revoca las donaciones anteriormente hechas (2).

180 Pero no obstante, no la disminuirá, porque aunque la donacion sea irrevocable, sirve solamente su irrevocabilidad para que el hijo no dexe ya de ser mejorado ni de percibir la mejora quando fallezca su padre; mas no para disminuir la quarta, porque ésta es débito necesario contraido ántes de su muerte, y aquella se ha de graduar atendidos los bienes efectivos, y própios del testador al tiempo que fallece; y como entónces ya está contraido el débito de la quarta, y su importe como débito legal no es suyo, sino de su viuda, por eso se debe sacar ántes que la mejora, ya sea hecha á hijo del anterior matrimonio, ó del mismo (3).

181 Lo qual entiendo quando no intervino tradicion de parte de la mejora al mejorado ántes de casarse el mejorante, pues si la hubo, no se cumulará, ni computará su importe, respecto á que quando se contraxo el débito, ya era dueño el mejorado de lo que se le habia donado, y no pudo estar obligado á las deudas del mejorante; por lo que se sacará únicamente la quarta de los bienes que el testador tenga al tiempo de su muerte, y no de los que al de contraer matrimonio ya no eran suyos. En quanto á si compete, ó no al marido pobre la quarta, véase lo explicado en mi primera parte cap. 1.

(1) Tello en la ley 25. de Toro n. fin. vers. Pro complemento. Segur. in Repetit. leg. Cohæredi, §. Cum filiæ, fol. 30. col. 3. y 4. Gom. Arias en la 32. de Toro, n. 19. al fin. (2) Corn. consil. 178. vol. 2. Socin consil. 108. vol. 1. Greg. Lop. ibi glos. 9. (3) Angul. en dicha ley 9. glos. 2. n. 9. al 11. Escobar, comput. 1. n. 14. y 15.

n. 182. y 183. Por lo concerniente a si sucediendo este en ella, estará, ó no obligado á satisfacer los gastos funerarios de su muger de lo que importe, ó se ha de deducir primero la quarta para él y luego el quinto, y de éste pagarse aunque hay variedad de opiniones (1) creo que primero se ha de sacar la quarta, que el quinto, por ser deuda, y cosa agena Y por lo tocante á si la quarta marital se debe, ó no deducir de los bienes confiscados al marido mi dictámen es que si, (2) porque es deuda contra ellos (*a*).

(1) Angul. ley 13. glos. 3. n. 30. al 34. y á Castillo.

(2) Antunez Portugal de Donat. reg. lib. 3. cap. 26. n. 11. al 16. La doctrina tocante á los privilegios y penas de las viudas, véase en Bartolomé Bersano. Vease en la part. 1. arriba citada n. 177.

(*a*) En el §. 6. del prologo al Editor desde el fol. 57. al 68. inclusive, se manifiesta la operacion que hizo el Señor Gutiertez para reducir á cinco tomos los siete del original, y no obstante que al principio del §. 2. de este cap. se anoto la supresion que executó de la mitad de la doctrina del n. 37. no puede pasarse en silencio lo que cercenó ó mutiló en este §. 4.; nueve fojas solas comprehende este en su obra, siendo asi que el Autor tiene algo mas de veinte y tres; ¿podrá negarse que no solo le conviene el título de *reformador* sino el de *destruidor* de la obra? es notorio; el que hubiese notado quanto hubiese creido servia de mas claridad á las materias, como en muchas partes bien ó mal lo ha practicado; pero porque quiero, y sin dar la razon en que estriba, o se afianza para una omision ó supresion tan considerable, fué una accion que con desprecio del autor, de los censores, de los textos y AA. que se citan, considero dicho reformador, era inutil quanto comprehendian las doce fojas suprimidas; debiendo saber que, aunque asi fuese se niega, como que todo es concerniente á la materia de dicho §., y como dice Seneca, *lib. 5. de benefic. cap.* 1. citado *por Arnoldo Vinio al* §. 1. *de testam. ord.* "que aun aquello que parece escusado tener en la memoria, es util no ignorarlo," era suficiente dexase correr la obra como el autor la extendio, sin haber cercenado, no doce fojas en un solo §., pero ni una palabra substancial; pues suelen ser diversos los conceptos, y el modo de explicarse; podia haber reparado que en los infinitos AA. á quienes para mas claridad, manifestar diversas especies, o si hay en sus doctrinas alguna equivocacion involuntaria anotarlas, se ponen algunas advertencias (separadas, que es lo mas regular, ó á continuacion), serán pocos ó ninguno los que se encuentren, desfigurando en lo mas minimo el texto del autor, quanto menos detrayendo mucha parte de sus doctrinas! De consiguiente, si asi lo hubiera reparado, se cree firmemente que con semejantes reglas se hubiera abstenido de intentar deslucir al autor.

CAPITULO IV.

DE LA SUCESION POR TESTAMENTO DE LOS ascendientes á sus legítimos descendientes.

§. I.

Si los ascendientes sucederán ó no por testamento á sus descendientes legítimos en todos sus bienes; y si entre ellos habrá, ó no lugar la colacion.

1 Así como por todos derechos son herederos forzosos de los ascendientes sus descendientes legítimos; así tambien por el positivo solamente, por conmiseracion, y para consuelo de los hijos muertos lo son aquellos de éstos por testamento (1); de modo que no interviniendo, y probándose algunas de las ocho causas legales que expliqué en el cap. 1. de mi primera parte n. 62. y 145. no pueden exheredarlos; pues por derecho hereditario deben ser instruidos, y sucederles en todos sus bienes libres, y partibles de qualquiera calidad que sean, sin excepcion de adventicios, profecticios, castrenses, ni casi castrenses, no teniendo hijos, ú otros legítimos descendientes, ó que hayan derecho de les heredar, los referidos descendientes difuntos, segun se prueba de la ley 6. de Toro, que es la 1. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec. que en su primera parte dice: *Los ascendientes legítimos por su órden, y línea derecha sucedan ex testamento, ó abintestato á sus descendientes, y les sean legítimos herederos, como lo son los descendientes á ellos en todos sus bienes de qualquier calidad que sean, en caso que los dichos descendientes no tengan hijos, ó descendientes legítimos, ó que hayan derecho de los heredar.* Y lo próprio milita, ya sean, ó no ganados por razon de Dignidad, Beneficio ó renta eclesiástica, pues sucederán en ellos igualmente, por estár mandado se observe la costumbre que hay en estos Reynos de Castilla de suceder en ellos por testamento, y

(1) Ley Nam, & si parentibus, Cod. de Inoffic. testam. & ibi Barbos. Authent. de Hæredibus, & falcidia §. 1. collat. 1. y Authent. Ut cum de Appellation. §. Illud quoque capitulum, collat. 8. Gutierr. de Donis, lib. 3. cap. 1. n. 2. Gom. lib. 1. Var. cap. 4. n. 7. vers. Nec obstant.

abintestato, como en los patrimoniales, segun lo ordena la ley 12. del mismo tit. y lib. que dice: *Por quanto en estos Reynos hay costumbre muy antigua que en los bienes que los Clérigos de Orden Sacro dexaren al tiempo de su muerte, aunque sean adquiridos por razon de alguna Iglesia, ó Iglesias, ó Beneficios ó rentas eclesiásticas, se suceda en ellos ex testamento, y abintestato como en los otros bienes que los dichos Clérigos tuvieren por patrimoniales habidos por herencia, ó donacion, ó por manda, mandamos que se guarde la dicha costumbre.*

2 En esta sucesion no se debe hacer distincion, ni separacion de bienes entre los ascendientes. Quiero decir, los bienes que el hijo, ó descendiente hubo, y heredó de su padre, y abuelo paterno, ó por su causa, y atencion, vuelvan al padre, ó ascendiente por la línea paterna, y los que adquirió de su madre, y abuela materna, ó por su respecto, á los de esta línea: sino que ya los haya adquirido por una sola, ó por ámbas, se deben dividir con igualdad entre los ascendientes (1): y solo se debe mirar á que se hallen con igual grado, y este sea el mas cercano; pues aunque haya muchos de varios grados, v. g. abuelos, visabuelos, si hay otro, ó mas en grado inmediato, v. g. padre y madre, ó padre ó madre solamente, no heredarán los remotos, sino el inmediato, ó inmediatos iguales en grado (que son el padre ó madre) al descendiente: porque en las sucesiones ya sean por testamento, ó abintestato, se entiende á la prerrogativa del grado y proximidad del parentesco (2), y no á otra cosa.

3 No solo sucederán los ascendientes á sus legítimos descendientes careciendo estos de hijos, ú otros descendientes legítimos, sino aunque los tengan, si con causa legal probada los exherederan, é instituyen á un extraño por su heredero, pues en este caso los ascendientes como preteridos pueden romper el testamento, quejándose de la pretericion, y pretendiendo se les declare por herederos, y excluya al extraño instituido, y lo conseguirán, y entrarán en la herencia (3); bien

(1) Matienz. en la ley 1. tit. 8. lib. 5. Rec. glos. 3. n. 7. y glos. 5. n. 1. Gom. en la ley 6. de Toro, n. 8. vers. Sed his non obstantibus. Greg. Lop. en la ley 4. tit. 13. Part. 6. glos. 2. Avendañ. en dicha ley 6. de Toro, glos. 6. n. fin. (2) Ley 6. de Toro que es la 1. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec. ibi: *Por su orden, y línea derecha*, y ley 4. tit. 13. Part. 6.

(3) Ley Pater filium, ff de Inoffic testam. & ibi DD. & Gutier. in Repetit. ejusdem leg.

que la tecera parte de ella, que es lo de que dicha ley 6. de Toro les permite testar, (como en el n. 10. diré) será para el extraño, pues ya que su voluntad no puede valer en el todo, valdrá, y se cumplirá en lo que por derecho ha lugar.

4 Pero no sucederán los ascendientes en los bienes de mayorazgo, ni en el enfiteusi, porque estos no se defieren por derecho hereditario sino de sangre; á ménos que otra cosa esté dispuesta en su constitucion (1). Y lo mismo se observa en los feudos, pues el padre, y abuelo no suceden al hijo, ó nieto que tiene feudo, y muere sin hijos (2).

5 Tampoco sucederán los ascendientes á sus descendientes quando renunciaron con juramento la herencia, y derecho hereditario que tenian á sus bienes (3). Ni quando el hijo dispone de todos sus bienes á favor de otro qualquiera, y para ello precede licencia jurada de su padre. Ni quando éste consiente el testamento, en que su hijo le prefiere, y dexa á otro por su heredero, ó dispone íntegramente de sus bienes por su alma, ó en otra cosa (4).

6 Si el hijo casado, y su muger hicieron pacto recíproco de que el que sobreviviese habia de suceder al que premuriese, en todos sus bienes en caso de no dexar descendientes legítimos, ¿este pacto valdrá y excluirá á los ascendientes del muerto? Dicen que sí varios AA. (5); pero no me adhiero á su dictámen por las razones expuestas en el cap. 1. de mi primera parte últimamente adicionada n. 65. y 66.

7 Entre los ascendientes no ha lugar la colacion, como entre los descendientes, porque ningun derecho le preceptúa, segun he sentado en el cap. 3. de este lib. n. 19. y así aunque un hijo, ó nieto haya dado en vida á su padre, madre ó abuelo algunos bienes, ó cantidad en mucha ó poca suma, y nada al otro ascendiente, que está en igual grado, lo mismo heredarán

(1) Matienz. en la ley 1. glos. 3 n. 11. y glos. 5. n. 2. tit. 8. lib. 5. Rec. Greg. Lop. en la ley 7. verb. Los que suben, tit. 26 Part. 4. y en la 4. glos. 1. fin. 15. Bob. 6. (2) Cap. 1. de Natur. succes. feud. ley 7. tit. 26. Part. 4. & ibi glos. cit. (3) Acev. en la ley 1. n. 65. al 69 tit. 5. lib. 5. Rec. Gutier. in cap. Quamvis pactum de Pact. in 6.

(4) Sierra y Acev. ubi supr. (5) Palac. Rub. in Repet. Rubr. de Donat. inter vir. & uxor. §. 52. col. 5. Suar. in leg. Quoniam in prioribus, vers. Primo ergo, Cod. de Inoffic. testam. Gutier. de Juram. confir. [illegible] 27 Cast. in Proœm. leg. Taur. n. 4. y 5.

el uno que el otro de los que dexe, si los premuere (1).

8 Tampoco ha lugar entre ellos la representacion, quando se trata de suceder á sus descendientes, ni la trasmision por derecho de sangre lo I porque estos heredan por el Divino, natural y positivo, y aquellos por este solamente, y como que no son procreados por sus descendientes, ántes sí por ellos, no puede haber transmision por el de sangre, y lo II, porque se presume que han de morir primero como mayores en edad, y la ley imita á la naturaleza, y así ninguna ordena ni previene que la haya (2), sino entre los descendientes legítimos, y demas que expresaré en el cap. 7. de este libro.

9 La sucesion de los ascendientes legítimos á sus descendientes procede no solo quando estos carecen de legítimos descendientes, sino tambien de *otros que hayan derecho de heredarles*, pues teniéndolos, no los heredarán, por excluirlos dicha ley sexta. Y los que tienen este derecho, son el hijo natural legitimado por el subsiguiente matrimonio, y el espurio por rescripto del Príncipe, los quales una vez legitimados heredan á sus padres, y obtienen todos los privilegios de hijos legítimos, y verdaderos por testamento, abintestato y contra testamento, y son preferidos á los ascendientes (3). Y tambien lo es el substituto pupilar expreso; pues si el padre substituye pupilarmente en sus bienes á su hijo impubero, y este muere en edad de no poder testar, llevará su herencia el subtituto, y no su madre, ni otro ascendiente, á quienes abintestato tocaba heredarle (4), como he sentado en el cap. 1. de mi primera parte adicionada n. 98. por las razones allí expuestas y porque la ley 6. de Toro concede solamente á los ascedientes la herencia de sus descendientes, quando estos mueren con testamento, y *abintestato*; y respecto no fallecer de ninguna de estas maneras el pupilo: con testamento, por no haberlo hecho, y abintestato, por carecer de capacidad, y potestad para ha-

(1) Decio in leg. emancipati, Cod. de Collation. n. 8. Gom. en la ley 29. de Toro n. 9. vers. Sed his non obstantibus. (2) Tello en la ley 6. de Toro n. 5. al 7. Gom. en ella n. 7. y Palac. Rub. n. 9. Covar. in Epitom. succes. n. 3. vers. Quarta assertio. Matienz. en dicha ley 1. y glos. 3. tit. 8. n. 12. (3) Acev. ibi n. 64. Matienz. ibi glos. 6. Avend. en la ley 6. de Toro glos. 9. Gom. en ella n. 10. (4) Leyes 6. tit 5. y 3. al fin. tit. 9. Part. 6. Ley Si testamento 7. Cod. de Impuberum, & aliis, substitut. Gom. lib. 1. Var. cap. 4. n. 7. vers. Non obstant. y n. 8. & ibi Ayllon. n. 9. y 10.

cerlo: ni intervenir alguna de las quatro causas que expresé en dicho c. nn. 167. 168. 171. y 172. por las que se dice en derecho muere el hombre intestado: ni tampoco testar el padre por su hijo, sino en nombre própio como bienes suyos privativos, al modo que si este le hubiera premuerto, é instituídole por su único heredero por no tener madre; es visto haber dexado en su vigor las leyes que le conceden la facultad de substituirlo, y excluir de la herencia por medio de la substitucion pupilar á su madre, y demás ascendientes maternos. Á mas de que la ley nueva habla generalmente, no deroga, ni corrige los casos especiales de la antigua (1); y aun quando fuera correctoria, no se estendería por identidad, ó mayoria de razon, excepto que la en que se fundase, estuviese expresa en ella, y militase en el caso á que se intentase estender (2); y respecto no comprender el presente la sexta de Toro, no se deberán dar á la madre las dos partes de la herencia, y la otra al substituto, como quieren los que dicen que el padre testa por el hijo, y que si este pudiera testar, lo practicaría asi, pues es suponer, y fingir una voluntad, y capacidad que no hay. Por cuyas razones, y por otras que dan los AA. miéntras no se deroguen las leyes que permiten la exclusion de la madre, ó se declare y amplíe la sexta citada (lo qual sería muy útil para extirpar disputa, y decisiones arbitrarias), parece se debe observar en el todo la substitucion pupilar como uno de los efectos la patria potestad; y solo siendo pobre la madre, concibo tendrá derecho á que el sustituto la alimente por equidad, y humanidad mientras subsista viuda, si la herencia lo permitiere, en caso que su marido no la haya dexado cóngrua sustentacion, ó á la quarta marital que en este caso la concede el derecho; pero hoy pocos se inclinan á esta substitucion, no obstante lo expuesto, como he sentado en el cap. 1. n. 98. de mi primera parte adicionada (*a*).

(1) Glos. in leg. 3. Cod. de Silentiar. lib. 10. Jason in leg. Sciendum, n. 4 ff. Qui satisdare cogant. Parlad. different. 50. §. 2. n. 7.

(2) Matienz. en la ley 2. tit. 4 lib. 5. glos. 1. n. 11.

(*a*) No se perderá de vista lo expuesto en la primera parte cap. 1. §. 2. desde el núm. 62. y en el §. 3. hasta el núm. 101. Se ha sentado en muchas partes lo dispuesto en la 6. de Toro, y se ha expresado la igualdad que concede en la recíproca sucesion de padres á hijos, excluyendo á aquellos, si tuviesen estos descendientes, *ó que hayan derecho de los he-*

§. II.

De qué parte de sus bienes pueden disponer los descendientes en perjuicio de sus legítimos ascendientes; y si de ella se han de sacar, ó no los gastos de su funeral, misas, entierro y legados.

10 En el n. 1.º de este capítulo sentamos que los ascendientes eran herederos forzosos de los descendientes por testa-

redores: concediendo que los hijos puedan disponer de la tercera parte de sus bienes como les parezca, de consiguiente el resto es de los Padres; se manifiestan quienes son comprehendidos baxo de dichas palabras, el hijo natural, legitimado por el subsecuente matrimonio, es el primero, el espurio por rescrito del príncipe el segundo, y en tercero lugar el substituto pupilar, de los dos primeros no puede dudarse porque son hijos, y ceso el impedimento que les prohibia dicha sucesion, y como tales no perjudican á los ascendientes, porque baxo de dichas circunstancias *son sus herederos* sin disputa; la duda esta en el substituto pupilar; el autor no se ha explicado en el num. antecedente asiente á la exclusion de la madre por el substituto, y da á entender el Reformador lo contrario, pues en la nota que aquí inserta, para dar razon de las que dá el autor en otra parte sobre este particular, que ha omitido ahora, dice, *porque creo no abrazará nadie la defensa de dicho substituto*: Es cierto que expresamente no se derogaron las leyes que hablan de la potestad paterna para hacer semejantes substituciones; pero tambien lo es quedaron iguales las sucesiones con las excepciones propuestas, los padres, disponiendo del quinto y tercio, y los hijos de la tercera parte: son aquellos legítimos herederos, como los descendientes á ellos; podrá substituir el padre, pero ¿quién asentirá á que este substituto quitara á la madre lo que la ley la concede de ser legítima heredera de su hijo? Está bien que haga el testamento, o señale heredero al hijo, por el medio de la substitucion, sinembargo ¿puede compararse un extraño substituto á otro alguno aunque sea consanguíneo con una madre, que le trajo en su seno, lacto, y alimento, y mas despues de publicada la ley? Luego se quasi evidencia que no puede el substituto excluir á la madre de su sucesion, y respecto que es sentado en derecho (segun la Reg. 37. de Reg. jur. n. 6.) que no se vicia lo útil aunque en el acto concurra alguna cosa o particular inútil, ó por derecho insubsistente, y que el acto mismo debe interpretarse (cap. Abbate, 25. de V. S.) por su subsistencia, valdrá la substitucion en quanto á la tercera parte de que á su arbitrio podia disponer el hijo si testase, y la madre tomase para sí el resto de los bienes; por lo tanto, y que parece muy conforme á lo literal, y espíritu de la ley; en este concepto es de persuadir queda excluida la madre de dicha tercera parte, que se lleva el substituto, y no mas; de aquí proviene que contra el dictámen del Señor Gutierrez habrá muchos que abracen la defensa del substituto, si intentase la madre excluirle de toda la herencia, respecto que se le concede dicha tercera parte, pues en quanto á esta se le contempla heredero, y justamente litigaba.

mento, pero sinembargo no sucederán por testamento los referidos ascendientes á sus descendientes en todos sus bienes libres contra su voluntad; pues en su perjuicio pueden disponer en vida, ó muerte por su alma, ó en lo que quisieren, de la tercera parte de ellos, como lo dice la ley 6. de Toro: *Pero bien permitimos que no embargante que tengan los dichos ascendientes, que en la tercera parte de sus bienes puedan disponer los dichos descendientes en su vida, ó hacer qualquiera última voluntad por su alma, ó en otra cosa qual quisieren*::: y asimismo pueden poner en ella las honestas, y posibles condiciones que les parezca, y gravarla, ya la dexen á alguno de los ascendientes que le han de heredar, ó á extraño, del mismo modo que el ascendiente las puede imponer en el quinto, por la própia razon. Previniendo que esta tercera parte se entiende de lo líquido, deducidas ante todas cosas las deudas que haya contra el caudal del descendiente.

11 Esté, ó no el hijo baxo la patria potestad, goza la facultad que acabo de expresar, pues teniendo edad legítima para testar, y bienes de que disponer, puede hacer testamento, como si estuviera fuera del poder de su padre, y se lo permite la ley 5. de Toro, que es la 4. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec. y dice: *El hijo, ó hija que está en poder de su padre, seyendo de edad legítima para hacer testamento, pueda hacer testamento, como si estuviera fuera de su poder.* Cuya ley corrige, y derogó lo que en esta parte estaba ordenado por derecho comun, y de las Partidas (1).

12 Y aunque las leyes 6. y 7. tit. 17. Part. 4. (Véase en el cap. 15. de la 1.ª Part. n. 18. y 19.) permiten al hijo disponer en propiedad, y usufructo de todos los bienes castrenses, y quasi castrenses que le pertenecen; están derogadas por la absoluta amplitud que contienen las palabras: *En todos sus bienes de qualquier calidad que sean*::: de la referida ley 6. de Toro; y así solo podrá disponer del tercio de ellos, al modo que de los adventicios, y en los demás le heredarán sus ascendientes, pues la ley que habla generalmente, generalmente se debe entender (2). Y lo mismo entiendo de los bienes que el

(1) Ley Qui in potestate 6. ff. de Testam. leyes 11. y 12. Cod Qui testamenta facere pos. y ley 13. tit. 1. Part. 6. (2) Ley De pretio, ff. de Pu-

Rey dona al descendiente, porque son como castrenses, y milita igual razon: y de los adquiridos por razon de la Iglesia (1). En quanto á si este tercio se ha de deducir, ó no de los bienes de los hijos del primer matrimonio muertos, que el padre, ó madre deben reservar al hermano que los sobrevivió, y lo legó, véase lo que expondré en el capitulo siguiente 12. y 13.

13 De la precedente disposicion de la ley 6. de Toro nacen tres dudas, que toqué en dicho cap. 1. n. 68. y 69. y repetiré aquí como en lugar oportuno. La 1, si los gastos del funeral, y entierro del descendiente, misas que manda celebrar y legados que hace, se han de deducir, ó no del tercio, de que dispone, ó del cuerpo de los bienes que dexa. Y para dar solucion á ella, es indispensable saber, ¿qué se entiende por funeral, y entierro, y qué gastos, de los que ocasiona la muerte de los hombres, se comprehenden en él? Y digo que por funeral, y entierro se entiende el hábito con que se amortaja el cadáver: la caxa atahud: la cera que alumbra miéntras está en su casa de cuerpo presente, y en la Iglesia hasta que se le sepulta; la limosna de la Vigilia, Misa, Responsos, ofrenda, y demás derechos parroquiales: los clamores: la apertura de la sepultura: el sepultarlo: la conduccion del cadáver á la Iglesia, ya sea en público con acompañamiento ó de secreto sin él: el velarlo, y amortajarlo: y algunas otras cosas, sin las quales segun el estilo del Pueblo, caracter, circunstancias y haberes del difunto, no se puede hacer el entierro; y los gastos que en todo esto ocurren, y son preferidos á todas las deudas que el testador contraxo en su vida, siendo moderados, porque si son excesivos, los ha de moderar el Juez de su domicilio, atendido su caudal y calidad (2), en caso que no haya el suficiente para todos sus acreedores, pues habiendo que heredar, se arreglarán á él sus herederos, y gastarán los que les parezca.

14 Pero no se incluyen en el nombre de funeral los lutos de los herederos, ni viuda, y así cada heredero hará á su

blician. Avendañ. en dicha ley 6. de Toro glos. 7. n. 5. Greg. Lop. en la 6. tit. 17. Part. 4. glos. 8. vers. *Hodie* hasta el fin.

(1) Morq. de Divis. lib. 4. cap. 4. n. 18. al 23

(2) Leyes 12. tit. 13. Part. 1. y 30. al fin. tit. 13. Part. 5. Ley Et si quis 14. §§. 3. 4. y 6. y ley Funeris sumptus 37. ff. Relig. & sumptib. funer.

costa el suyo, como que cede en su privativa utilidad, y no del legatario del tercio ni quinto, porque no es preciso, y ninguna ley manda traerlo, segun dexo sentado en el cap. 6. n. 53. al 55. libro 1. de este tratado. Ni tampoco se incluyen los gastos de la última enfermedad hechos en medicinas, Médico, Cirujano, alimento del enfermo, &c. porque las hizo en vida, y no se causaron con motivo de su muerte, ni despues de acaecida ésta; por lo que se deducirán del cuerpo de su caudal, al modo que las demás deudas que contraxo antes de caer enfermo; bien que aunque no son funerarias, ocuparán el primer lugar despues de estas los acreedores á quienes competa el percibo de su importe, sinembargo de que otros sean anteriores, y privilegiados (1), como diré en el lib. 3. cap. 3. de esta segunda parte.

15 Supuesto lo referido, digo: que acerca de la duda propuesta hay dos opiniones diametralmente opuestas: la una firma que los gastos funerarios deben deducirse del tercio, por las mismas razones, que habiendo descendientes, del quinto, y entregarse las otras dos terceras partes al ascendiente, ó ascendientes herederos sin gravámen, ni descuento alguno con o legítima suya, que por derecho positivo les pertenece (2).

16 La otra opinion dice que se deben deducir del cuerpo del caudal del difunto, de este modo pagan los herederos, y el legatario del tercio á proporcion como interesados en su respectiva quota de herencia, porque en el entierro, y funeral dexo, y preciso para él es deuda que el hombre contrae por el hecho de nacer, á cuya solucion estan, sus bienes primordialmente, é indistintamente todos sus bienes: y el residuo se debe dividir entre el legatario, y los herederos, al modo que quando la dote de la hija vuelve á su padre, ó madre enteramente, por haber muerto sin sucesion (pues están obligados estos á enterrarla; y no su marido, porque son sus herederos, y aunque digan que nada heredan, porque la dote salió de su patrimonio,

(1) Acost. de Privileg. credit. reg. 2. ampliatio 1. n. 20 y 21. Ayor. de Partit. part. 2. quæst. 12. (2) Cast. en la ley 6. de Toro, verb. *Por su alma* Gutier. in leg Nemo potest. n. 93. y lib. 2. Pract. q. 71. Angul. de Meliorat. en la ley 13. tit. 6. lib. 5. glos. 3. n. 2. Matienz. en la 1. tit. 8. lib. 5. glos. 8. n. 2. Covar. in cap. Raynaldus, §. 3. n. 2. al medio Tell. en la ley 30. de Toro n. 6.

no obsta, respecto á que una vez entregada á la hija, ya se hizo própio de esta, y para sus padres es herencia sobre viniente, que aumenta su caudal, como si la hubieran de un extraño, ó quando son muchos los herederos, contribuyen todos á prorrata. Y de este dictámen es *García* (1) citando á *Palac. Rub.* que se halló presente á la creacion de las leyes de Toro, y dice no estar comprehendida esta especie en la 30, ni por consiguiente deberse deducir dichos gastos del tercio, sino del cúmulo de la herencia, como deuda contra ella: y añade, que Castillo habiendo reflexionado mas bien corrige su primer dictámen en la citada ley 30.

17 Ratificándome en esta última opinion por las razones del mismo *García*, y por otras que expuse en el cap. 1. de mi primera parte n. 68. y 69.: y sinembargo de la autoridad del Señor *Covarrubias*, digo que los gastos de entierro se deben sacar del cuerpo de bienes, como otra qualquiera deuda contra ellos, y de superior privilegio, excepto que el testador mande deducirlos del tercio, y así lo he practicado, y con mi dictámen se practicó, y aprobó judicialmente en ciertas particiones, no obstante la infundada oposicion de algunos Legistas, que sin apoyo legal terminante, ni razon poderosa destructiva de las referidas, y solo por seguir la opinion de aquellos, decian lo contrario.

18 Pero en quanto á las misas, mandas y demás de que disponga el testador (acerca de lo qual nada dicen, ni explican con distincion los AA.) soy de sentir que se deben deducir del tercio, y no del cuerpo de bienes; y la razon es clara por la disparidad que media, y consiste lo I en que los gastos de todo esto son totalmente voluntarios, y los del entierro forzosos, y de derecho público como deuda preferida á todas; por lo que aunque el testador prohiba que se le entierre, ó que se paguen, se tendrá por irritante, y no escrito este precepto, y como tal no será obedecido. Y lo II, porque la ley 6. de Toro le permite testar del tercio por su alma, ó en lo que quisiere; y respecto usar de su permiso, debe observarse su disposicion, aunque el testador mande lo contrario; pues de no practicarse así, se quebrantaria la ley, se daria al descendiente mas po-

(1) De expens. cap. 8. n. 49. y 50.

testad que la que esta le dá, y se equiparian los gastos de su funeral, de que la ley ninguna mencion hace, con los de las misas, legados y demás en que le concede facultad expresa para invertir el tercio. Todo lo qual concibo ser la verdad.

19 La II duda (que para mí jamás lo fué) consiste en si los descendientes podrán consignar el tercio, dexando á alguno de sus ascendientes, ó á extraño. Y *Antonio Gomez en la ley 29. de Toro n. 4.* dice que si lo dexan á ascendiente, pueden, mas no, dexándolo á extraño: lo uno, porque los ascendientes deben haber su legítima, que son las dos terceras partes de la herencia en todos los bienes hereditarios del difunto, y lo contrario seria imponerles gravamen. Y lo otro, porque dicha ley 6. no lo dice, ni otra alguna.

20 Venerando como debo, su dictámen, digo: que ya lo dexe á ascendiente, ó á extraño, puede consignarlo: Lo I, porque la ley no prohibe, y lo que no está prohibido, se entiende permitido. Lo II, porque el ascendiente en este caso se reputa extraño, respecto dexarle el tercio, no como legítima que se le deba, sino como legado voluntario. ¿Y si á este no, por qué á aquel sí, mediante no hablar de ninguna ley? No hallo razon de diferencia; por lo que, ó á entrambos, ó á ninguno lo ha de poder consignar. Y lo III, porque quando versa identidad de razon, debe obrar la misma disposicion legal (1): es así que quando el ascendiente dexa el quinto á extraño, lo puede consignar, no obstante ser heredero de prerrogativas mas excelentes que él su descendiente, como dexo sentado: luego no solo con igual, sino con superior razon puede consignar el tercio quando lo dexó á extraño, y debe militar por consiguiente la propia disposicion para uno que para otro.

21 Y la III duda se reduce, á si el hijo que está baxo la patria potestad, podrá disponer del tercio de sus bienes en propiedad, y usufructo, ó solamente en propiedad, y si éste ha de quedar, ó no reservado al padre miéntras viva. Sobre lo qual hay variedad de pareceres, y los mas son de sentir que solo en propiedad puede disponer, para que el padre no sea perjudicado en el usufructo que tiene adquirido. Pero adhirien-

(1) Ley A Titio, ff. de Verbor. obligation. y ley Illud, ff. ad leg. Aquil.

dome al de *Gomez* (1): digo que puede disponer en propiedad y usufructo; y así se observa en la práctica, como sentí en el cap. 1. de mi primera parte n. 65.

22 Puede el hijo disponer tambien de sus bienes en propiedad, y usufructo, quando su padre entró en Religion, y profesó: ó por ser disipador, se le quitó la administracion de los bienes de su hijo: ó por delito que cometió, es *deportado*, que se llama así el desterrado para siempre á las labores del Rey, v. gr. Presidio, Arsenales, Minas, (*a*) Galeras, Carcel perpetua: ó quando es *bandido ó encartado*, que es el prófugo por delito, y porque no parece, se le emplaza por Edictos, y en rebeldía es condenado, en cuyos casos espira el usufructo, y despues de extincto no renace (2).

§. III.

De la sucesion de los bienes troncales en los lugares en que se observa algun fuero, ó costumbre.

23 No en todos los Pueblos de estos Reynos de Castilla [illegible] rigorosa observancia el precepto general de la ley 6. de Toro, pues hay muchos, en los quales se sucede de otro modo en los bienes raices patrimoniales; por lo que la misma ley los exceptua, dexando en su fuerza y vigor el fuero municipal, ó uso, y costumbre de suceder en los que en ellos existen, segun se prueba de los últimos periodos de su contexto, que á la letra dicen: *Lo qual mandamos que guarde salvo las Ciudades, Villas y Lugares, dó segun el fuero de la tierra se acostumbran tornar los bienes al tronco, ó la raiz á la raiz.*

24 Y para la inteligencia de esto es de advertir lo I, que es preciso se pruebe claramente el uso y observancia del fuero (3),

(1) Ley 6. n. 13. en las palabras *Contraviam tamen sententiam*, y otros.
(2) Morq de Divis. lib. 4. c. 4. n. 30. al 40.
(3) Suar. in Proem. leg. For. art. 6. Burg. de Paz en la ley 1. de Toro n. 108. Greg. Lop. en la 7. tit. 2. Part. 1. glos. 4.
(*a*) Véase la circular de 20 de Agosto de 1800 en que se ha servido S. M. extinguir enteramente el presidio de Almaden, y mandar que trasladándose á otro los forzados que existen en dicha Villa para que cumplan el tiempo que les resta de sus condenas, se comunique á todos los tribunales y justicias superiores é inferiores, que en lo sucesivo no se destine reo alguno á los trabajos de minas de azogue.

porque el uso y costumbre consisten en hecho, y debe probarlo el que los alega (1). Lo II, que el precepto de esta ley se entiende abintestato, y no por testamento, pues de lo contrario se impediria al testador la libertad de testar (2). Lo qual se limita en el caso de que la costumbre sea de volver los bienes al tronco, y la raiz á la raiz, pues entónces procederá tanto por testamento, como abintestato (3). Y lo III, que no es sufiziente que el fuero comprehenda al Pueblo en que se quiere usar, pues es preciso que esté robustecido con la costumbre de usarse y guardarse, y en otros términos no vale, ni se debe juzgar por él, como lo ordena la ley 1. de Toro, ibi: *Y en lo que por ellas no se pudiere determinar, mandamos que se guarden las leyes de los fueros, assi el fuero de las leyes, como la de los fueros municipales, que cada Ciudad, Villa ó Lugar tuviere, en lo que son, ó fueren usadas, é guardadas en los dichos Lugares, y no fueren contrarias á las dichas leyes de Ordenamientos, y Pragmáticas*:: y se prueba tambien de la ley 6. ibi: *Dó segun el fuero de la tierra se acostumbran tornar.*

25 Este fuero se usa en muchos Pueblos de Castilla; y segun refieren los AA., se halla en la Villa de Sepúlbeda, y fué dado por los Señores Reyes Don Alonso, y Doña Inés en el año de 1114. á presencia de varios Proceres de su Reyno que lo subscribieron, y su tenor dice: *Orosi, todo ome que hobiere de heredar, assi herede el mas cercano pariente heredé, y que sea en derecho, assi como la ley manda, é que no sea fecho en barragana; fueras ende si fuere fecho fijo por consejo, aplaziendo á los parientes que habian de heredar el padre, ó la madre onde viene el heredamiento, y la raiz á la raiz se torne onde viene el heredamiento, esos los hereden como lo deben heredar.*

Cuyo fuero está tan obscuro que apénas se dedure de su contexto lo que ordena, y era indispensable si posible fuese, que los mismos que lo establecieron, viniesen á declarar lo que tuvieron ánimo de disponer; por lo que habiendo procurado indagar por medio de un letrado, y de otros prácticos, en

(1) Ley 2. Cod. de Jure & fact. ignorant. Rodrig. Suar. in Proem. cit. verb. Hoc præmisso. Greg. Lop. cit. (2) Texas in Epitom. successionum c. 30. n. 11. Gom. en la ley 6. de Toro n. 60. vers. Sed his non obstantibus Cast. en ella, verb. El fuero de la tierra Matienz. en la 1. tit. 8. lib. 5. glos. 9. n. 2. y 3. (3) Avendañ. en la ley 6. de Toro plus. 11. n. 8.

donde su usá, cómo sucede, y á este fin propuéstoles diversos casos ya entre ascendientes, y descendientes por testamento, y abintestato, ya entre colaterales, y ya entre marido, y muger, no pude conseguir respuesta categórica, ántes sí que en iguales casos habia habido decisiones, y executorias contrarias; y así me veo precisado á tocar unicamente de paso lo que me enseñaron los libros que leí, pues aunque de intento pasára á cada Pueblo á instruirme á fondo de lo que en cada uno se observa conozco no lo conseguiria á causa de no hallar quien me instruyese, por ignorar los mismos vecinos en la ley que viven, y dar motivo á ello las opuestas decisiones dimanadas de la confusion del fuero.

26 Para que conste quál es la razon originaria inductiva deeste fuero, debe tenerse presente que en tiempo de los romanos, y con motivo de lo dispuesto por su ley (1), se controvertia entre los AA., si en los bienes que recaian en el hijo por parte de su madre, excluía su padre á su abuelo materno, ó volvian á éste, y el padre era excluso. Y unos haciendo distincion y separacion de los bienes de padre y madre, defendian, que recaian en el abuelo materno, y el padre era excluido de su sucesion; y otros inpugnando esta separacion, decian que el padre como legitimo heredero de su hijo debia sucederle abintestato en todos sus bienes indistintamente, así porque la ley inserta dice que el nieto habia muerto, dexando padre, y abuelos paternos como porque los derechos que admitian al padre á la sucesion abintestato de su hijo, hablan generalmente sin distinguir de qualidad de bienes.

27 Continuó indecisa esta controversia hasta la creacion de la ley 4. tit. 13. Part. 6. que dice: *E decimos que quando acaesciere que el hijo muera sin testamento, no dexando fixo, nin nieto que heredase lo suyo, nin habiendo hermano, nin hermana, que estonce el padre, é la madre deben heredar egualmente todos los bienes de su fixo.* Con la qual creyeron los mas haberse suprimido la diferencia, y separacion de bienes expresada; pero como las leyes de Partida aunque promulgadas, no se hallaban en observancia, revivió la disputa antigua, y volvió á su primitivo ser, dando lugar á no conceder todos su supresion la ley 10.

(1) 3. Cod. de Bonis quæ liberis.

tit. 6. lib. 3. del Fuero Real, que dice: *El abuelo que fué del padre, herede lo que fue del padre, y el abuelo que fué de la madre, herede lo que fué de la madre*, por lo que unos la seguian, y otros decian que solo debian seguirse en donde se probase la costumbre de suceder segun ella: y como esta ley se observaba en muchos Pueblos como fuero municipal, nació de aquí el haberse establecido otros diversos en varios Lugares, entre los quales fué el de Sepúlbeda, y Molina; por lo que con motivo de los pleytos que se suscitaban, estimáron por útil los Soberanos autores de la ley 6. de Toro dexarlos en su fuerza y vigor acerca del modo de suceder en los bienes troncales en los Lugares, en que habia costumbre generalmente recibida de que volviesen al tronco, y por consiguiente quedó admitida, y corroborada en ellos la separacion.

28 Conviene exâminar ahora, ¿qué bienes raices deben volver al tronco segun este fuero? ¿han de ser solamente los que el difunto intestado heredó de sus ascendientes superiores, v. gr. visabuelos, abuelos ó los que su padre y madre, adquirieron, ó tambien los que el mismo difunto hubo de otra parte? Y parece que deberán volver solamente los que le provinieron de sus ascendientes, porque las palabras: *Volver al tronco* denotan con propiedad haber provenido de aquel á donde han de regresar. Pero mediante la ley del Fuero Real inserta, se incluirán no solo los que adquirieron los abuelos, y demás ascendientes, sino los que compró, y heredó su padre. Y lo própio milita, segun *Avendaño* (1) para con los que el hijo adquiere de otra parte; bien que dudo de esto, porque ni la ley lo dice, ni de ella se colige.

29 Entre estos bienes troncales se deben numerar los censos perpetuos, porque siguen la naturaleza de bienes raices, y asi deben volver al tronco sin disputa; pero no los redimibles (2), sinembargo de *Ayora* (3) afirma que sí: y la razon es, porque estos bienes no son raices, ni mas que un dinero puesto á interes con seguridad, y prohibicion de pedirlo el que lo dá, hasta que el que lo recibe quiera devolvérselo,

(1) Dicha ley 6. glos. 11. n. 15. al 23. (2) Avendañ. en dicha ley 6 de Toro, y glos. 11. n. fin. Siguenz. de Clausul. lib. 2. c. 11. §. 37. n. 291. y otros que citan. (3) Part. 3 q. 28.

y el que lo dá, hasta que el que lo recibe quiera devolvérselo, y el que lo dá, ningun dominio tiene en la finca afecta á su responsabilidad, y sí solo hipoteca en ella, y derecho á percibir sus réditos; y si se redime el capital, no hay finca raiz, y queda únicamente el dinero, que es la cosa mas movible que hay. Lo qual se entiende, excepta que el Pueblo haya costumbre contraria.

30 No se amplía la disposicion de este fuero á los bienes raices existentes fuera del territorio en donde se usa, ni á personas de quienes ninguna mencion hace, ni á los bienes muebles aunque estén en el mismo Pueblo, ni tampoco á los que la muger lleva en dote estimados con estimacion que causa venta, pues como se transfiere al marido su dominio, puede volverlos, ó su estimacion, sin que muerto el hijo, se le obligue precisamente á su devolucion (1).

31 Por conclusion de esta materia digo que así el heredero de los bienes troncales como el de los demás pagarán á prorrata las deudas del difunto, y no el troncal solo, porque ámbos son verdaderamente herederos, y no legatarios: este en virtud del fuero municipal, y aquel por la ley 6. de Toro (2).

(1) Leyes 18. 19. y 20. tit. 11. Part. 4. Ley Quoties. Cod. de Jur. dot. Siguenz. lib. c y §. cit. n. 81. (2) Ayor. part 3. quæst. 28. Ego vero contrariam. Siguenz. ibi num. 284. Roxas in Epitom. succes. c. 30 num. 25.

CAPITULO V.

SI LOS QUE SE CASAN DOS O MAS VECES, están, ó no obligados á reservar á los hijos, y descendientes legítimos de sus anteriores matrimonios los bienes que hubieron de ellos, ó de sus padres, y cómo se han de dividir.

§. I.

En qué casos los viudos que teniendo hijos, ó descendientes legítimos se vuelven á casar, están obligados á reservarles lo que de ellos, ó del cónyuge premuerto hubieron.

1 Por derecho antiguo incurrian en infamia, y en otras penas las mugeres viudas, que se volvian á casar dentro ó despues del año de su viudedad (1); cuyas penas hasta el número de doce epiloga *Bartolomé Bersano* (2).

2 Estas penas en quanto se impusieron en odio de las viudas, están corregidas, y suprimidas hoy por derecho Conónico (3), y tambien por el Real, como se prueba de la ley 4. tit. 2. lib. 10. Nov. Rec. que al principio dice: *Mandamos, que las mugeres viudas puedan libremente casarse dentro en el año que sus maridos murieren, con quien quisieren, sin alguna pena, é sin encurrir en alguna infamia ella, ni el que con ella casare, no obstante qualesquier leyes de Fuero, y Ordenamientos, é otras qualesquier leyes que en contrario sean fechas, y ordenadas, las quales revocamos, anulamos*:: Pero en todo lo que conciernen al favor, y utilidad de sus hijos, subsisten en su fuerza y vigor, por no ser propiamente penas, sino provision de los hijos de los matrimonios precedentes, para evitar que sean defraudados, y perjudicados, y que los de los posteriores se enriquezcan

(1) Ley ultim. tit. 12. Part. 4. y ley 5. tit. 3. Part. 6. y leyes 12. tit. 2. lib. 3. del Fuero Real, y lib. 3. tit. 2. del Fuero Juzgo. Leyes 1. 2. 3. y Authent. Eisdem pœnis, Cod de Secund. nupt. (2) De Viduis, c. 2. q. 2.
(3) Apostol. 1. ad Corinth. cap. 7. y c. penult. y ultim. de Secund. nupt. Covar. in Epitom. de Sponsalib. part. 2. cap. 3. §. 9. n. 4.

en su detrimento con los bienes que fueron del patrimonio de sus padres (1).

3 Entre las penas impuestas á las viudas que se volvian á casar, y tienen su principal objeto, y tendencia al beneficio de los hijos de sus anteriores matrimonios, (hablo de matrimonios legítimos sucesivos, y no simultaneos, pues éstos son nulos, y prohibidos por derecho Divino (2), es una el estar obligadas é reservarles la propiedad íntegra de todos los bienes de qualquier clase sin excepcion, que de sus respectivos padres hubieron en virtud de testamento, ú otra última voluntad, ó de contrato en sanidad por título lucrativo, mas no por el oneroso; y así se las prohibe donarlos, enagenarlos y disponer de ellos entre los de los matrimonios ulteriores, y tambien entre extraños, pues todos son respectivamente para los de los precedentes (3): por lo que si al tiempo de hacerse la particion, estan casadas, se las han de aplicar dichos bienes en usufructo, ó el usufructo de ellos, y no su propiedad.

4 En virtud de esta obligacion si el marido dexa á su muger algun legado genérico, ó específico, ó fideicomiso, ó la dona arras, ó joyas, ó hace otra donacion *propter nuptias*, debe reservarlas en qualquier tiempo que se case, no obstante que sea fuera del año viudal, y ningun hijo procree en el matrimonio segundo, todo lo líquido que de su padre hubo, y entró en su poder, y solo podrá gozarlo como mera usufructuaria miéntras viva: y por el hecho de volverse á casar, perjuicio que les causa ó puede causar, é injuria que en ello hace á su marido, (pues segun se dice en derecho (4), se contrista su anima, desprecia su memoria, y olvida el amor á los hijos habidos en él) pierde en pena el dominio, y propiedad de todo ello, y así tampoco puede enagenar, gravar, ni hipotecar lo inmueble, distribuirlo entre los hijos del marido de quien lo hubo, ni dexar mas á uno de éstos que al otro,

(1) Innocenc. Abb. & Communiter DD in c. fin. de Secund. nupt. Marquecia. de Divis. bonor. lib. 4 cap. 12. n. 40. y 41. Matienz. en la ley 3. tit. 1 lib. 5. glos. 2 n. 1. (2) Concilio Tridentino, sess. 24 de Sacramento Matrimonii, can. 2. (3) Leyes Fœminæ 3. y Cum alibi 4. Cod. de Secund. nupt. ley Mater que, Cod. ad Tertyllian. y ley Ambigitates 2. Cod. de Indicta viduitate tollend. (4) Authent. De nuptiis, §. Quæ vero nunc, vers. Non igitur, y §. Sin autem tutelam.

por lo que deben llevarlo, y repartirlo con arreglo al testamento de su padre (1), y si se deduxo del quinto, debe volver al mejorado en este, de donde salió, y no á los demás herederos el residuo líquido de él; lo que al contrario habiendo salido del globo de la herencia, pues entre todos se ha de dividir en la forma expuesta, observando lo que dexo advertido en el cap. 4. n. 37. lib. 1. de esta segunda parte en quanto al padre, pues es recíproca la obligacion de ámbos, como adelante diré: y á la responsabilidad de todo están tácita, é indistintamente hipotecados todos los bienes maternos presentes, y futuros, aunque ella no los obligue expresamente (2). Previniendo que siendo muebles lo reservables, deben estimarse por peritos electos por las partes, y la viuda constituir fianza de restituirlos (3).

5 No se limita, ni circunscribe la obligacion de reservacion á los bienes que los hijos hubieron, y heredaron de su padre, ántes bien se amplia en iguales términos á los que su madre heredó de alguno de sus mismos hijos que murió ántes que ella, y recayeron en ella por sucesion abintestato de éste, ó por título particular de legado, ó fideicomiso provenientes de su padre. Lo qual se entiende, ya se vuelva á casar ántes, ó despues que muera el hijo, ó en qualquier tiempo que lo haga, aunque ningun hijo haya fallecido, y lo que hubo, sea donacion de su padre hecha á aquel hijo, pues para el caso lo mismo es; por lo que si volviendose á casar, fallece, y dexa el quinto de sus bienes, ú otro legado á los hijos de su segundo matrimonio, ó al padre de ellos, ó á otro extraño, no se ha de deducir de las arras, joyas, ni demás, que por título lucrativo hubo de su primer marido, ni de lo que abintestato heredó de alguno de los de su anterior matrimonio, y le provino de su padre, porque no son suyos, sino de estos, y solo se deducirá de los que verdaderamente la tocan (4); lo qual tendrá presente el contador.

(1) Leyes cit. Authent. In donation. Authent. Ex testamento, y Authent. Luchrum, Cod. de Secund. nupt. Authent. De nuptiis, cap. Si vero spectet, collat. 4 ley 1. tit. 2. lib. 3. del Fuero Real, y ley Hac edictali, §. His illud, y § Mibium, Cod. de Secund. nupt. (2) Ley 26. tit. 13. Part. 5. Ley Si quis extraneis, ff. fin. Cod. eod. tit. y ley 26. tit. 13. Part. 5. (3) Ley Hac edictali, §§. cit. & ibi glos. & DD. Gom. en la 15. de Toro n. 5. (4) Dichas leyes Fœminæ, Mater quæ, y Ambiguitates. Gom.

6 Se amplía igualmente la referida obligacion á lo que los respectivos parientes de sus maridos, ú otros extraños la dieron por mera contemplacion de ellos, como causa inmediata. Y lo mismo procede, en caso de dudarse si la donacion fué, ó no hecha por su respecto: Lo I, porque quando ésta consta claramente, ó por la cantidad, y qualidad de lo donado se puede percibir, se conceptúa donado por el mismo marido, y para él se adquiere (1). Y lo II, porque al modo que si la muger recibe donacion *propter nuptias* de alguno por el marido, tiene obligacion de reservarla, como si de éste proviniera (2): del mismo modo otra qualquiera donacion. Lo própio milita para con el marido en quanto á lo que le den los consanguineos de su muger por contemplacion de ésta, lo qual prevendrá el contador en la particion: bien que algunos sienten lo contrario (3): por lo que digo que si la donacion se hizo á la muger porque se debia hacer al marido, deberá reservarla, porque es lo mismo que si á él se le hiciera, pero si no, no: al modo que los hijos deben, ó no colacionar lo que hubieron por contemplacion de sus padres, segun sentí en el cap. 3. de este lib. §. 2.

7 No solo está impuesta á la madre la pena, y obligacion de reservacion, sino tambien al padre, que se vuelve á casar una, ó mas veces, sin la mas leve diferencia, ni distincion de casos, y así es recíproca entre ámbos, como lo ordena la ley 15. de Toro, que es la 7. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec. y dice: *En todos los casos que las mugeres casando segunda vez, son obligadas á reservar á los hijos del primero matrimonio la propiedad de lo que obieren del primer marido ó heredaren de los hijos del primer matrimonio: en los mismos casos el varon que casare segunda, ó tercera vez, sea obligado á reservar la propiedad de ellos á los hijos del primero matrimonio. De manera que lo*

ibi n. 1. Palac. Rub. en las 14. y 15. n. 9. Cast. en la 15. n. 2. Roland consil. 95. n. 10. lib. 1. Cast. de Usufruct. cap. 2. n. 15. Ayor. part. 3. q. 15. Cifuent. en dicha ley 15. Parlad different. 121. §. 2.

(1) Ley Sed si plures, §. In arrogato 6. ff. de Vulgar. & pupillar. substit. y ley Cum oportet. 6. Cód. de Bonis, quæ liberis. (2) Authent. In donatione cit. & ibi DD. Authent. De nuptiis, cap. Si vero spectet 23. vers. Et non discerninus. de Dote. Gom. en dicha ley 15. n. 7. vers. Sed his non obstantib. (3) Marq. lib. 4. cap. 12. n. 9. Rip. in leg. Fœminæ n. 55. & ibi. Alberic. cerca del fin. Roman. consil. 405.

establecido cerca de este caso en las mugeres que casaren segunda vez, haya lugar en los varones, que pasaren á segundo, ó tercero matrimonio. Por lo que el padre tampoco puede enagenar, ni disponer de los bienes de reservacion, y á su seguridad están igualmente afectos, é hipotecados los suyos propios (1): y así para no estar obligado á ella, es necesaria la licencia del Príncipe, ó el consentimiento de su muger, ó hijos, de que en el siguiente párrafo trataré.

8 Las penas impuestas á los padres, que teniendo hijos, se casan mas de una vez, los comprehenden, aunque estos fallezcan, si dexan nietos, ó viznietos de aquellos; y así pueden reivindicar la parte que á su padre, ó ascendiente se debia reservar, y los abuelos, y demás ascendientes están obligados á su reservacion, porque versa identidad de razon, y por consiguiente debe obrar la misma legal disposicion (2).

9 Los bienes que los ascendientes deben reservar á sus descendientes legítimos, no son todos los que estos hubieron de qualquiera parte, y por qualquier título, sino solamente los de aquella línea, y persona, á quien por haberse casado, hicieron la injuria, v. g. si la abuela hubo algo de su primer marido, ya sea por habérselo donado, ó dexado, ó por haber heredado abintestato á alguno de sus hijos de este matrimonio, estará obligada volviéndose á casar, á reservar á los otros hijos de dicho matrimonio, ó á los nietos hijos de ellos lo que hubo de su marido, y lo que heredó del hijo muerto intestado, que recayó en él por muerte de su padre, mas no lo que el hijo premuerto adquirió por otro título, parte, línea, medio ó persona que no sea de su ascendiente, como diré en el n. 16. pues de ello se constituye dueña su madre, especialmente si se casó despues de su muerte; y los hijos sobrevivientes ni sus nietos hijos de estos no tienen derecho á que se lo reserve (3); por lo que si el hijo que murió intestado despues

(1) Ley Generaliter 5. y ley Si quis priori 8. Cod. de Secund. nupt. Gom. ibi n. 5. (2) Leyes In quibus casib. 7. y Si quis priori cit. Cod. tit. Rip. in dict. Leg. Faciliùs n. 8. Cast. en la 1. de Toro, y Tello Fernandez en ella, y en la 6 n. 20. Cast. en la 8. cap. 2. n. 12. Gutierr. de Divis lib. 2. cap. 14. n. 50. Parlad. lib. 1. tit. 121. § 2. n. 2. y 18. Cuia. & de avo Matienz. en dicha ley 3 y glos. 2. n. 6. (3) Authent. De nupt. §. Hinc nos 16. collat. 4. Parlad. dicho lib. 121. §. 2. n. 4. y 5. Greg. Lop. en la ley 26. tit. 13. Part. 5 glos. 4. Matienz. en la 3. tit. 1. lib. 5. gl. 2.

de su padre, heredáre á un hermano de éste, que es su tio, no estará obligada su madre á reservar á los demás sus hijos hermanos enteros del muerto la herencia que su tio consanguineo le dexo, porque no le vino por la línea, ni persona de su padre, ni este tuvo jamás derecho á ella por haber premuerto á su hermano, sino por su tio, que es línea diversa, y así cesa la obligacion de reservacion, porque en casarse no hace injuria á su cuñado, ni por consiguiente á los demás hijos sobrevivientes; lo que seria al contrario, si el tio hubiera muerto ántes, y su herencia recaido en el padre, y por muerte de éste pasado á sus hijos. Y si habiendose casado tres veces, procreáre hijos en el primero, y tercero matrimonio, heredáre algo del segundo marido, y de quien ninguno tuvo, no está obligado á reservarlo á los del primero, y tercero, porque no proviene de su línea; y así lo hace suyo (1).

10 Si el padre, ó la madre que pasó á segundas nupcias, sucediere á algun hijo de las primeras, y falleciere dexando pendientes los frutos de los bienes de este hijo, cuya propiedad debia reservar á sus hermanos, parece que mediante hacer suyos el padre los frutos, se dividirán entre su segunda muger, y los hijos de ámbos matrimonios, como gananciales, al modo que si ya los hubiera percibido. Pero lo contrario es lo cierto: y así se deberán restituir á los hermanos enteros, del muerto con los bienes reservables que los produxeron sin diferencia, sacados los gastos, y nada de ellos llevarán la viuda, ni demás hijos del matrimonio segundo: Lo I, porque los frutos pendientes son parte de la finca que los produce: se conceptúan una misma cosa con ella: la siguen á qualquiera parte que vaya: y se debe juzgar de ellos como de su propiedad (2). Y lo II, porque aunque tocan al padre que pasa á segundas nupcias, y debe gozar del usufructo de los bienes de los hijos de su anterior matrimonio, pero está obligado á reservarles su propiedad ilesa: y siendo los pendientes una misma cosa con esta, necesariamente deben seguirla, y por consiguiente pasar á quien pasa, y no á otro (3).

n. fin. Acev. en la 4. dicho tit. y lib. n. 58. y en la 6. tit. 9 dicho lib. n. 2.
(1) Rip. ibi quest. 3. Parlad. different. 121. §. 1. n. 9.
(2) Ley Fructus pendentes, ff. de Reivind. y ley ultim. §. Fructus, ff. Quæ in fraudem creditor. (3) Guid. consil. 170. part. 3. Casaneo in Con-

11 Si padre, y madre viviendo han casado y dotado á alguna hija de entrámbos, y muere la madre, y despues de ella su hija abintestato, sin sucesion, (por cuya razon recae en ésta la herencia materna) y el padre se volviere á casar, y teniendo otros hijos de aquel matrimonio, y tambien del segundo, mejora á alguno, ya sea de éste, ó del primero, en el tercio, y quinto de sus bienes, parece que esta mejora se deberá sacar íntegra de todos, inclusos los de la hija muerta que ya son suyos, y como hechos un cuerpo se confunden, y no se pueden distinguir, ni separar. Pero no se ha de practicar así, pues solo debe sacarse de los bienes própios del padre, que son los que por su parte dió en dote á su hija, y por muerte de esta volvieron luego á él: y asimismo de los demás que éste adquirió por otro título; y nada se ha de deducir de los que la hija hubo de su madre por su dote, y herencia, porque están sujetos á la reservacion que el padre debe hacer de ellos á los hijos de aquel matrimonio, los quales deben dividirlos entre sí con arreglo al testamento materno (1).

12 Teniendo el padre dos hijos del primer matrimonio, si por haber muerto abintestato el uno, que habia heredado á su madre, recayeren sus bienes en el padre, y éste se volviere á casar, y despues el otro hermano suyo entero falleciere tambien, y legáre á algun estraño, ó medio hermano el tercio de aquellos bienes suyos provenidos del hermano, cuya propiedad debia reservarle su padre, por haberse casado segunda vez, y tambien el de todos los demás que poseia, ¿este tercio se ha de deducir del cúmulo de los bienes reservables del primer hermano muerto, que si el segundo viviera, serian para él en propiedad: ó solamente de los que el legante poseia como suyos por otro título? Y parece que de todo deberá deducirse porque todos tocan al legante, los unos en propiedad, y usufructo, y los otros en propiedad solamente, mientras vive su padre.

13 Pero lo contrario es lo seguro, y así se deducirá únicamente de los que este hijo último heredó por sí de su madre, ó que por título le competen, cuya propiedad, y usufructo gozaba, y no de los reservables; y la razon es, porque por muer-

suetudinib. Burgundiæ rubr. 6. §. 7. al fin. fol. mihi 224. Avendañ. respons. 5. n. 5. Cast. de Usufruct. dicho cap. 2. n. 38.

(1) Castill. dicho cap. 2. n. 70.

te de este último hijo se resolvió en plena propiedad el usufructo de sus bienes que competia á su padre: y por haber cesado la causa de reservacion de la propiedad, cesó tambien la pena de privacion á ellos, y así no pudo disponer del tercio de su importe, porque en el instante que falleció, se hicieron absolutamente de su padre; pues para que haya lugar esta pena, se requieren copulativamente dos cosas, la una, que el viudo pase á otras nupcias; y la otra, que existan hijo, ó hijos, ó descendientes del anterior matrimonio, á quien hayan de pasar los bienes reservables; y faltando una de ellas, no ha lugar. A mas de que no se estableció a favor de otros, que de los mismos hijos, ó descendientes; por lo que si el hijo no poseia mas bienes, será ineficaz en el todo el legado (1). Bien que *Escobar* (2) es de contrario sentir.

14 Todo usufructuario (regularmente hablando) debe dar fianza de restituir los bienes que recibe en usufructo, ó su importe en los términos que expliqué en el cap. 7. §. 2. lib. 1. de este tratado: por lo que parece que el padre, y la madre tendrán obligacion de darla, para poder usufructuar los que deben reservar á sus hijos. Pero si el padre nombró en su testamento á la madre por tutora de sus hijos, aunque no está obligada á afianzar, como tampoco los demás tutores testamentarios (3): no obstante, como por el hecho de contraer segundas nupcias, pierde la tutela, y aunque haya sido electa en el testamento paterno, tiene obligacion de dar cuenta, debe por consiguiente afianzar por los muebles y raices para continuar en ella, excepto que sea de los bienes heredados de algun hijo muerto abintestato (4).

15 No procede lo expuesto para con el padre, pues sin embargo de que se crise muchas veces, no pierde la administracion, ni usufructo de los bienes libres, y vinculados de sus hijos mientras existen en su poder, ántes bien lo hace suyo integramente; por lo que no debe afianzar en quanto á las rai-

(1) Paul. consil. 67. al fin. vol. 1. Alex. cons. 66. vol. 3. Portrand. consil. 133. vol. 1. in Novis, y consil 263. vol. 3. Aimon, consil. 36. Anchar. cons. 278. Tello en la ley 6. de Toro n. 67. y 68. Avend. en esta gl. 10. n. 3.
(2) De Ratiocin. compar. 1. n. 20. al 22. (3) Institut. de Satisdat. tutor. y §. por. de Tutel. tutor. Greg. Lop. en la ley 9. tit. 16. Partid. 6. glos. 5.
(4) Ley 5. tit. 10. Part. 6. *fin.* 81 glos. 2. Véase a Parlad. differ. 121. §. 2. declarat. 8. y la ley 11. de esta tit. y 6 Hispalens. Cons. 88. Secund. nupt. y asimismo á Greg. Lop. y Matienz. que son de mi dictamen.

ces, ya los haya de su muger por legado, ó contrato lucrativo, ó por herencia testada ó intestada del hijo; y sí solo por lo concerniente á los muebles, los quales ante todas cosas se deben inventariar, ó describir, y apreciar, para restituirlos, ó su importe en la forma prescrita, sin diferencia de la madre (1). Bien que jamás he visto que el padre de buena conducta afiance los bienes muebles, ni los demás, por no obligarle á ello ley alguna, y porque el derecho hace mas confianza de él, que de la madre; y sí solo hacer la descripcion, y aprecio, ó inventario, y particion (2).

§. II.

En qué casos no estarán obligados los viudos, que se vuelven á casar, á hacer la reservacion á sus legítimos descendientes.

16 No es tan ámplia y absoluta la conclusion sentada en los nn. 3. al 6. de este cap. que no padezca sus limitaciones; por lo que la obligacion de hacer la reservacion impuesta por derecho al padre y á la madre, cesa en los siete casos siguientes: El I, quando el hijo aunque haya muerto el testador, heredó algo de sus abuelos, ó de algun pariente ó extraño, ó se lo donaron, vendieron ó permutaron, ó lo adquirió con su industria, ó recayó en él por otro título que no sea de sucesion de su ascendiente, como sentè en el n. 9. porque de esto no habla, ni se comprehende en la disposicion legal, y así lo hacen suyo absolutamente sus padres (3); aunque en quanto á lo de los abuelos hay quien sienta lo contrario (4).

17 El II, quando el hijo muere testado, pues tampoco está obligada la madre á reservar lo que en su testamento le dexó con título de institucion ó legado, porque entónces sucede principalmente mediante su expresa voluntad como si fuera extra-

(1) Ley Hic edictale, & ibi glos. & DD. Acev. en la ley 4. tit. 1. lib. 5. n. 49. al 54. Cast. de Usufruct. c. 8. n. 92. al 98. (2) Cast. de Usufruct. cap. 3. n. 92. al 117. (3) Ley Mater que, Cod. ad Tertullian. Authent. Ex testam. cit. Gom. en la ley 15. de Toro n. 2. vers. Dubium tamen. Matienz. en la ley 3. glos. 2. tit. 1. lib. 5. n. fin.

(4) Parlador. different. 121. cit. §. 2. n. 5. al 7.

ño, y así puede dividirse entre los hijos de todos sus matrimonios; lo que al contrario quando muere intestado, porque no interviene éste, y sí la mera decision y concesion legal (1). Bien que atenta la disposicion de la ley 6. de Toro dudo que haga suya mas que la tercera parte, de que el hijo puede disponer libremente, y en lo que se verifica sucederle mediante su expresa voluntad; pues de las otras dos es su heredera forzosa tanto por *testamento* como *abintestato* sin diferencia, ya quiera ó no el hijo dexárselas, por lo que no le sucede en ellas por su mera voluntad como en la tercera, sino por disposicion de la ley: y así me parece que estarán sujetas á la reservacion, como he sentado en el cap. 3. de mi primera parte adicionada n. 1. al 4. no concediéndola el hijo facultad expresa para disponer de ellas.

18 El III, quando su marido la dió algo en premio de su virginidad, nobleza, juventud, &c. porque esta donacion no es lucrativa, sino remuneratoria; y así se aplicará, y será comunicable á todos sus hijos (2). Pero esto se entiende, quando real y verdaderamente hay desigualdad notable entre el marido y su muger, ya sea en edad, calidad, ó en otra cosa semejante, y consta claramente que solo por este respecto, y por via de remuneracion la hizo la donacion, y no en otros términos, y así aunque hoy se estila pretextar indistintamente en todos los contratos nupciales la virginidad, nobleza y otras prendas de la novia, para ofrecerla arras el novio, sin embargo de que ninguna desigualdad haya entre los dos, no se eximirá de hacer la reservacion en caso de no verificarse, por no ser própiamente donacion qual se requiere para llamarse remuneratoria, á causa de faltar los motivos realmente constitutivos de la remuneracion legítima y verdadera: porque el marido jamas se ennoblece por la muger, ni se le comunican los brillos ó rayos de su aereo, y accidental distintivo, como á ella los de él (3).

(1) Dichas Authent. Ex testament. y Authent. de Nuptiis, §. Hinc nos, vers. Sed quarta quidem. Matienz. en la 3. tit. 1. lib. 5. Rec. glos. 2. n. 15. y 16. & ibi. Acev. n. 4. al fin. Gom. dicho n. 2. al princip.

(2) Rip. in leg. Fœminæ n. 44. Cod. de Secund. nupt. quæst. 17. Pal. Rub. de Donation. inter vir. & uxor. §. 50. n. 35 Covar de Matrimon. part. 2. cap. 2. n. 2. y 3. Guerreir. de Divis. lib. 2. cap. 14. ex n. 69. al 87.

(3) Ley 2. tit. 27. lib. 11. Nov. Rec. ley 7. al fin. tit. 2. Part. 4. ley Mu-

19 El IV, quando precedió, y obtuvo licencia del soberano para volverse á casar, pues como Legislador puede remitirle ésta, y las demás penas impuestas á las viudas, que contraen segundas nupcias, segun expresamente está decidido en derecho (1). El V, quando quedó viuda, siendo menor de 25 años, aunque despues de casada segunda vez hiciese mayor de ellos, porque la menor edad la releva de la pena de los que se vuelven á casar, como dicen los AA. (2). Bien que acerca de esto hay sus dificultades, porque las leyes hablan generalmente, y no distinguen de menor, ni mayor, ni la conceden expresamente este privilegio, y así será por equidad, y no de justicia.

20 El VI, quando su difunto marido la concedió licencia expresa para volverse á casar, pues puede remitirle la pena (3), y respecto saberlo, y consentirlo, no se le hace injuria (4). Y lo mismo procede si al tiempo de hacerle la donacion, expresa que en ningun caso quiere quede obligada á reservarla, ni su importe, sino que la haga suya, como si fuera patrimonial: y así se dividirán entre todos sus hijos los bienes donados, porque siempre que estos están unidos con pleno derecho al patrimonio de alguno, se confunden, y pierden el nombre de quien fueron, y así no se debe hacer distincion, ni separacion de ellos sino en los casos legalmente expresos (5).

21 Y el VII, quando los mismos hijos siendo mayores de 25 años, la concedieron licencia, y consintieron su casamiento, pues como establecida á su favor esta pena, se la pueden remitir tambien (6). Pero para la mas clara y perceptible inteligencia de este caso saber como se entiende, y ha de ser esta

lieres, Cod. de Dignit. lib. 12. ley Fœminæ, ff. de Senat. Guerreir. n. 81. al 83. del lugar citado. (1) Ley fin. tit. 12. Part. 4. ley Si qua mulier 4. Cod. Ad Senatus consult. Tertyllian. y ley Solet à Principe 10. ff de His qui notantur infamia (2) Cifuent. en la ley 15. de Toro. Jason en la Minoribus al fin. ff. de His quibus ut indignis. Boer. decis. 185. Gom. en dicha ley 15. n. 6. (3) Authent. De nuptiis, cap. Duo igitur, vers. Unum itaque, y cap. Secundum vero, collat. 4. Matienz. en la ley 3. tit. 1. lib. 5. gl. 2. num. 5. (4) Regla 25. tit. 34. Part. 7. ley Cum donationis, Cod. de Transact. y ley 1. §. Usque adeo, ff. de Injuriis, cap. Scienti, ff. de Reg. jur. in 6. y regla Nemo videtur, ff. de Regul. jur. (5) Ley ultim. al fin, Cod. de Inofic. testam. (6) Glos. in §. 1. Authent. de Non eligendo secundo nubentes, collat. 1. Gom. dicho n. 6. vers. Et idem etiam est. Cast. de Usufruct. cap. 2. n. 93.

licencia: y quando por su concesion se perjudican, ó no los hijos, es indispensable hacer distincion de los que pueden ocurrir

22 El I caso es, quando los hijos mayores de edad consienten que su madre pase á segundas nupcias, y la remiten, y perdonan expresamente toda la injuria que en ello les hace, ó todo su derecho. En cuyo caso es inquestionable que nada pierde, ántes bien retiene, y adquiere para sí en propiedad, y usufructo todos los bienes que de su primer marido tenia en su poder, y los que por sucesion de sus hijos habian recaido en ella, y provenido de la substancia del padre de éstos (1).

23 El II es, quando los hijos tambien mayores consienten simplemente que su madre se case, pero no renuncian expresamente el derecho, y beneficio que la ley les concede, y en este caso se debe decir lo mismo que en el anterior, pues por el hecho de consentir el matrimonio, es visto remitir su derecho; por lo que este consentimiento simple surte el efecto de que su madre se exima, y liberte de la obligacion de reservacion, que á no intervenir, tendria (2). Lo que queda expuesto en estos dos casos en quanto á los hijos mayores milita, y procede para con los menores, interviniendo la autoridad de sus tutores para prestar su consentimiento, y hacer la renuncia, y probándose causas legítimas, y seguírseles utilidad del casamiento de su madre, y no en otros términos (3).

24 El III, quando los hijos aunque fuesen mayores, y estuviesen presentes, callaron, y ningun acto, ni gestion hicieron, por el qual se infiera haber consentido en el matrimonio: pues entónces su mera presencia no les perjudica, ni por ella se prueba su asenso, y por lo mismo no se liberta la madre de la pena de reservacion (4), porque una cosa es honrarla con asistir á su boda, y otra, y muy diversa renunciar el derecho que la ley les concede, lo qual no es presumible miéntras no conste (5). Sin que los hijos necesiten hacer pro-

(1) Angul. consil. 396. col. 4. n. 4. vers. Hæc autem Regula Decio consil. 209. n. 7. Menoch. consil. 237. n. 16. al 18. lib. 3. (2) Gles. in dict. § 1. verbo Copulatur, in Authent. de Non eligendo. Menoch. ibi n. 16. y sig. y otras que cita. (3) Gaill. lib. 2. Observation. Pract. observat. 98. n 22. Menoch. dicho consil. 237. n. 22. al 24. (4) Menoch lib. 3. presumpt. 29. n. 90. (5) Parisiens. in Annotat. ad Dec. consil. 205. verb. Vo-

texta para dexarlo ileso (1); porque si esta fuese necesaria, y su taciturnidad, y asistencia los perjudicasen, jamás se verificaria tener lugar la pena de reservacion (2).

25 El IV, quando los hijos mayores presenciaron el matrimonio segundo, y aunque no lo consintieron expresamente ni renunciaron su derecho, pero intervino con su presencia algun acto positivo exterior de su parte, por el qual manifestaron su voluntad, y consentimiento; en cuyo caso es visto consentir tácitamente, y así se perjudican, por haber practicado acto, por el qual se arguye su voluntad, porque no era regular lo hiciesen, á no haber prestado su consentimiento interior, pues la voluntad se declara por los hechos igualmente que por las palabras (3), y aun mejor se dá á entender por aquellos, que por éstas (4): los hechos manifiestan el efecto: y las palabras suelen proferirse á veces contra la voluntad del que las dice (5). A mas de que el que está presente, y calla, es visto consentir aun en lo que le perjudica, si con su presencia concurre por su parte algun acto positivo externo, y mucho mas entre los conjuntos (6).

26 El V, quando los hijos que asistieron á la boda, nada consintieron expresa, ni tácitamente, pero despues la ratificaron de una de estas dos maneras; pues pierden tambien el beneficio de la ley, del mismo modo que si al tiempo en que se celebró, hubiesen consentido, por ser lo própio lo uno que lo otro en quanto al efecto (7). Lo qual se entiende, no solo quando la ratificacion es expresa, sino quando es tácita, v. g. quan-

sente, & in Rubr. Cod. de Secund. nupt. Rip. in leg. Si unquam, Cod. de Revocand. donation. quæst. 42. n. 108. al fin.

(1) Baez. de Non meliorand. filiab. cap. 20. n. 59. (2) Baez. dicho c. 10. n. 78. Parisiens. loco citat. Boer. decis. 185 n. 23. Fulgos. consil. 73.

(3) Ley Paulus, ff. Rem ratam haberi. Tiraquel, de Jur. constitut. part. 3. limit. 30. n. 12. Cravet. consil. 159. n. 5. Menoch. consil. 110. n. 1. y consil. 121. n. 90. lib. 2. (4) Ley Si tamen, §. Et, qui, ff. de Ædilitio edict. glos. in leg Recusari, ff de Acquirend. hæredit. (5) Cap. Dilecti filii, & ibi Decio in Secundo notabili, de Appellat. Menoch. consil. 5. n. 16. lib. 1. Socin. Junior. consil. 38 n. 13. lib. 1. (6) Ley filius familias, ff. ad Macedonian. Clementin. 1. de Procurat. Abb. in cap. Cum virum, in tertio notabili, de Regularib. Alciat. y Jason, in leg. Cum proponas, Cod. de Pact. Boer. decis. 185 n. 20. (7) Angel. consil. 96. Anton. Gabriel, lib. 3. Commun opinion. tit. de Secund. nupt. conclus. 1. n. 36. Baez. dicho c. 10. numer. 96.

do en su vida no se quexan de las segundas nupcias: ó habitan familiarmente con su madre: ó la aman, y á su padrasto: ó en vida, ó muerte les donan algo: ó por otras congeturas se infiere su asenso (1); pues si la ratificacion hecha con palabras expresas, es suficiente, debe serlo tambien la que colige de las obras, porque éstas la inducen mas vigorosa que aquellas (2). Previniendo que si los hijos no se quejan en vida del tránsito de su madre á segundas nupcias, sabiéndolo, y sin quejarse fallecen, no trasfieren á sus herederos este derecho que tenian adquirido, ántes bien por su silencio es visto haberselo condonado, y remitido, cuya queja basta que sea extrajudicial (3).

27 Y el VI, quando los hijos no estuvieron presentes á la celebracion del matrimonio segundo, de suerte que no pudieron consentirlo tácita, ni expresamente, pero si luego llegó á su noticia, y remitieron á su madre la injuria, ó renunciaron expresamente su derecho, es indubitado que por la renunciacion se perjudicaron, y que la madre adquirio la propiedad de los bienes reservables. Y lo própio milita si la ratificacion es tácita, é intervinieron los actos, congeturas ó signos por los quales induce, como queda expuesto en el precedente caso, pues faltando estos respectivos requisitos, y habiendo intervenido la ausencia de los hijos, está sujeta la madre á la pena legal, y para no incurrir en ella, es indispensable algun consentimiento de ellos (4).

28 En los casos expresados en que la madre no está obligada á hacer la reservacion á sus hijos, hace enteramente suyos los bienes que heredó de estos, o de su marido premuerto, por lo que puede usar, y disponer de ellos á su arbitrio, y así se dividiran entre todos los de sus matrimonios con arreglo á su voluntad, como si los hubiera llevado en dote, ó no se hubiera vuelto á casar; y la razon es, porque siempre que los bienes están unidos al patrimonio de alguno, se confunden, y

(1) Roland. consil. 92. n. 20. y sig. lib. 1. y consil. 81. n. 13. lib. 3. Decio cons. 205. n. 5. al 7. Parisiens. consil. 29. ex n. 82. lib. 3. Bursat. cons. 42 n. 42. lib. 1. Surd. consil. 91. n. 21. y 22. lib. 1.

(2) Menoch. consil. 507. n. 15. lib. 6. Abb. consil. 116. in 2. part. Bursat. consil. 40. n. 13. y cons. 118. n. 14. lib. 1. (3) Rip. in dict. leg. Fœminæ. quæst. 14. y 61. vers. facit quod. Anton. Gabriel, in tit. de Secund. nupt. conclus. 1. n. 23. Guerreir. de Divisio. dicho lib. 2. y cap. 14. n. 60 y 61. (4) Cast. de Usufruct. cap. 2. n. 110. al 126. incl.

no se debe hacer distincion, ni separacion de ellos sino en los casos expresos en derecho, como queda sentado. Y lo mismo procede quando se casó dos veces solamente, y despues de viuda recayeron en ella los bienes de alguno de los hijos del matrimonio segundo: lo uno, por la razon expuesta; y lo otro, porque no hace injuria al cónyuge muerto, ni á sus hijos; y cesando ésta debe cesar la disposicion, y asi los hace suyos, y puede repartirlos entre todos los hijos de sus dos matrimonios (1).

29 Y si no tiene hijos del precedente, ó precedentes matrimonios, ni descendientes de ellos, tambien hace suyo todo quanto la dieron y dexaron sus respectivos anteriores maridos, y como dueña puede disponer de ello á su arbitrio, segun los textos citados se lo permiten, no habiendo fuero, ó costumbre de que vuelva al tronco. Y lo própio milita para con los arras, que al tiempo de casarse la prometieron, pues no disponiendo expresamente de ellas, pasarán á sus herederos, y no á los de sus maridos (2).

30 La obligacion impuesta á la madre de reservar á sus hijos la propiedad de los bienes que su marido la dona, ó dexa, no procede para con su usufructo, pues es dueña absoluta de él; y asi aunque sea tanto que con él compre, y adquiera otros, no está obligada á reservarlos á sus hijos, ni se entienden provenir, ni provienen de la substancia paterna como la propiedad, por no haber sido de su padre; por lo que puede disponer de ellos entre los de todos sus matrimonios como de los patrimoniales, pues las leyes bastante proveyeron á favor de los hijos en preceptuar la reservacion de la propiedad, en la qual como procedia del padre, eran defraudados: y no quisieron ampliar su precepto á los frutos, porque éstos nunca fueron, ni pudieron ser de éste, sino de la reservante, como ganancia adquirida despues de su muerte, y por lo mismo no son damnificados en ellos sus hijos (3).

(1) Ley Sed si plures, §. Filio, ff. de Vulgar. & pupillar. substitut. ley ultim. al fin, Codic. de Inoffic. testam. glos. in leg. Hac edictali, Codic. de Secund. nupt. DD. in leg. 1. §. Veteres, ff. de Acquirend. posses Covar. in Epitom. succes. n. 9. y 10. Morquech. dicho cap. 12. n. 8. Guerreir. dicho cap. 14. ex n. 55. al 58. lib. 2. (2) Ley 4. tit. 2. lib. 10. Nov. Recop Cast. dicho cap. 2. n. 11. Parlad. differ. 121. §. 1. n. 7. y 8.

(3) Castill. ibi n. 37. Merlin. de Legitim. lib. 4. tit. 2. quæst. 1. hasta la 4. Guerreir. ibi n. fin. Parlad. §. 2. n. 16. differ. cit.

31 Aunque la madre viuda herede á algun hijo que haya muerto, y despues se case otro de los supérstites, no pierde por eso, ni debe restituirle el usufructo que desde que se volvió á casar, percibió de los bienes de su difunto hijo hermano de los supérstites, ántes bien debe gozarlo por toda su vida, porque lo hace suyo, y no está comprehendido en el que la ley 48. de Toro concede al hijo casado como admirablemente funda el Sr. Castillo (1).

32 Nada de los bienes que padre, y madre adquieren, y multiplican miéntras están casados, deben reservar á los hijos de sus anteriores matrimonios, ántes bien los hacen suyos plenamente por ser de industria, y trabajo que es título oneroso; y así aunque se casen muchas veces, pueden disponer de los que en cada matrimonio adquieren, al modo que de los patrimoniales, como se prueba de la ley 14. de Toro, que es la 6. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec. que dice: *Mandamos que el marido, y la muger, suelto el matrimonio, aunque casen segunda, ó tercera vez, ó mas, puedan disponer libremente de los bienes multiplicados durante el primero, ó segundo, ó tercero matrimonio, aunque hayan habido hijos de los tales matrimonios, ó de alguno de ellos, durante los quales matrimonios los dichos bienes se multiplicaron, como de los otros bienes próprios, que no hubiesen seido ganancia, sin ser obligados á reservar á los tales hijos propiedad, ni usufructo de los tales bienes* (2).

33 Muriendo sin sucesion legítima algun hijo del anterior matrimonio despues de haber heredado á su padre, si hiciere testamento, y segun se lo permite la ley 6. de Toro, dexáre la tercera parte de sus bienes á uno de sus hermanos enteros, y las otras dos á su madre, y esta se volviere á casar, ó al tiempo de su fallecimiento estuviere casada, y el hermano legatario del tercio muriere intestado sin sucesion, por cuya razon le hereda su madre abintestato, ¿estará obligada á reservar á los hermanos enteros sobrevivientes la tercera parte que abintestato heredó de este último, y él hubo de su hermano premuerto? No, porque esta tercera parte no proviene inme-

(1) De Usufruct. dicho cap. 2. n. 50. al 55. (2) Ley final, Cod. de Bonis mater. Gom. en la 14. de Toro n. 3. vers. Ex quibus videbatur. Gutier. lib. 2. Pract. quæst. 95. n. 12. y 14. Matienz. en la 6. tit. 9. lib. 5. glos. 2. numer. 1.

diatamente de la substancia del padre, sino del hermano, del qual se hizo despues de su aceptacion, como patrimonio adquirido de otra parte, y por su aceptacion dexó de ser herencia del padre, de quien primero habia sido, pues hubo interposicion de dos personas (1).

34 Si la madre enagena los bienes raices que está obligada á reservar á sus hijos, parece debe perderlos, y que estos pueden quitarlos á sus poseedores en su vida, al modo que el usufructuario, que enagenando los que usufuctúa, ó el derecho de usufructuarlos, pierde el usufructo, el qual se consolida con la propiedad, y pasa al propietario (2). Pero no obstante, lo contrario es lo cierto; y así valdrá la enagenacion durante su vida, y se revocara despues de su muerte, porque puede suceder que los hijos premueran á su madre, y que por consiguiente los herede, lo qual es especial en la madre en este caso, y no milita para con otro usufructuario; bien que si los enagena ántes de casarse, y luego se casa, sin embargo de que parezca hecha en tiempo hábil su enagenacion, pueden reivindicarlos de los que los posean, sin necesidad de hacer execucion en los maternos (3).

35 Aunque subsistiendo viudo el padre es igual á la madre en el privilegio: no obstante, casándose, si enagenáre algunos bienes de los hijos de su anterior matrimonio, ya sea ántes, ó despues de casado, no pueden estos reivindicarlos del tercero poseedor mientras viva su padre, ni tampoco despues, si aceptan su herencia, sin hacer previa exclusion en los paternos, pues como herederos universales están obligados á observar los contratos celebrados por su causante; y así solo en lo que les falte para completar el valor de los bienes reservables, podrán repetir contra su poseedor; pero si la renuncian, no necesitan hacer la excusion para intentar su repeticion (4).

(1) Dicha ley Sed si plures, §. filio impuberi, ff. de Vulgar. & pupillar. substitut. ley Ejus, qui in Provincia, §. fin. ff. de Reb. credit. si cert. petat. y §. 1 Institut. de Hæredum qualitat. & different. Cast. de Usufruct. dicho c. 2. n. 60. al fin. (2) §. Finitur, Institut. de Usufruct. arg. leg. Si usufructus, ff. de Jure dotium. (3) Authent. De non eligendo, cap. Hoc autem 2. collat. 1. Gom. en la ley 15. de Toro n. 5. vers. Dubium tamen est, y vers. Item adde. (4) Ley 24. tit. 13. Part. 5. & ibi glos. 9. 10. y 11. Covar. lib. 1. Var. cap. 8. n. 5. Pinel. in leg. 1. Cod. de Bonis matern. part. 3. n. 21.

36 Por el tránsito á segundas nupcias no pierde la muger el usufructo que el marido la dexó de sus bienes simplemente, y sin condicion de conservar viudedad, ó con la de que lo gozase miéntras viviese. Y lo própio milita para con el marido, si su muger lo dexa por usufructuario (1). Ni tampoco si se lo lega con la condicion de: *Si viviere casta, y honestamente*, sin añadir: *Si permaneciere en su viudedad*, pues por casarse no se debe decir que vive deshonestamente (2).

37 Pero sin embargo de que no pase á segundas nupcias, si despues de la muerte de su marido vive luxuriosamente, ya sea dentro, ó fuera del año de su viudedad, no solo pierde la propiedad, y usufructo de los bienes que su marido la dexó por via de herencia, legado ó donacion graciosa, la tutela de sus hijos, las arras que la dió, ú ofreció, y la facultad de testar que la concedió; sino tambien la mitad de gananciales que durante su matrimonio adquirió, si exîsten hijos de este, á los quales, y no á ella se debe aplicar todo en dicho caso, porque milita igual, ó superior razon que si se volviera á casar, y no debe ser de mejor condicion la incontinencia, y luxuria de la viudedad, que la castidad del matrimonio segundo; lo qual no procede para con su marido (3), como he sentado en el cap. 4. n. 56. lib. 1. de esta segunda parte, por la razon que allí expuse.

(1) Authent. De nuptiis, §. Si vero solum usumfructum, y Authent. Hoc locum, Cod. Si mulier secundo nupserit. (2) Ley Ambiguitates 2. Cod. de Indicta viduitate tollend. Cast. de Usufruct. dicho cap. 2. ex n. 127. hasta el fin. Gom. en la ley 15. de Toro n. 9. (3) Tell. en la ley 6. de Toro n. 21. Abilés in Prœm. cap. Prætor. n. 39. Mol. de Primog. lib. 1. c. 9. ex n. 49. al 55. Matienz. y Acev. en la ley 5. tit. 9. lib. 5. Rec. Gom. en dicha ley 15. n. 13. al 18. Pariad. different. 121. §. 2. n. 12. al 15.

CAPITULO VI.

DE LOS LEGADOS, Y CONDICIONES QUE EN ellos puede poner el testador; quándo podrá, ó no revocarlos, y y se entenderán revocados, aunque no los revoque, de donde se han de deducir; si en ellos habrá, ó no lugar, el derecho de acrecer; quándo se compensarán, ó no con lo que debe á su muger, ó á otros acreedores: y con la décima del tutor de sus hijos: si pertenecen, ó no al legatario, y cómo se han de dividir los frutos que el testador dexa pendientes en la cosa legada, y los que despues produce esta hasta que se le entrega; y si revocándose el legado, deberá, ó no restituir los que percibió.

§. I.

De la division de las mandas ó los legados, y que cosas puede, ó no legar el testador.

1 La manda, ó legado *es una donacion, ó dádiva que el testador hace en su última disposicion á alguno, para que su heredero se la entregue: ó por su alma: ó por amor de Dios: ó por hacer bien á quien se la dexa* (1).

2 Se dividen las mandas en *forzosas*, y *voluntarias*, y en *genéricas*, y *específicas*. Las *forzosas* son las que los testadores están obligados á dexar en sus testamentos para la redencion de Christianos Cautivos, conservacion de los Santos Lugares de Jerusalén, y casar huérfanas, y su importe son 36 maravedís á lo ménos por una vez; y si los otorgan en esta Corte, y en ocho leguas de su contorno, á los Reales Hospitales de ella, mandando se les den 48. maravedís, ó lo mas que cada uno quiera, de lo qual traté en el n. 37. de dicho cap. 1. Y las voluntarias son las que dependen de su mera voluntad, ya sea por efecto de su liberalidad para hacer bien al legatario, ó por su alma, ó por la de otro.

(1) Leyes 5. tit. 6. y 1. tit. 9. Part. 6. ley legatum ff. de Legatis 1. y 2.

3 Las *genéricas* son las de cosas que consisten en número, peso y medida, v. gr. trigo, vino, aceyte, dinero, &c. ó aunque sean específicas, no se distinguen por la expresion con que están hechas, v. gr. un caballo, una mula, &c. sin nominar quál es: de las quales para su percibo compete al legatario accion personal, é hipotecaria, y no la de reivindicacion, ni otra, por no transferírsele su dominio ántes de su tradicion (1); y puede pedirlas al heredero en el Lugar en que habita, ó empieza á pagarlas, ó en el en que el testador les mandó satisfacer, ó está la mayor parte de sus bienes (2).

4 Y las *específicas* son las que luego que se nombran, se conocen por las señales con que el testador las distingue, v. gr. una casa sita en tal parte con tales linderos, un caballo de tal pelo, edad y altura, &c. y de estas siendo própias del testador, y hechas, pura, ó simplemente, se transfiere inmediatamente que fallece, sin necesidad de tradicion, el dominio al legatario, al qual compete la accion de reivindicacion; y así puede pedirlas al heredero, y éste debe entregárselas en uno de tres Lugares, que son: en el que habita, ó en el que están, ó en el que se halla la mayor parte de los bienes del testador, excepto que éste prefina en qual debe hacerle su entrega (3).

5 No solo debe haber el legatario, y el heredero entregarle la cosa específica própia del testador, que le legó simplemente, sino tambien todo lo que la pertenece, y el incremento que tuvo desde que le fué legado hasta el dia que se la entregue, ya fuese por habérselo dado el mismo testador, ó agregádosele algo por avenida de rio, ú otra causa, ó motivo, como se prueba de la ley 37. tit. 9. Part. 6. que en su primera parte dice: *Entregar debe el heredero á aquel á quien fué fecha la manda de la cosa que el testador le mandó, con todo lo al que le perteneciese aquella cosa mandada. E esto sería como si le mandase un solar, é despues que gelo obiese mandado, fiziese el tes-*

(1) Ley 1. Cod. Communia de Legat. Gom. lib. 1. Var. cap. 12. n. 7. vers. Si vero legatum, cerca del fin. (2) Ley 48. tit. 9. Part 6. desde las palabras Mas las otras. (3) Leyes 34. y 48. tit. 9. Part 6 ley 47. ff. de Legat. 1. ley. A Titio, ff. de Frut. ley Si tibi homo, § Cum servus, ff. de Legat. 1. Qui in testamento domini, ff. de Test. y ley 2. Cod. Communia de Legat.

tador casa, ú otro edificio, en él: cá estonce aquel á quien fué fecha tal manda, debe haber tambien la casa como el solar. E eso mismo decimos que sería, si le ficiese manda de un campo, é despues se acresciere alguna cosa por avenidas de rios que le corriesen de acerca, ó se ayuntasen á él otras cosas, así como árboles, ó fuese hí puesta viña despues (1) (*a*).

6 Lo qual se entiende, á ménos que el testador mande lo contrario (2). Pero si el aumento fué hecho en cosa legada, sabiendo el testador que era agena, nada de él, ni de su estimacion debe llevar el legatario (3).

7 Al modo que el aumento de la cosa legada por el testador pertenece á su legatario, le pertenece tambien su diminucion, ó menoscabo, por lo que si despues de haberle legado una casa, finca, ú otra cosa, enagenó parte de ella, no llevará mas que lo que quedó sin enagenar (4). Y lo própio milita, si la casa se arruinó, pues llevará únicamente el area, ó solar en que estaba edificada, que es el residuo (5).

8 Pero si el testador la levantó, ó reedificó despues de arruinada, no tiene derecho á ella el legatario, porque es casa nueva, la qual, ni su suelo no le están legados; y así es visto haber revocado el legado, y mudado su voluntad, excepto que dexe algo sin reedificar, pues de esto se le deberá el area (6).

9 Puede legar el testador no solamente sus bienes, sino tambien los del heredero que instituye, ya tenga ciencia, ó ignorancia de que pertenecen á éste: y valdrá el legado, y estará obligado su heredero á entregarlo al legatario, ó su estimacion; pero en este no se transfiere de derecho su dominio, como quando lo legado es própio del legante (7).

10 Se entiende lo expuesto, quando no hay mas herede-

(1) Ley Si ex toto, de Legat. 1. (2) Ley Servum filii 41. ff de Legatis.
(3) Ley Si chorus, §. Area, ff de Legat. 3. & ibi DD. Gom. lib. 1. Var. cap. 12. n. 16. Ayllon, ad Gom. ibi n. 18. Covar. Pract. c. 2. n. 2.
(4) Dicha ley Si ex toto. (5) Ley Si grege, vers fin ff de Legat. 1.
(6) Ley Si ita legatum, §. Si domus, ff. eod. tit. Gom. ibi vers. Simil.
(7) Ley Unum ex familia, §. Si rem, ff. de Legat. 2. ley Si hæredis servus, ley Si quis inquilinos, §. y ley Si tibi homo, §. Fundus, ff. de Legat. 1.

(*a*) En la nota que al n. 3. de este §. propone el Señor Gutierrez, no hay necesidad de advertencia, pues tiene su respuesta en el prólogo al Editor fol. 41. vers. *Traeré otro exemplo.*:

ros instituidos que uno, ó aunque sean muchos, es gravado especialmente uno de ellos solo á la tradicion del legado; lo que al contrario si son muchos, y todos gravados á restituir, ó entregar la alhaja que pertenece al uno, pues el dueño de ésta por lo que le toca en la herencia, solo estará obligado parcialmente á entregarla, ó su estimacion (1).

11 Tambien puede legar la cosa agena; y si al tiempo de legarla sabe que lo es, y acredita luego esta ciencia el legatario (*a*) vale el legado, y el heredero está obligado á comprarla: y si su dueño no quiere vendersela, á darle su valor. Pero si ignora que es agena, no vale el legado, ni por consiguiente está obligado el heredero á dar su valor, ó estimacion al legatario estraño; lo que al contrario si es consanguineo, ó su muger, pues vale, y el heredero debe entregarle su valor, porque se presume que aunque supiera que era agena, se la hubiera legado por la aficion que media entre los dos. Y lo mismo procede, si lega lo ageno á un amigo grande, ó á criado suyo, pues ya sepa, ó no que lo es, vale el legado, porque versa la própia razon (2).

12 Igualmente puede legar lo que tiene empeñado, ú obligado á alguno por ménos de lo que vale; en cuyo caso debe su heredero desempeñarlo, y entregarlo al legatario. La misma obligacion tiene, si lo estaba por el tanto, ó por mas de su valor, ya supiese, ó no el testador que al tiempo de legarlo

(1) Ley Si tibi homo, y §. Si fundus cit. Gom. cap. 12. num. 14. Greg. Lop. en la ley 10. tit. 9. Part. 6. glos. 2. (2) Ley 10. tit. 9. Part. 6. en las palabras otro si decimos, &c. Ley Cum alienam rem, Cod. de Legat. ley Filius familias, §. Si quid alicui, ff. de Legat. 1. Ley Mortuo bove, §. 1. ff. de Leg. 2. ley Non dubium, §. fin. ff. de Legat. 3. y §. Non solum, Instit. de Legat. Gom. ibi n. 13.

(*a*) Da y propone el Señor Gutierrez las razones, porque debe el legatario acreditar la ciencia de que el testador sabia que era agena, lo apoya con las que expone y manifiesta Arnoldo Vinio al §. 4. inst. de leg. *n.* 7. y 8.; si es sentado que al actor incumbe la prueba de su intencion, era suficiente para motivar debia hacerlo el legatario; solo faltó al autor haber insertado lo que dicho interprete expresa á dichos on.; contemplo no necesario por referirse al §. que se cita, sin mas diferencia que la del Señor Gutierrez dice §. 4., y el autor §. *non solum*, que es lo mismo; y todo profesor para mas afianzarse en lo inserto, no será extraño reconociese su contenido. Sería nunca acabar, si el todo de lo que contienen las citas hubiera de incluirse en la obra.

estaba empeñado. Pero si quando lo legó, ignoraba el empeño, y el importe de éste era menor que el valor de la alhaja, debe desempeñarla el legatario, pues es visto, que solo del exceso le hizo el legado. Así se prueba de la ley 11. tit. 9. Part. 6. que dice: *Manda faciendo el testador de alguna cosa suya, que él sabía que era empeñada, ó obligada á otri por menos de lo que valiese, tenudo es el heredero de la quitar de los bienes del finado, é de darla á aquel á quien fuese mandada. Otrosí decimos, que si tal cosa era empeñada por tanto, ó por mas de lo que valiese, que estonce la debria quitar el heredero del testador de los bienes de la herencia, quier sopiese que tal cosa era empeñada, ó non, quando la mandaban. Mas si por menor precio de quanto valia, yacia tal cosa en peños, si el testador non lo sabia quando la mandó, debela quitar de lo suyo aquel, á quien es fecha la manda* (1). Lo qual se entiende, excepto que el legatario sea su conjunto, ó persona tal, que de qualquiera suerte siempre se la hubiera legado, pues entónces debe el heredero redimirla, y entregársela libremente (2), por la razon arriba expuesta.

13 Puede asimismo legar á su deudor la alhaja ó prenda que este le habia entregado y tenia en su poder por via de seguridad del débito, y valdrá el legado; pero á los herederos del testador queda salvo su derecho para repetir contra el deudor por lo que debia; porque no es visto habérselo remitido, sino haberle legado solamente el derecho de prenda, y dexado libre del empeño la alhaja (3). Lo qual se entiende, á ménos que sea otra la voluntad del testador; bien que esta no se presume, excepto que la pruebe el legatario (4).

14 Y si suponiendo el testador estár debiendo á alguno cierta suma, aunque fuese incierto, se la legase, se entiende haberse convertido en legado, y que su ánimo fué legárse'la, y para ello supo que se la debia, y así deberá dársela el heredero; y si fuese cierto el débito, tambien debera dársela, y no mas, porque es visto haber querido pagárselo, y compen-

(1) Ley Si res obligata, ff. de Legat. 1. ley Licet, ff. de Dote prælg. Greg. Lop en la ley 11. ister glos. 4. y 5. Gom. ch. c. 12. n. 29.

(2) Ley Prædia, Cod. de Fideicommis glos. & DD. in dict. l. 6. 8) los obligat. (3) Ley 16 tit. 9. Part. 6. (4) Ley 1. ff. de Liberation. legat. y ley Si mulier, §. fin. ff. de Legat. 3.

sarlo, pues la causa falsa no vicia el legado (1) (a).

(1) Leyes 19. y 20. tit. 9. Part. 6. ley Legavi, ff. de Liberation. legat. ley Si sic, §. 1. ff. de Legat. 1. y ley 2. Cod. de Fals. caus. adject. legat. Greg. Lop. en dicha ley 20.

(a) No obstante lo expresivo de la ley 20. citada, que inserta el Señor Gutierrez en su nota a este n. quiere contrarestar su precepto, reducido á que vale la manda aunque no fuese verdad estarse debiendo, y por lo mismo esta el heredero obligado á cumplirlo; dice la ley "E esto seria como »si dixese mando á fulano ome que me fizo tal honra, ó tal servicio, tan»tos marauedises ó tal cosa" expresa el Señor Gutierrez *que esta ley se ha tomado sin duda del §. 31. de legat. instit.* y añade: *mas á pesar de las razones ó sutilezas en que se apoya la expresada disposicion, le parece que generalmente hablando, no se conforma ó se opone á la voluntad del testador, quien sin ninguna ambiguedad dá á entender que dexa la manda por el motivo que expresa, y que no habiéndola, no la dexaria*; se equivoca aquí el Señor Gutierrez: que se dé a entender que la dexa por dicha causa ó razon pase, pero que, no habiéndola no la dexaria, no se expresa; confiesa no debe contravenirse á una ley tan terminante, sinembargo deberán tenerse presentes estas palabras del jurisconsulto Papiniano: *Es mas cierto que la causa falsa no obsta á la manda, porque la razon de legar, no está anexá al legado*; repone, *aquí se atiende á esa sutileza, y no á la voluntad del testador*; de consiguiente, viene á inculcarse otra vez en la insubsistencia de la ley; es buen empeño; vuelva el Señor Gutierrez á enterarse del comentario del §. que cita de la Instituta, y el precedente en Arnoldo Vinn. á ver si se satisface de la justificacion de semejante disposicion. Si aun duda, no obstante, que es una ley que no está derogada, atienda a lo que dice el Maestro Antonio Gomez *en el n. 74. y aun el 75. var. resol. cap. 12. de legat.* que se persuade aclara las palabras del jurisconsulto Papiniano, asegurando ó dando la razon de no viciarse el legado de esta naturaleza, dice, porque aquella demostracion y solemnidad extrinseca no era necesaria, por tanto no debe viciar, respecto á que la solemnidad, que no se requiere en el acto, si interviene, y ménos á proposito, no le vicia; es regular que con esta explicacion aun se quede en su duda; ni el Señor Gutierrez cita algun autor de opinion contraria á la ley, ni Regnicola alguno se encontrará; supone que como tomado de dicho §. de la instituta, siguió nuestra ley dicha sutileza, sin atender á la voluntad del testador. Se debe preguntar ¿acaso no pudo el legislador establecerlo en igual forma sin atender á si estaba ó no dispuesto ó tratado anteriormente? á nadie se ofrece duda; pues ¿para qué es parar el discurso en aprehensiones voluntarias! sabe el Señor Gutierrez que hay un principio *en el ff. titul. de legibus, senatusque consult.* que dice: *no de todas las cosas, establecidas por los predecesores puede darse razon*, y sucesivamente se propone y determina: *Y por tanto no conviene buscar las razones de lo que se halla establecido: de lo contrario muchas de las cosas así establecidas que son ciertas, quedarian sin efecto, ó se darian por el pie*; ¡o palabras dignas de no separarse de la humana consideracion! tenga presente el Señor Gutierrez, que si despues del gran jurisconsulto Papiniano, que floreció a principios del siglo III. y en tiempo del Emperador Caracalla (véase al P. Josef Biner, part. 11. cap. 3. fol. 27. y al P. Florez

15 Del mismo modo puede legar las cosas nacidas, y que no han nacido ni exîsten, v. g. hijos de siervas, ó ganados, frutos de tierras, árboles, &c. con tal que se espere que han de nacer: y verificando su nacimiento, valdrá el legado (1), porque pueden ser donadas (2), vendidas (3), hipotecadas (4), y por qualquier contrato enagenadas (5): y el legado de estas cosas se puede llamar condicional en quanto á la disposicion, accion, y obligacion, porque éstas no competen ántes que aquellas nazcan; pues al modo que la condicion expresa puesta por el hombre, ó por la ley, impide el nacimiento de la obligacion, del mismo modo la condicion tácita, é intrínseca legal (6); pero no es condicional para efecto de impedir la transmision de lo legado (7).

16 Si el testador legó alguna cosa existente en otra parte, que dudaba si estaba, ó no viva, debe el heredero dar caucion, y seguridad al legatario de que la buscará, y averiguará su existencia; y verificada esta, se la entregará, á cuyo efecto practicará á su costa las competentes diligencias, de suerte que el legatario nada tenga que expender (8). Y lo mismo procede,

en su clav. histor. edition 12. fol. id. 27.), se dio por él mismo esta respuesta: si ya en tiempo del Emperador Antonino, siglo anterior, se encuentra un titulo en el cod. lib. 6. tit. 44. *de falsa caus. adject. legato vel fideicom.*; si ya finalmente en el siglo VI. el Emperador Justiniano, á quien se debe la coleccion de las leyes y escritos antiguos, se encuentran, y en sus instituciones las mismas decisiones ó preceptos, dandose por supuesto que los encargados en la composicion de nuestras leyes de las partidas hubiesen tomado de tales aserciones *de que la falsa causa no vicia el legado*; respecto que todos los encargados en semejantes operaciones reflexionarian indispensablemente el fundamento ó razon, en que se sostenia dicha asercion, reconozca y vea el Señor Gutierrez ¿si hará fuerza su dictamen, y tendrá valor para contradecir lo dispuesto, y especialmente quando no se cierra la puerta para excepcionar que a saber el testador no era cierta la causa, no hubiera executado la manda! pues, justificandolo asi, no tenia obligacion alguna el heredero á la entrega del legado; de consiguiente dexe en su fuerza y vigor la ley, que en los casos ocurrentes cuidarán los jueces de darla su aplicacion.

(1) Ley 12. tit. 9 Part. 6. ley Quod in rerum, ff. de Leg. 1. ley Etiam, ff. de Legat. 3. (2) Ley Spem, Cod. de Donat.

(3) Ley Nec emptio, ff de Contrahend. emption. (4) Ley Et quæ nondum, ff. de Pignorib. (5) Ley Inter stipulantem, §. Sacram. vers. Pro quo, y ley Interdum, ff. de Verbor. obligat. (6) Glos. in leg. Item quia, ff. de Pact. (7) Ley Conditiones 99. ff. de Conditionib & demonst. y ley Cum illud 25. al fin ff. Quando dies legati cedat. Gom. cap. 12. n. 24.

(8) Ley 12. tit. 9. Part. 6.

quando el testador sabe que existe, pero está en parage remoto, pues el heredero debe buscársela á sus expensas, y entregarla al legatario (1).

17 Puede legar en igual forma las cosas incorporeas v. g. los derechos, y acciones que le competen contra algunos y las servidumbres de personas, casas ó fincas agenas, y valdrá el legado. Pero es de advertir que si despues de legado el débito, reconviniere al deudor sobre su solucion, y lo exigiere de él, se entiende revocado el legado: y así no está obligado su heredero á entregar su importe al legatario; lo que al contrario, si el deudor lo satisfaciere de su própia voluntad, sin serle pedido, pues vale, y el heredero tiene obligacion de entregárselo: y la razon es, porque respecto haberlo satisfecho sin demandárselo el testador, es visto que este quiso recibirlo, y tenerlo guardado para el legatario (2).

18 Legando simplemente el testador una finca, ó cosa en que solamente tiene derecho adquirido, ó esperanza cierta, ó probable de adquirirla, ó parte en ella es visto, y se entiende que lega únicamente el derecho, ó parte que de ella le compete, y no lo que es suyo, y así por lo demás nada debe dar su heredero al legatario (3), ni á este compete la mas leve accion de ello.

19 Lo qual ha lugar, aunque el tal derecho que el testador tiene, haya de perecer, y extinguirse con su muerte (4); proceda, ya lo sepa, ó no, ó lo dexe á persona conjunta, ó á extraña, ó le pertenezca por accion de dominio, ó por la personal en virtud de contrato: y sin embargo de que despues de hecho el legado, compre, ó consiga por otro título la cosa íntegra, ó no; pues en todos estos casos se debe solamente al legatario la parte, ó derecho que al tiempo de hacer el legado competia en ella al legante; pero en este último se entiende quando hizo mencion del dominio, ó derecho, diciendo: *Lego á Pedro*

(1) Ley Cum servas, ff. de Leg. 1. Greg. Lop. en la ley 12 cit. glos. 2.
(2) Ley 15 tit. 9 Part. 6. ley Cætera, ff. de Legat. 1. ley Pecoris, ff. de Servitut. rustic. prædior. y ff. de Servitut legat. ley fin. ff. Communia prædior. y ley Fideicommisa, §. Rem, ff. de Legat. 3.
(3) Ley Servi electione, §. fin y ley Servum filii, & utrobique glos. & DD ff. de Legat. 1. (4) Ley Quod in rerum, §. 1. ff. de Legat. 1. & ibi glos. & DD. y ley Uxor. patrui 20. Cod. de Legat.

tal cosa mia, ó el derecho que en ella me toca, pues sin hacer la mencion, dice: *Lego á Pedro tal cosa*, en este caso comprándola, ó consiguiéndola despues toda, se debe dar íntegra al legatario (1).

20 De lo expuesto se deduce lo I, que si el testador tiene solamente el usufructo en la cosa, y la lega simplemente, es visto legar el usufructo, y que por consiguiente nada debe dar su heredero al legatario, porque el usufructo espira, y se extingue con su vida (2) (a). Lo II, que si posee la cosa en *enfiteusi*, este ha de acabar con su vida, y lo lega tambien simplemente: tampoco toca cosa alguna al legatario, porque se refiere al derecho que en ello tiene: y como este se extingue por su muerte, nada queda que entregar al legatario, y por consiguiente no hay legado (3). Lo III, que si el padre lega una finca, ú otra cosa de los bienes adventicios de su hijo, en que tiene únicamente el usufructo legal, es visto que no lega mas que el derecho que en ella le compete; y asi nada de él, ni su estimacion se debe al legatario. Lo IV, que si el poseedor del mayorazgo lega simplemente alguna finca de él, ó el marido alguna dotal, tampoco es visto legar mas que el derecho en que ellas le compete, y ha de perecer con su vida; y así no se debe su estimacion al legatario (4). Y lo V, que si el testador instituye muchos herederos, y grava al uno á que dé á otro la alhaja hereditaria, se juzga gravado solamente á darle su parte, que es el derecho que en ella tiene, y no obligado á comprar á los coherederos las suyas, y darsela entera (5).

21 Teniendo el testador muchas cosas de una especie, v. g. caballos, mulas ú otras, y legando una de ella á un sugeto, y otra á otro, sin distinguir; si una es mas preciosa que la otra, y discordan sobre quien ha de elegir, parece que la inferior se debe dar al nombrado primero, porque en duda siem-

(1) Arg. leg. Si ex toto, ff. de Leg. 1. c. 12. n. 15. & ibi Ayllon. n 17.
(2) Dichas leyes Quod in rerum, y Uxor patrui. Gom. ibi vers. Ex quo notabiliter infero.
(3) Imol. & alii in cap. Pastoralis, de Donation. (4) Gom. cap. y vers. dichos. (5) Ley Si fundum sub conditione, §. Si libertus, ff. de Legat. 1.
(a) No hay necesidad de dar respuesta á la nota que á este n se advierte por el Señor Gutierrez á vista de que en el prólogo al Editor fol. 37. §. 4. desde su principio hasta el vers. *Se compara mal inclusive por tal.*, se satisface completamente, y se hace ver lo poco que vale su opinion.

pre es visto ser legado lo que ménos vale (1): ó que deberán echar suertes, para dirimir su controversia, y discordia (2): ó que el que pida primero, y contexte el pleyto, será preferido, y elegirá (3).

22 Pero no obstante, nada de lo expuesto se deberá practicar; y así el legatario nombrado primero hará eleccion: Lo I, porque por serlo en primer lugar, se conceptua mas predilecto (4). Y lo II, porque reputándose este legado, y siéndolo de cosa incierta de ciertas, en el qual toca la eleccion al legatario (5), pertenece el primero, como mas amado del testador; pues no se quita el derecho del otro, ni aun se suspende, ni difiere, y solo se trata de percibir lo legado, en primer lugar. Y lo mismo será aunque se suspenda, y difiera, con tal que no se quite, como dicen los AA. (6).

23 Si el testador lega cantidad cierta al hijo, ó hija que le naciere, y nacen dos, ó mas, parece que cada uno llevara íntegra la legada. Pero se ha de distinguir: si la lego simplemente, deben llevarla todos, y dividirla igualmente entre sí, pues no se ha de inducir multiplicacion de legados (7). Y si hizo el legado distributivamente, diciendo: *Si algun hijo, ó hija me nació, le lego tanta cantidad*, debe llevarla cada uno totalmente, porque es visto haberla legado enteramente á qualquiera de ellos (8).

24 Y si teniendo facultad para fundar mayorazgo de todos sus bienes en el hijo único con que á la sazon se halla, lo funda con efecto, y por estar su muger preñada, dice: *Que al hijo, ó hija que le nazca, lega*, v. g. *mil ducados por via de alimentos*, y le nacen dos gemelos varones, ó hembras, ó varon y hembra, no se ha de dividir la suma legada entre los dos póstu-

(1) Ley Si ita sit adscriptum 14. al fin, y ley Cum servus 39 §. Scio, ff. eod. tit. ley Unum ex familia, §. Si rem, ff. de Legat. 2. ley Qui concubinam, §. 2. y ley Nummis, ff. de Legat. 2. (2) Arg. leg. 3. Cod. Communia de Legat. (3) Arg. leg. Si pluribus, vers. fin. ff. de Legat. 1. y ley pluribus, ff. de Procurator. (4) Arg. leg. Quotiens, ff. de Usufruct. y ley Qui solvendo, ff. de Hæredib. instituend. (5) Ley Qui duos, ff. de Legat. 1.

(6) Gom. cap. 12. n. 18. Valasc. consult. 121. ex n. 3. Escobar. computt. 10. n. 12. de Ratiocin Burg. de Paz consil. 27. n. 21. Mol. tom. 1. disp. 198.

(7) Ley Si quis Titio, §. fin. ff. de Legat. 1. (8) Ley Qui filiabus, §. 1. ff. de Legat. 1. Gom. cap cit. n. 19. Cancer. part. 3 Var. cap. 20. ex n. 283. Menoch. lib. 4. præsumpt. 106. n. 32. y præsumpt. 128.

mos antes bien cada uno la debe percibir íntegra (1).

25 Siendo legada á un sugeto una misma cosa en el testamento de uno, y á otro en el otro, si uno de estos dos legatarios sucede despues al colegatario, puede conseguir por el testamento del uno la cosa legada, y por el del otro su valor, ó estimacion; sin que lo obste el curso de dos causas lucrativas, porque en su orígen no proviene este de una sola persona, sino de diversas, de las quales los derechos, y acciones que las competian, refundieron y consolidáron en una sola (2): y quando esto se verifica, lo puede pedir todo (3).

26 Pero es de advertir, que para conseguir la cosa legada, y tambien su valor, ha de pedir, y percibir primero este, porque si pide, y consigue aquella, de modo que se apoesiona en forma quiera, y pacíficamente de ella, no tiene derecho á pretender despues su precio (4): y la razon es, porque recibiendo ántes la cosa, consigue todo el derecho y pleno dominio que se le debe, el qual no recibe aumento (5): y recibiendo solamente su estimacion, no consigue mas que el precio de ella, que es muy diverso, y fácilmente se pierde, y consume, por lo que puede pedir despues al otro heredero la cosa legada, como que no se le ha entregado, ni está satisfecho plenamente de ella (6). Y lo própio milita por idéntica razon, quando dos testadores legan en sus respectivos testamentos una misma cosa á uno, pues si quiere percibirla, y su valor, debe demandar, y exigir éste ántes que aquella (7), como senté en el cap. 1. de mi primera parte n. 117. y 201.

27 Legando el testador todas las cosas que tiene de una especie, ó género expresando la qualidad, ó accesorio que solamente se halla en algunas de ellas, v. g. diciendo: *Lego todos mis siervos con su peculio. Lego todas mis esclavas con sus hijos: todos mis caballos con sus jaeces ó aderezos: todas mis fincas*

(1) Ley Si ita scriptum 13. ff. de Liber. & posthum Greg. Lop. en la ley 32. tit. 9. Part. 6. glos. 3. vers. Item pone quod habens.

(2) Arg. leg. Si servus legatus. §. 1. ff. de Legat. 1. Gom. cap. cit. n. 20. vers. Et idem est. Men. dicho lib. 4 præs. 173. n. 2. 8 y sig.

(3) Ley Tutorem, ff. de His quæ ut indignis. (4) Ley 44 tit. 9. Part. 6. y §. Si res, Institut. de Legat. (5) Ley Si quis vi, §. 1 ff. de Acquirend. posses. y ley Non ut ex pluribus, ff. de Regul. jur. (6) Gom. lib. y cap. cit. n. 38. vers. Item adde quod idem est. (7) Dicha ley 44. tit. 9. Part. 6. y ley Plane, §. Si duorum, ff. de Legat. 1.

con sus instrumentos, &c. parece que el legatario tendrá derecho solamente á los que tengan el accesorio, ó qualidad especificada por el testador. Pero lo contrario es lo cierto: y así deberán llevar todos los de aquel género, ó especie, ya lo tengan todos, ó unos sí, y otros no: y la razon es, porque aquella qualidad se pone aumentativa, y declarativamente, para que se dé tambien al legatario con la cosa principal á que está anexa, ó adherida y no limitativamente, para que se le entregue solamente la cosa en que no se halla. Lo qual procede, excepto que el testador lo limite expresamente diciendo: *Lego mis siervos que tienen peculio: mis anillos que tienen piedras: mis caballos que tienen jaeces, aderezos, ú ornamentos*; &c. pues entónces se observará su voluntad, porque se entienden legadas únicamente las que tienen la qualidad, ó accesorio. Así se prueba de que las cosas inducidas para incremento, no obran, ni dan decremento, ó diminucion, ni al contrario (1).

28 Si el testador lega á uno una finca determinada, ú otra cosa específica, y á otro cierta cantidad de dinero, y su herencia se encuentra solamente el fundo, ó cosa legada, parece que el legatario de esta será preferido, porque en él se considera derecho mas poderoso por razon del dominio que de ella se le transfirió con la muerte del testador: ó que el nombrado primero lo será como mas predilecto. Pero nada de esto se hará: y así la dividirán á prorrata de lo que la misma cosa, y la cantidad legada importen (2); pues la voluntad del testador que quiso beneficiar á ambos legatarios, se debe cumplir en todo lo posible.

29 Aunque el testador legue dos, ó mas veces una cosa específica, v. g. casa, viña ú otra á un legatario en un testamento, no está obligado su heredero á darsela, ni su estimacion mas que una vez. Lo mismo procede si le lega cosa consistente en número, peso ó medida, pues tampoco se entiende multiplicado el legado, y así solo llevará una suma, á ménos que pruebe haber querido que fuesen dos legados, y que per-

(1) Ley 52. de Legatis 1. Ley Cui vinum 6. ff. de Tritico, vino, oleo legat ley Si quis legaverit 11. ff. de Aur. argent. legat. Ley Si mancipia 19. ff. de Instruct. vel instrum. legat. y ley Legata inutiliter, ff. de Legat. 1. Gom cap. 12. n. 30. (2) Arg. leg. Quærebatur, ff. ad leg. Falcid. Gom. ibi n. 34. & ibi Ayllon n. 27. Castill. lib. 4. Controvers. cap. 51.

cibiese ámbas sumas (1); al modo que el que en contrato promete una cantidad dos, ó mas veces, no está obligado á pagarla mas que una vez (2).

30 Legando simplemente el testador en su testamento cierta cantidad á uno, y despues la misma en codicilo, ó en otra escritura, deberá su heredero entregarlas ámbas, no probando éste lo contrario de su voluntad (3). Mas no, si se la legó segunda vez por alguna cierta causa (4). Pero si las cantidades son diversas, y desiguales en el número, las llevará ámbas el legatario, porque es visto haber querido multiplicar el legado, ya le legue primero la mayor, que la menor, ó ésta que aquella. Y lo próprio milita, si le legó dos, la una puramente, y la otra con condicion, pues se conoce que el testador quiso multiplicar el legado por la nueva, y distinta qualidad añadida, excepto que de su mente se infiera lo contrario (5). De suerte que siempre que el testador varía el modo de hacer el legado á un mismo sugeto, ya sea en la cantidad, calidad, condicion, lugar, tiempo ó causa, es visto que quiere multiplicar el legado, y así llevará, y se deberán dar ámbas sumas al legatario (6).

31 Si el testador dice: *Lego mis vestidos, ó mi plata, caballos, siervos, &c.* se entiende legar los que tiene quando hace el legado, y así el legatario no tiene derecho á mas que á ellos, aunque despues adquiera, ó tenga muchos mas, pues se circunscribe su voluntad al tiempo en que testa, y no se amplía al futuro (7). Y lo mismo se entiende, si erige mayorazgo de todos sus bienes sin mas expresion, pues no vienen, ni se comprehenden en él los que despues adquiera (8).

32 Legando el testador cierta cantidad á las hijas de uno, que tiene tambien hijos varones, ó legando á sus hijos, quan-

(1) Ley 45. tit. 9. Part. 6. ley Plane, § Sed si non sit corpus. ff. de Legat. 1. ley Quingenta, ff. de Alimend. legat. (2) Ley Qui bis, ff. de Verb. obligation. (3) Ley 15. cit. ley Quingenta, ff. de Probation.

(4) Ley Illa titia, ff. de Aliment. & cibar. legat. y ley 1. §. Mela, ff. de Dote prælegat. (5) Dicha ley Centum, ff. de Adimend. legat. & in Rub. Specular. tit. de Testam. § 1. vers. Item pone.

(6) Ley Plane, §. 1. ff. de Legat. 1. & ibi Paul. de Castr. col. fin. n. 10. Alex. Decio, Jason, y otros. Gom. cap. 12. n. 38. (7) Ley 7 ff. de Aur. argent. leg. 8) Greg. Lop. en la ley 32. tit. 9. Part. 6. glos 3. col. antepenult. vers. *Quid autem si quis faciat mutationem.*

do igualmente tiene hijas, ¿ en uno, y otro caso se entenderá á todos el legado? el primero lo llevarán solamente las hijas, porque baxo del nombre de hijas no se comprehenden los varones; lo que al contrario en el segundo caso participarán tambien de él. Y la razon es, porque en el género masculino se comprehende el femenino, y no éste en aquel, y lo mas digno no se contiene en lo ménos digno, ántes sí éste en él, y la atrae á sí (1).

33 Haciendo legado el testador de lo que tiene en cierta parte, ó lugar, si en él puso despues ú otro de su consentimiento, ó por su mandado algunas cosas mas, toca todo al legatario, y se le debe entregar. Lo que al contrario, si éste, ú otro sin ciencia de aquel las hubiere puesto, pues de ellas nada debe llevar, porque no vienen en el legado; y así solo lo que el testador tenia, puso ó metió, ú otro de su consentimiento, ó en virtud de su precepto, será lo que lleve (2).

84 Pero si el testador manda v. g. sus vestidos, ú otras cosas suyas de cierto género, que tiene en parte determinada, aunque luego se pongan allí otras del mismo género, si no son suyas, no las llevará el legatario (3). Y la razon de disparidad consiste en que en este caso se refiere el testador á lo que es suyo, y esto es lo que lega, y no mas: y en el expresado en el precedente número se refiere á los que está en aquel parage que señala; y así ya sea, ó no suyo, lo debe llevar todo, ó la estimacion de lo ageno, porque es visto que así lo quiso.

35 Si lega el testador á su muger, ó á otro v. g. el trigo que tiene en su trox, panera, ó en otro parage, y despues de legado lo consumió y en su lugar puso otro, pertenece éste al legatario, y se le debe dar hasta la concurrente cantidad, y no mas; y la razon es, porque se presume que su intencion, y voluntad fué subrrogarlo en lugar del que tenia, y gastó, y por consiguiente dexar subsistente el legado (4).

(1) Ley Si ita scriptum 45. ff. de Legat. 2. Socin. in suis Fallent. regul. 155. Decio, de Regul. jur. in leg. Fœminæ n. 127. (2) Ley Omnia 32. §. Cum ita legatur 3. ff. de Legat. 2. & ibi glos. & DD. ley Nomen, §. 1. ff. de Legat. 3. y ley penult. § fin. ff. de Aur. argent. legat.

(3) Ley Si ita esset legatum 7. ff. de Aur. argent. legat Gom. ibi n. 49.

(4) Arg. leg Si servus legatus, §. Qui quinque, ff. de Legat. 1. ley Lu-

36 Quando lega á alguno tanto quanto habrá ó habrán el heredero, ó herederos que instituye, llevará el legatario la mitad de la herencia, y el heredero, ó herederos la otra mitad, porque la proposicion indefinida equivale á la universal. Y si le lega tanto quanto tiene uno de sus herederos, se le debe solamente la menor parte en que uno de éstos sea instituido (1); porque en duda se entienden gravados en quanto ménos sea posible, segun derecho (2).

37 Imponiendo simple, y absolutamente el testador á sus herederos el gravamen de dar al legatario, v. g. *ciento*, están obligados á dárselos entre todos, y no cada uno de por sí *in solidum*. Lo mismo procede, si instituyendo muchos herederos, dice: *Mando que mi heredero dé á Pedro ciento* porque esta proposicion es indefinida, y por ignorarse quál es el gravado, respecto nombrar muchos, equivale á la universal: y así todos deben darle á prorrata los ciento (3).

38 Pero sucederá al contrario, si el testador dice: *Qualquiera de mis herederos dé á Pedro ciento*, pues entonces todos, y cada uno de por sí están obligados á dárselos totalmente, porque por este modo distributivo de hablar, es visto haber querido gravar omnímodamente á todos, y á cada uno á la solucion de los ciento que legó; y así tantos quantos sean los herederos, serán los cientos que perciba el legatario (4).

39 Instituyendo el testador muchos herederos, y legando cierta suma á un legatario, si exîmió de su solucion á uno de ellos, están obligados los demás instituidos á pagársela íntegramente de las partes que les corresponden en la herencia, sin deduccion de la del esento, del mismo modo que si éste no fuera instituido, y no con respecto á que lo es: de suerte que la satisfaccion del total importe del legado se ha de dividir entre los herederos á ella gravados (5).

40 Siendo instituidos varios herederos en partes desiguales,

cius Titius, ff. de Legat. 2. ley fin. ff. de Liberation. legat. ley Si ita legatum, ff. de Aur. argent. legat. Gom. cap. 12. n. 50.

(1) Ley Si ita relictum, ff. de Legat. 2. Cast. lib. 4. Controvers. c. 33. y 44. Covar. lib. 1. Var. cap. 13. n. 9. vers. Sexto subinvertur.

(2) Ley Semper in obscuris 9. y ley Semper in stipulati 34. al fin, ff. de Regul. jur. (3) Gom. ibi n. 51. vers. Et idem est, & ibi Acilon n. 54.

(4) Gom. ibi vers. Secus tamen est al fin. (5) Ley Ab omnibus 104. ff. de Legat. 1. & ibi glos. & DD.

si el testador dexa algun legado, ó mejora á dos de ellos, y los nombra por sus propios nombres, v. g. *A Pedro, y Juan mis herederos lego tal cosa, ó mejoro en tanta cantidad, ó en tal alhaja*, llevarán, y dividirán igualmente entre sí el legado, ó mejora, no obstante la desigualdad de la institucion. Pero si los nombra con nombres apelativos, v. g. *A mis herederos Pedro, y Juan lego tal cosa, ó en tanta cantidad*, &c. la partirán á proporcion de la institucion (1). Y lo mismo procede quando los grava á dar, ó parte alguna debito, ó legado (2). De suerte, que la duda aquí viene á consistir (segun conciben los AA.) en si el testador los nombra, ó grava por sus próprios nombres ántes de tirarlos herederos; pues nombrándolos deben llevar la mejora, ó legado, ó hacer el pago por iguales partes; y nombrándolos primero con el apelativo de *herederos*; á proporcion de la institucion; bien que yo no advierto diferencia en los dos modos de nombrarlos, para que varíe su obligacion, y la institucion.

41 Si el testador lega una casa, y despues de legada se arruina, quema ó destruye toda, se debe al legatario la area, ó suelo que quede, como parte de lo legado (3). Si despues reedifica sobre la area otra casa, no se le debe la area, ni lo nuevamente fabricado en ella, porque es casa nueva, y distinta de la primera: ni tampoco se le debe area, porque dexa de serlo, y tambien dexa de ser parte de la primera casa legada, y se constituye parte de la nueva que no se legó. Y si esta segunda casa se arruina, quema ó perece enteramente, tampoco se debe la area, porque es parte de ella (la qual no fué legada), y no de la primera que lo fué. Pero si poco á poco se fué disminuyendo, ó cayendo, y el testador la fué levantando, ó reedificando, se le debe no solo la area, sino el edificio, porque se contempla la misma cosa legada, y dura aunque reparada, ó renovada (4). Y si le lega solamente la area, y despues de

(1) Ley Servus uni 67. § fin ff de Legat. 1. & ibi glos & DD. Gom. ibi n. 22. (2) Ley Trebia legata 54. fin. y ley Heredes nominatim 154 ff. eod. tit. ley Si plures 98. ff de Legat. 3. ley Quotiens, y ley Nostra, ff. ad Trebellian. ley Si communis servus sic 29. ff. de Stipulation. servor. y ley Ita liber esse jussus, ff. de Statu liber. Gom. ibi vers. Et idem est. (3) Ley Si grege, vers. fin. ff. de Legat. 1. Gom. ibi n. 41.

(4) Ley Si ita legatum, §. Si domus, ff. de Legat. 1. Gom. dicho n. 41 vers. Ulterius.

legada construy- en ella algun edificio, se debe tambien al legatario lo fabricado, como aumento de lo legado (1).

42 Legando el testador á dos personas juntas, ó apartadamente alguna cosa, *juntamente*, v. g. diciendo: *Mando á Pedro, y Juan tal casa, ó viña, &c. apartadamente* si en una clausula dice: *Mando á Pedro tal casa*, y luego en otra de la misma disposicion dice: *Que mando á Juan la propia casa*, vale el legado, y deben partirlo con igualdad los legatarios, porque á cada uno fué hecho simplemente, é por el todo: y ya sean conjuntos, ó separados en la cosa, y palabras, ó disyuntos en ésta, y juntos en aquella, no se prefieren para llevar mas. Y si alguno de ellos muere antes que el testador, ó renuncia su parte, ó sobreviene algun impedimento, por el qual no puede llevarla, se acrece al otro, ya sea dividua, ó individua (2); pero si al tiempo de hacer el legado estaba muerto uno de los legatarios conjuntos, se acrecerá al que sobrevive; lo que al contrario, quando no hay conjuntos, pues se acrece á los bienes de la herencia, y se estima por no escrito (3).

43 Y si uno de estos legatarios sucede al otro, puede aceptar la parte que le corresponde, y repudiar la tocante al colegatario, ó al contrario, si á uno de los dos se impuso gravamen por el testador, y al otro no (4; excepto que manifiestamente conste haber querido este que el uno llevase la cosa, y el otro su estimacion, pues entónces el legatario que sucede al otro, lo conseguirá todo, porque hace veces de dos personas (5), y quando los derechos de dos concurren en la de uno, se consolida íntegramente en éste el de ámbos, y puede pedirlo (6).

44 No puede el legatario aceptar en parte, y en parte repudiar el legado que en una cláusula, y oracion le hizo el testador, ya sea cosa señalada, v. g. un vestido, ó de universidad de bienes, v. g. una cabaña, pues aunque en ésta se com-

(1) Ley 27. tit. 9. Part. 6. ley Servum filii, §. Si arex, y ley Quod in rerum, §. Si quis post, ff. eod. tit. ley Si ares legata, ff. de Legat. 2. Concer. part. 3. Var. cap. 20. ex n. 143. Paul. de Castr. in leg. Si fra legatum, §. Si domus cit. Gom. dicho n. 41. vers. Quod ad secundum. Alfon. ibi numer 44. (2) Ley 33. tit. 9. Part. 6. & ibi glos. 6. y §. Si coheredes. Institut. de Legat. (3) Ley unica, §. In primo itaque ordine, Cod. de Caduc. tollend. & ibi glos. (4) Ley Si mihi, & tibi, & ibi glos. & DD. ff. de Legat 1. (5) Arg. leg. Si pluribus, ff. de Legat. 1. (6) Ley Tauream, ff. de His quæ ut indignis. Gom. cap. 12. n. 20.

prehenden muchas ovejas, carneros y otras cosas, se entienden, y estiman por un solo cuerpo, y legado; y así lo ha de aceptar, ó repudiar enteramente: y la razon es porque la voluntad del testador como una, é individua, no se puede dividir (1).

45 Muriendo el legatario despues que el testador, sin aceptar, ni repudiar el legado, si dexa varios herederos, pueden uno, ó mas de éstos aceptar sus partes, aunque los otros no quieran las suyas, ya sea la manda de una cosa sola ó de universidad de cosas: y la razon es, porque el legado, y su accion, y obligacion se dividen proporcionalmente entre ellos, y así puede cada uno aceptar, ó repudiar su parte, porque acepta, y repudia todo lo que le toca (2), Bien que la repudiada no se acrecerá á los aceptantes, porque se contemplan conjuntos con conjuncion legal, la qual no causa ni induce derecho de acrecer (3).

46 Pero ninguno de los herederos del legatario podrá aceptar, ó repudiar parte de la que le corresponde, porque qualquiera heredero representa al difunto por la suya; por lo que al modo que el que lo es por el todo, no puede aceptar en parte, y en parte repudiar: del mismo modo tampoco puede el suyo dividir la suya, porque sería representar parcial, y no totalmente al difunto, lo qual es absurdo (4).

47 No milita lo expuesto quando el testador hace el legado en diversas cláusulas, y oraciones, pues entónces se permite al legatario que acepte la parte que quiera, y repudie la que no le acomode: y es la razon, porque en este caso como ya el testador dividió su voluntad, cesa el superior motivo obstativo, vienen á ser muchos legados separados, y por tales se con-

(1) Ley 36. tit. 9. Part. 6. ley Eum qui, §. Pro parte, ff. de His quæ ut indign. ley Quidam elogio, Cod. de Jure deliberand. ley 1. ff. de Acquirend. hæredit. ley Nam absurdum, ff. de Bonis libert. ley Legatarios, ff. de Legat. 1. ley Neminem 4. ley Grege autem 6. ley Si cui res 58. ff. de Legat. 2. y ley Si ita stipulatio al fin, ff. de Operis libertor.

(2) Dichas leyes 36. tit. 9 Part. 6. y Legatarius, ff. de Legat. 1. ley 1. Cod. Si certum petat. ley Si ab eo, Cod. de Negot. gest. y leyes 1. y 2. Cod. de Hæreditar. action. (3) Greg. Lop. en dicha ley 36. tit. 9. Part. 6. glos. 5 Gom. lib. 1. Var. cap. 10. n. 42. y cap. 12. n. 33.

(4) Ley Cum à matre, Cod. de Reivindicat, y ley 2. §. fin. ff. de Prætor. stipulation. Gom. dicho n. 33.

ceptúan, y estiman (1): y así con uno que acepte, ya le representa en el todo.

48 Lo mismo procede si le hace legado de muchas cosas señaladas en una cláusula, pues puede aceptar la que quisiere, y dexar las demás. Pero si le lega dos, la una con gravámen, y la otra sin él, v. g. *cien pesos, y un siervo, con tal que dé libertad á éste*, entónces no ha lugar la admision de la una sin la otra; y en este caso si no quiere libertar al siervo, no llevará la cantidad legada, y sin embargo quedará libre éste (2).

49 Dexando el testador á un legatario de dos cosas la que quisiere elegir, si elige la una, no puede arrepentirse, y tomar despues la otra, porque no se le permite: si dexa la eleccion á arbitrio de tercero, y éste no la hace dentro de un año, la puede hacer el legatario, pasado que sea (3). Pero si despues de haber elegido se le quitare en juicio la que eligió, por ser agena, podrá elegir, pedir y tomar otra, como si no hubiese hecho la eleccion (4).

50 Si dexa á dos junta, ó separadamente una de sus cosas, diciendo: Que elijan la que quisieren, y el uno no se conforma con la eleccion del otro, deben echar suertes, y elegir aquel á quien toque, el qual está obligado á pagar al otro la parte que del valor de aquella cosa le corresponde, segun arbitrio de hombres buenos. Y si la tal cosa fué legada á uno, dexando la eleccion á su voluntad, y muere sin haberla hecho, y sus herederos discordan en ella, deben hacer lo próprio (5).

51 Comprando el legatario, ó adquiriendo por otro título en vida del testador, ó despues de muerto, la cosa que éste le legó (y no era suya) del verdadero dueño, ó de otro tercero, ya sea con ignorancia, ó ciencia de que le estaba legada, y era agena, no pierde el legado; y así puede pedir su valor ó estimacion, ya se la haya legado pura, ó condicional-

(1) Paul. de Castr. in leg Quidam elegio cit. col. 4. opposit. 3. Gomez. 33 cit. (2) Dicha ley 35. ley Si legatario, ff. de Fideicomissar. libertat. ley Si ea lege, y ley Si is qui, Cod. Si mancipium ita fuerit alienatum.

(3) Ley 25 tit. 9. Part. 6. (4) Ley 2. §. 2. ff. de opt vel elect. legat. ley Si vero 6. §. 1. ff. de bon. libertor. Rox. de incompatib. part. 3. c. 6. n. 87 y 88. (5) Ley 29. tit. 9. Part. 6.

mente (1). Mas si la compra á su heredero, no puede pedir su valor, porque es visto renunciar el legado (2).

52 Si es del testador la cosa que legó condicionalmente, ó á dia cierto, y durante su vida, ó despues de ella la compró ó adquirió de su heredero el legatario con ignorancia ó ciencia, pendiente el dia ó la condicion, puede pedir tambien su precio, ó estimacion luego que llegue el dia, ó la condicion se cumpla (3), pues el derecho de futuro no se puede renunciar (4).

53 Y siendo legada puramente, si el legatario durante su vida, ó despues de ella la compra, ó adquiere ignorantemente del heredero, no pierde el legado, y así puede pedir su valor (5); pero si se la compra con cierta ciencia de estarle legada, lo pierde, por ser visto renunciarlo (6).

54 Si el testador instituye heredero, y lo substituye, gravándole con algun legado, es visto ser gravado tambien el substituto en la herencia, y así éste debe dar al legatario el mismo legado, que el heredero instituido, porque en duda se entiende repetido, ya sea vulgar, pupilar ó fideicomisaria la substitucion. Lo qual procede, excepto que de la voluntad del testador aparezca tácita, ó expresamente lo contrario, v. g. quando grava al instituido con que dé una cosa al legatario y al substituto con otra diversa: ó quando la causa, por la que gravó al heredero, cesó en el substituto: ó quando substituyó en alguna parte de la herencia al mismo legatario: ó quando por otros semejantes modos, y congeturas se conceptúa no haber querido gravarle (7). Y lo mismo procede quando dice: *Mi heredero, ó qualquiera que sea mi heredero, dé á Juan tal cosa, ó cantidad*, pues siendo muchos los herederos, á todos comprehende el gravámen de dar lo que el testador manda (8).

(1) Ley Plane ubi transferre 34. §. Quod si rem, y ley Si à substituto 45. ff. de Legat. 1. (2) Imol. in dict. leg. Si à substituto (3) Dicha ley Si à substituto, & ibi glos. ley In quartam, ff. ad leg. Falcid. y ley Cui res, ff. de Action. empt. DD. in dict. §. Quod in rem. (4) Ley Si ita scriptum, §. 1. ff. de Legat. 2. (5) Ley Hujusmodi, §. Qui servum, ff. de Legat. 1. (6) Ley Illud, ff. de Acquirend. hæredit. y ley Titius 6. ff. Quibus modis pignus, vel hipotheca solvitur, vel non. (7) Ley Licet Imperator 74. ff. de Legat. 1. Ley Si Titio, & Mœvio, §. Julianus, y ley Cum pater, §. Ab instituto, ff. de Legat. 2. y ley Quidam referunt. ff. de Jure Codicillor. (8) Ley Si plures 98. de Legat. 3. Gom. lib. 1. Var. cap. 17. n. 36. y Anton en el mismo lugar n. 39.

55 El testador puede libertar á su deudor de lo que le debe, ya sea el débito civil ó natural, ó juntamente natural y civil, ó perpetuo, ó á tiempo cierto, y valdrá el legado (1), ya lo haga especificamente á alguno, ó genéricamente á todos sus deudores, pues tanto vale la disposicion general en quanto al género, como la especial ó particular en quanto á la especie; y el de liberacion no solo aprovecha al deudor, y á sus herederos, sino á su fiador; pero no al contrario, haciéndose á éste, pues á ninguno de aquellos aprovecha (2).

56 Pero es de advertir que la confesion del débito hecha en testamento, ó en codicilo, no lo prueba, ni el testador puede ser reconvenido en la vida por él, porque tiene solamente vigor de legado: excepto que sea jurada, y hecha por via de contrato en presencia de la parte que la acepte, pues los herederos deben estar al juramento de su causante en estos casos (3); y así el sugeto á cuyo favor la hace, no puede en su virtud usar de accion alguna por él, si no lo justifica por otros medios legales, porque se resuelve en legado, ó fideicomiso por tácita voluntad del difunto, que para hacerlo supuso haber débito, por lo que se puede pedir como legado (4). Tampoco perjudica á los hijos en su legítima, porque ésta se les debe de derecho natural, y son acreedores á ella; por lo que solo valdrá en el quinto, si lo hace á favor de extraño, que es lo que el testador teniéndolos, puede dexarle: ó en el tercio y quinto, si la hace al de un hijo, ó descendiente legítimo, que es en lo que respecto de los demás puede mejorar á qualesquiera de estos, ó en el tercio, si la hace á favor de extraño, y tiene ascendientes solamente, que es de lo que por la ley 6. de Toro se le permite disponer en perjuicio de estos (5).

(1) Ley 1. & per tot. ff. de Liberation. legat. y §. Si quis debitori, Institut. de legat. (2) Ley 2. ff. de Liberatione legat. y ley Si quis reum 9. ff. eod. tit. & ibi glos. & DD. y ley Omnes, Cod. de Præscription. 30. vel 40. annor. Gom. dicho cap. 12. n. 82. vers. Item adde quod præcepta.

(3) Authent. Quod oportet, Cod. de probation. Valenzuel. Consil. 174. n. 27 y 28. Gutier. de Juram. confirm. part. 2. cap. 6. n. 5. Benedict. in c. Raynutius, vers. In extremis n. 14. Avendañ. in cap. Prætor, part. 2. ex numer. 9. (4) Ley Si sic legatum 75. §. Si mihi, ff. de Legat. 1. ley Lucius 88. ff. de Legat. 2. §. Quisquis 10. y Ley Lucius 93. §. Semproni, ff. de Legat 3. (5) Gom. lib. 1. Var. c. 12. n. 81. Gutier. de Juram. confirm. part. 1.

57 Por la remision, ó liberacion del débito hecha en contrato, ó en última disposicion, es visto ser remitido el puro vencido, y de presente, mas no el condicional, ó á cierto dia, excepto que otra cosa se exprese (1); y en la general solo vienen y se comprehenden los débitos personales á favor del difunto; pero no los reales ó hipotecarios; por lo que si uno posee alguna cosa de éste, sobre la qual podia ser reconocido por la reivindicacion, ó por otra accion real, no se entiende remitida, ni comprehendida en el legado de remision, y así el heredero puede repetirla del poseedor (2).

58 De quatro maneras puede ser hecho el legado de liberacion del débito: La I, *expresamente*. La II, diciendo el testador: *Dexo, ó lego á Juan, mi deudor, lo que me debe*. La III, diciendo: *Mando ó gravo á mi heredero á que no pueda pedir á Pedro lo que me debe*. Y la IV, legando al deudor el instrumento, vale ó escritura que formalizó para su seguridad (3). Previniendo que si el testador lega á un tercero el instrumento del débito, es visto legarle el mismo débito en él contenido, y gravar á su heredero á que se lo entregue, y le ceda las acciones correspondientes para su exâccion, y cobranza á cuya cesion está obligado (4). Y lo mismo sucede en los contratos, si el tal instrumento se vende, dona ó por otro título se transfiere, pues se entiende vendida, donada ó transferida la cosa, ó accion en él contenida (5).

59 El efecto que produce la liberacion del débito es que si el legatario deudor es reconvenido sobre él por el heredero del testador, le compete esta excepcion, y puede compelerle á que le libre del pacto, y obligacion, é implorar el oficio del Juez, para que declare que nada le debe, y le imponga

cap. 5. ex n. 21. Cast. lib. 5. Controvers. cap. 111. ex n. 21. Salgad. part. 3. Labir. cap 13. Parlad. lib. 2. Rer. quotidianar. cap. 14.

(1) Ley Si ita scripsisset, ff. de Legat. 2. ley Si ita esset legatum, ff. de Auro argent. ley Si stipulatus fuerim, §. 1. ley Si à colono, y ley Cum stipulamur, ff. de Verbor. obligation. Gom. ibi n. 82. vers. Item adde quod facta. (2) Ley Aurelius, §. Mœvia, ff. de Liberation. legat. Gom. dicho n. 82. vers. Item adde quod in tali. (3) Leyes 1. 2. y 3. ff. de Liberation. legat. Gom. in vers. Pro cujus perfec[illegible] Part. 6. ley Servum filii, §. Eum qui, y ley [illegible] Legat. 1. ley Qui chirographum, [illegible] tion. ley Labeo, ff. de Pact. [illegible] Gom. dicho n. 82. vers. Co[illegible]

perpetuo silencio (1). En quanto á cómo el heredero debe pagar al legatario la parte qüotitativa de bienes, ó herencia que el testador le legó, véase (2) lo que expliqué en quanto á la mejora en el c. 2. de este libro, n. 16. al 19. y asimismo lo tocante á quándo se debe la cantidad respecto de la especie, y si pereciendo ésta, quedará, ó no libre el deudor.

60 Porque suele dudarse quánto tiempo se ha de contribuir á los menores con los alimentos que se les dexan, y quánta cantidad, digo: que aunque los menores salen de la pupilar edad, y entran en la pubertad luego que el varon cumple los catorce años, y la hembra los doce, pues entónces se acaba la tutela, y siendo capaces, pueden nombrar por sí mismos curador, segun expuse en el lib. y cap. 1. de esta segunda parte (3): no se deben limitar á la referida edad los alimentos, quando se les legan hasta la pubertad, ántes sí ampliarse en los varones hasta los diez y ocho, y en las hembras hasta los catorce, como sentè en dicho c. 1. n. 48. y la razon es, porque así lo dicta la piedad, y porque hasta esta respectiva edad no pueden adquirir regularmente con su industria lo necesario para vivir, por lo que no se debe llamar plena pubertad ántes de cumplirla (4); lo qual se entiende, excepto que el testador prefina hasta quándo se les ha de contribuir con ellos, pues entónces se observará su precepto; y no señalando este el tiempo, se les han de dar por toda su vida. La contribucion que en todos casos se les ha de hacer, si quando vivia los alimentaba, y no se le consigna, ha de ser la que les hacia al tiempo que falleció: y si en vida variaba, dándoles unas veces mas, y otras ménos, se les han de dar los que al mas cercano de su muerte solia darles; lo qual se ha de observar, aunque entónces les diese mas que al de testar; ó al contrario (5). Pero es de advertir que por *alimentos* se entienden la comida, el vestido y la habitacion, mas no la enseñanza, excepto que el testador la exprese (6): que si éste dexa alimen-

(1) Dicha ley Aurelius, §. Centum, y ley 3. §. Nunc. de Effectu, ff. de Liberation. legat. & ibi DD. (2) Gom. lib. 1. Var. cap. 12. n. 21. y 31.
(3) Instit. Quibus modis tutela finitur. ley Si Arrogatus, §. Non tantum, ff. de adoption. (4) Escobar de ratiocin. comp. 4. y otros que cita.
(5) Ley 24. ff. de Aliment. et cibar. legat. (6) Leyes Legatis 6. y Nisi 7. ff. de aliment. & cibar. legat.

tos á alguno, ó lo necesario para vivir, se comprehende en ellos no solo la comida, sino el vestido, calzado y habitacion (1): que si le lega los alimentos diarios, se le debe dar únicamente la comida (2): y que para su regulacion en todo evento quando son legados simplemente sin señalamiento de qüota, ni constar quánto daba el testador al legario, ó á otros de su condicion, se ha de atender á esta, y á las facultades, y rentas, de los bienes del legante, y con caridad, y prudencia hacerse á arbitrio de buen varon (3), sin que por no ser bastantes las rentas, se deba enagenar la propiedad de sus bienes.

§. II.

Qué condiciones puede imponer el testador en los legados: quándo estará, ó no obligado el legatario á cumplirlas, y percibirá, ó no el legado: y si pasarán, y se entienden, ó no repetidas en el substituto.

61 De seis modos puede hacer los legados el testador: 1.°, *puramente*: 2.°, *á dia cierto*: 3.°, *con condicion*: 4.°, *baxo de cierto modo*: 5.°, *con alguna señal, ó demostracion*, y 6.°, *con causa* (4). Se entiende hecho *puramente* el legado, quando el testador lega alguna cosa, ó cantidad sin prefinir tiempo, dia, condicion, ni calidad que suspenda pedirlo, ni entregarlo (5): y así al que alega no ser puramente hecho, incumbe la obligacion de probar la condicion, dia ó calidad puestos en él (6).

62 Tres acciones (que son: *personal por testamento, hipotecaria, y reivindicacion*, segun sea el legado) competen al legatario, á quien se hace puramente, contra el heredero del testador (7). De suerte que si es específico, se transfiere su dominio en el legatario inmediatamente que fallece el testador, aunque aquel muera ántes que el heredero de éste entre en la herencia, ó tome posesion de ella, y no haya tradicion de la

(1) Ley 2. tit. 19. Part. 4. ley Rogatus 23. ff. eod. tit. (2) Ley Diariis 21. ff. eod. tit. (3) Ley 24. tit. 9. Part. 6. ley Cum alimenta 22. ff. eod. tit. & ibi glos. (4) Ley 2. tit. 4 Part. 6. glos. in Rubr. ff de Conditionib. & demonstrat. y glos. in §. Longe, Institut. de Legat. (5) Ley 1. vers. Aut si nihil; ff. de Conditionib. & demonstrationib. (6) Glos. in leg. Omnis definitio, ff. de Regul. jur. (7) Ley 1. Cod. Communia de Legat.

caso legada: y por consiguiente le compete la reivindicacion como dueño (1). Y si es género, ó de cantidad, le compete accion personal, é hipotecaria; pero no la de reivindicacion, ni otra real, porque ántes de su tradicion no hay translacion de dominio (2), como expuse en el núm. 3.

63 Se dice legado *á dia cierto*, quando el testador lo hace (ya sea de cosa, ó cantidad) señalando el dia, ó tiempo en que se ha de entregar, y se puede pedir; en cuyo legado si el dia es cierto, v. g. *Mando á Pedro cien ducados para la próxîma Navidad*, nace la accion de pedirlo, y la obligacion de pagarlo ántes que llegue, y se transfiere su dominio en el legatario, y sus herederos despues de muerto el testador, aunque el legatario fallezca ántes que el heredero acepte la herencia (3) (*a*): y así puede pagarlo éste ántes que venga el dia, ó tiempo prefinido, porque es preciso que llegue; y toca al legatario como dueño por la translacion de dominio.

64 Y si el dia es incierto v. g. *Mando á Pedro cien pesos para quando cumpla* 25 *años*, *ó Juan tenga* 20, ninguna accion, ni obligacion nace hasta que viene el dia, porque puede no verificarse, y se estima por condicion, y así ha lugar en este legado lo que en el condicional, en el qual es preciso cumplirla para percibirlo, porque el dia incierto hace condicion en los testamentos (4), y ántes que el dia llegue, no se trans-

(1) Ley 34. tit. 9. Part. 6. ley A Titio, ff. de Furt. ley Si tibi homo, §. Cum servus, ff de Legat. 1. ley Qui in testamento domini, ley Filius familias, ff. de Testam. ley 2 Cod. Communia de Legat.

(2) Dicha ley 1. Cod. Communia de Legat. Gom. cap. 12. cit. n. 7. per tot. (3) Ley 34. tit. 9. Part. 6. cit.

(4) Ley 31. tit. 9. Part. 6. ley Dies incertus 75. y ley Hæres meus 79. ff. de Condit. & demonst. ley Si post diem, y ley Si dies apposita, ff. Quando dies legat. cedat. y ley unica, §. Cum igitur, Cod. de Caducis tollend.

(*a*) En dos crasos errores dice el Señor Gutierrez ha incurrido aquí el autor: *el uno*, en asegurar que en el legado á dia cierto nace la accion de pedirle, y la obligacion de pagarle ántes que aquel llegue; y *el otro*, por afirmar que el dominio de lo legado á dia cierto se transfiere despues de muerto el testador, y ántes que aquel llegue, en el legatario, y sus herederos: pare aquí el lector, y no olvide reconocer con el mayor cuidado lo manifestado en el prólogo al Editor, desde el fol. 49. §. 5. en su principio hasta el fol. 54. vers. *Vamos á otra equivocacion*:: exclusive; y se advertirá con quán poca reflexion ó premeditacion se ha introducido á refutar las bien meditadas doctrinas que ha propuesto el autor en su obra.

fiere el dominio de la cosa legada en el legatario (1). Previniendo que si al menor se dexa algun legado, ó fideicomiso para quando sea de edad legítima, ó pueda administrar sus bienes, se entiende para quando tenga 25 años (2). Lo qual procede, aunque impetre la venia para su administracion (3).

65 Pero si el legatario muere ántes que llegue el dia pasa á sus herederos el legado, como si fuera puro (4). De lo qual se sigue, que si el testador hace legado en estos términos: *Lego á María cien ducados, los que tendrá en su poder mi heredero, y se los entregará quando tome estado*, y muere la legataria ántes de tomar estado, se transmite á sus herederos: Lo 1, porque el legado hecho baxo de esta condicion, se hace pura, ó simplemente, y despues se difiere su solucion para el tiempo de tomar estado, en cuyo caso no contiene condicion, sino dia, y dilacion para pedirlo, ó entregarlo (5). Y lo 2, porque siempre que la condicion no se impone á la substancia del legado, sino á su execucion, ó entrega, es transmisible (6); y así en este caso la voluntad del testador no fué privar de él á la legataria por no tomar estado, sino ántes bien en qualquier evento beneficiarla, y que incontinenti adquiriese derecho á él, y para que no lo gastase, que su heredero lo tuviese en depósito mientras lo tomaba, pues de lo contrario lo expresaria; por lo que muerta la legataria, se transmite á su heredero el legado, y se le debe entregar, porque cesó la causa de tenerlo en su poder el depositario.

66 Haciendo el testador muchos legados, y diciendo en el mismo testamento que quiere se entreguen despues de la muerte de su muger, si los legatarios fallecen ántes que ésta ¿se transmitirán, ó no á sus herederos? Parece que sí, porque el dia incierto está puesto á la tradicion de ellos, y no á la disposicion (7). Pero en este caso se debe distinguir: si el testador ha-

(1) Ley Sempronius, ff. de Usufruct. legat. (2) Ley final, ff. de Condition. & demonstrat. (3) Ley ultim Cod. de His qui veniam ætatis impetrav. Gom. ibi n. 58. (4) Ley Si dies, ff. Quando dies legator cedat. y dicha ley unica, y §. Cum igitur, vers. fin. Gom. ibi. n. 57. vers. Aliquando, & secundo. (5) Ley Ex his, Cod Quando dies legati cedit. y ley Quibus diebus, §. Quidem Titio, ff. de Conditionib. & demonstrationib

(6) Ley Firmio, §. 1. ff. Quando dies legator cedat. Mantic. de Conjectur. lib. 11. tit. 18. n. 21. (7) Dicha ley Ex his verbis, Cod. Quando dies legati cedit.

bla sin adversativa, v. gr. diciendo: *Y quiero que dichos legados se entreguen despues de la muerte de mi muger*, se transmitirán por las razones expuestas á los herederos de los legatarios que premurieron. Y si se explica con adversativa, v. gr. *Pero quiero que no se entreguen sino despues de la muerte de mi muger*, no se transmitirán, porque la palabra: *Sino*, tiene la naturaleza de adversativa, y exclusiva, y por ella se constituye condicional el legado: y como los legatarios murieron ántes de verificarse la condicion, no adquirieron derecho á los legados, por lo que tampoco sus herederos lo tendrán (1).

67 Si el padre teniendo hijos legítimos, mandó á una hija natural, v. gr. mil ducados para casarse, cuya cantidad cabia en el quinto, y ántes de tomar estado, muere la hija viviendo su madre, parece que los hijos legítimos llevarán el legado, y no la madre, por no haberse cumplido la causa, modo ó condicion puesta por su padre; porque segun derecho (2), no se debe, aunque se dexe con nombre de dote, por ser lo mismo el legado hecho baxo de condicion, faltando esta, que el hecho baxo de cierto modo, si este no se cumple, el que no se debe (3), pues cesando la causa del legado, que fué al matrimonio, debe cesar su efecto (4), y haciéndolo el testador para un efecto, no se debe convertir en otro (5), y así el hecho por el padre, se ha de emplear en el casamiento, y faltando éste por muerte de la hija, no deberá tener derecho á él su madre.

68 No obstante lo expuesto, lo contrario se debe hacer: Lo I, porque el legado fué puro, y no modal, ni condicional, respecto dixo el testador: *Para casarse*, y no *para que con ellos se casase*: y quando el modo puesto por el testador mira solamente á la comodidad del legatario, no está obligado éste á cumplirlo, ni por este defecto dexará de percibir el legado (6). Lo II, porque el padre puede legar á su hija natural el quinto de sus

(1) Castill. en la ley 27. de Toro n. 45. (2) Ley Titio centum 71. §. final. vers Ante nuptias vero, ff. de Conditionib. & demonstrationib. & ibi DD & in leg. 1. Cod. de His quæ sub modo legant. (3) Dicha ley 1. Cod. de His quæ sub modo, y ley Quibus diebus cit. (4) Ley Dedi, y el tit. ff. de Conditione causa dat. (5) Dicha ley Quibus diebus 40. § fin. ff. de Conditionib & demonstrationib. (6) Ley 2. §. fin. ff. de Donation. y ley Titio centum, §. y vers. Ante nuptias cit.

bienes, aunque tenga hijos, y otros descendientes legítimos, y esta puede disponer libremente de él segun la ley 9. de Toro. Y lo III, porque la hija tenia derecho á los alimentos, y en parte de pago de estos es visto haberle hecho su padre el legado, y así debiéndosele en vida, puede retenerlo, ó su heredero por via de excepcion, la qual concede el derecho (1) á quien dá la accion; por lo que aunque la hija no quiera casarse, se la debe el legado, y puede retenerlo, y disponer de él (2).

69 Con *condicion* se pueden hacer el legado, é institucion, v. gr. *Lego á Pedro tal alhaja, ó le instituyo por mi heredero, si hiciere esto, ó si tal cosa sucediere* (3). Y para la perfecta inteligencia debo sentar lo I que la palabra *Si*, indica condicion, y la *Para*, modo (4). Lo II, que la condicion es un acto, ó futuro evento, en el qual se confiere la disposicion, á fin de que sea válida, ó inválida. Y lo III, que las condiciones son de varias clases: unas se llaman *potestativas*, y son aquellas, cuyo cumplimiento depende de la mera voluntad, y facultad de aquel, á quien se imponen, v. gr. *Dar, ó hacer alguna cosa: subir, ó ir á cierto Lugar cercano, y fácil: conceder libertad á un esclavo*, &c. (5) las quales debe cumplir el heredero, ó legatario despues de la muerte del testador para la percepcion de la herencia ó legado.

70 Otras se llaman *casuales, ó contingentes*, y son las que no dependen de la voluntad del hombre, sino de la casualidad, ó fortuna, y pueden cumplirse, ó no, v. gr. *Si tal navío viniere de las Indias: si Pedro ascendiere á tal Dignidad: si tal cosa aconteciere*, &c. en cuyos casos, y otros semejantes de qualquiera naturaleza, y qualidad, hasta que se cumple la condicion, no tiene derecho el legatario al legado, ni el heredero extraño á la herencia (6).

(1) Regla 156. §. 1. ff. de Regul. jur. (2) Ayor. part. 2. q. 7. vers. Sed nunc incidenter. (3) Ley 1. ff. de Conditionib. & demonstrationib. y ley 1. ff. de Conditionib. institution. (4) Glos. in rubr. de donation. quæ sub modo y glos. in cap. Verum, de condition. opposit. Parlad. differ. 147. n. 1.

(5) Ley 7. tit. 4. Part. 6. Ley Suus quoque, §. Puto, ley Cornelius, y ley Jam dubitari, ff. de Hæredib. instituend. ley Verba hæc, ff. de Conditionib. institution. (6) Ley 8. tit. 4. Part. 6. Ley 2. §. Si sub conditione, ff. de Bonorum posses. secundam tabul.

71 Otras se llaman *ciertas*, ó *necesarias*, las quales tienen apariencia de casuales, y no lo son, pues segun el curso, y órden de la naturaleza, es preciso que se cumplan, v. gr. *Si mañana saliere, ó naciere el sol: si Pedro se muriere*, &c. cuyas condiciones, y otras semejantes es indispensable se verifiquen, pues ha de nacer, ó salir el sol, y morirse Pedro sin la menor duda; y así no hacen el acto condicional, ni suspenden su virtud, ni efecto, y por consiguiente vale el legado, ó institucion, y el legatario, y heredero pueden pedir, y se les debe entregar la herencia, y legado luego que muere el testador (1), porque la institucion queda pura, como si no hubiera condicion (2).

72 Otras son *mixtas de casuales, y potestativas*, y se llaman así, porque su cumplimiento depende de la voluntad del hombre, y de la casualidad, v. gr. *Hacer contrato, ó negocio con alguno: contraer matrimonio con cierta persona: ir á tal parte: venir de tal tierra*, &c. y en estos casos, y otros semejantes es preciso se cumpla la condicion, para que el legatario perciba el legado, y el heredero extraño la herencia, pues al legítimo no obsta la falta de su cumplimiento (3).

73 Se pueden cumplir estas condiciones así en vida del testador, como despues de su muerte, porque no dependen enteramente del legatario, ó heredero, y el testador solo atiende á que se cumplan, y tengan efecto, y no al tiempo en que se ha de verificar su cumplimiento. Lo que al contrario en las potestativas, porque dependen de la voluntad del legatario, ó herederos (4), segun queda sentado.

74 Pero es de advertir, que quando estas condiciones consisten en *hecho*, v. gr. ir, ó venir de tal parte: conseguir tal dignidad, &c. no basta que se cumplan, ignorándolo aquel á quien se imponen. Lo qual es al contrario quando son de derecho, pues ya lo sepa, ó lo ignore, no le impide el percibo de la herencia, ni legado, con tal que se cumplan (5).

75 Otras son de *presente*, otras de *preterito*, y otras de

(1) Dicha ley 8. tit. 4. Part. 6. (2) Ley Si papillus, §. Qui sub conditione ff. de Novation. Gom. cap. 12. n. 63 (3) Dicha ley Suus quoque, ley Si pater, Cod. de Institution. & substitut. y ley 9. tit. 4. Part 6

(4) Ley 2. y ley Hec conditio, ff. de Conditionib. & demonstrationib. Soc. in dict. leg. 2. Gom. c. 12. n. 61. (5) Ley 21. ff. de Cond. et demonstr.

futuro. De *presente*, v. gr. *Si esto es así, lego tal cosa á Juan.* De *pretérito*, v. gr. *Si Juan hizo tal cosa, ó si esto sucedió.* De *futuro*, v. gr. *Si la hiciere, ó si sucediere.* De las quales las dos primeras siendo verdaderas, ó verificándose serlo, obligan al instante, y no suspenden el acto, ni la disposicion, y así el legatario, ó el heredero extraño llevarán el legado, y la herencia. Pero si se verifica no ser verdaderas, se anula el acto, y queda ineficaz la disposicion, por lo que nada percibirán, ni sus herederos, por carecer de accion para ello, y para partirlo. Y las de futuro ningun efecto inducen de presente, y sí solo la esperanza de que lo surtirán con el tiempo (1).

76 Otras son *expresas*, y otras *tácitas*. Se llaman *expresas* las que el mismo testador por su própia boca pone en la institucion, ó legado: y *tácitas* las que en algun acto, ó disposicion se entienden puestas por derecho, aunque el testador no las ponga. Lo qual puede suceder de cinco maneras: La I, quando hace legado de cosa que no exíste, pero puede tener ser con el tiempo, v. gr. *el parto de la esclava, el fruto de la viña, &c.* pues se entiende en el caso que nazcan, aunque no exprese (2).

77 La II, quando el hijo es gravado á restituir la herencia, v. gr. *si el padre que tiene dos hijos, los instituye por sus herederos, y manda que el sobreviviente herede al que primero fallezca*; en cuyo caso si el que ántes muere, dexa hijos, ú otros descendientes legítimos, le heredarán, y no su hermano, porque tácitamente se entiende que la voluntad de su padre fué que heredasen los hijos de su hijo, y que si el hermano de este llegaba á heredar, fuese en el caso de que el muerto no dexase sucesion; y así esta condicion debe cumplirse (3).

78 Pero si establece á dos extraños por herederos con esta condicion, no heredarán los hijos del muerto, sino el otro

(1) Ley 21. tit. 9. Part. 6. Ley Cum ad præsens 37. Respiciendum 38. y Itaque 39. ff. Si cert. petat. ley Conditio in præteritum, ff. de Verb. oblig. ley Institutio talis, ff. de Condition. institut. al fin. ley Eas causas, de Conditionib. & demonstration. (2) Ley 1. al fin, ff. de Conditionib. & demonstrationib. ley Interdum, ley inter stipulantem, §. Sacram, ff. de Verbor. obligat. ley Cum certus, ff. de Tritico, vino, & oleo legat. y ley Si debitor. §. 1. ff. de Contrahend. emption. (3) Ley 10. tit. 4. Part. 6. ley Cum avus, ff. de Condit. & demonstrationib. y ley Generaliter, vers. Cum autem, Cod. de Institution. & substitution.

instituido, á ménos que el testador mande lo contrario, como lo dispone la ley 10. tit. 4. Part. 6. al fin, ibi: *Mas si el que face el testamento, establecese á dos omes extraños por sus herederos, só tal condicion, que el que muriese primero que el otro, que heredase sus bienes, maguer que éste que muriese primero dexase fijos, non heredarian ellos estos bienes á tales, mas el otro á quien estableció el testador por su heredero*: y la razon es, porque en los extraños cesan las razones de consanguinidad, y piedad que militan en los hijos, y su posteridad. Sobre todo lo qual véanse (1) las trece glosas de la ley inserta.

79 La III, quando la condicion se impuso al instituido; pues se entiende repetida en el substituto (2): acerca de lo qual véase lo que explicaré en los nn. 96. al 99. La IV, quando se dexa legado, ó fideicomiso á alguno con cargo de restituirlos; pues deberán hacer su restitucion, si los aceptan, porque sin este requisito no tienen obligacion de hacerla; y así aunque esta condicion no se exprese, se entiende tácitamente (3).

80 Y la V, quando á alguno se dexa legado anuo, pues se entiende *en caso que viva*; porque no viviendo, no puede cobrarlo: por lo que en el primer año es puro el legado, y basta vivir al principio de él para percibir el importe de todo el año, y en los demas es condicional, porque si muere en fin del primero, ya no tiene derecho á él, ni pasa á sus herederos, y así la condicion *si viviere*, se entiende tácitamente, aunque no se exprese (4).

81 Otras consisten en *dar*, y otras en *hacer*. En dar, v. gr. *Lego á Juan tal cosa, si diere á Pedro tanta cantidad.* En hacer, v. gr. *Lego á Francisco tal cosa, si hiciere esto, ó lo otro, &c.* (5) y así siendo posible lo que el testador manda dar, ó hacer, no llevarán el legado, ó herencia el legatario, ni heredero hasta que lo cumplan, por estar en su potestad, y voluntad el cumplirla.

82 Pero si la condicion es *prohibitiva*, v. g. quando le manda que no dé, ó haga tal cosa, y puede cumplirla, debe dar fianzas de que no lo hará, para que se le entregue el legado, y de

(1) Greg. Lop. glosa á la ley 10. tit. 4. Part. 6. (2) Ley Licet, ff. de Legat. 1. (3) Ley 3. ff. de eod. tit. (4) Ley 4. ff. de Annuis legat. y ley Cum in annos, ff. Quando dies legat. cedat. (5) Ley Hujusmodi, ff. de Leg. 1. ley 2. ff. de Verbor. obligat.

lo contrario no lo percibirá: y si despues de percibido procede contra lo afianzado debe restituir con frutos el legado (1). Previniendo que si le manda que jure darlo, ó hacerlo, se entiende por no puesta la condicion en quanto al juramento de futuro; pero con todo eso no debe llevar lo que le legó, hasta que cumpla su precepto; y si el juramento es sobre cosa pasada, ó presente, debe hacerlo, y de no, nada percibirá del legado (2).

83 Otras condiciones son *posibles* y otras *imposibles*. *Posibles* son las que de hecho, por naturaleza, ó derecho pueden cumplirse. *Imposibles*, las que por ninguno de estos medios pueden hacer, ni cumplir, ó por ser contra buenas costumbres. De hecho, v. g. *Lego á Pedro tal cosa, ó le instituyo por heredero si tocare al Cielo con el dedo: ó si diere á Juan un monte de oro.* Por naturaleza: *Si el hijo fuere mayor en el nacimiento que su padre. Si el calor enfriare, ó el frio calentare.* Por derecho: *Si el hijo no alimentáre á sus padres pobres, pudiendo: Si Juan se casare con muger que le está prohibido.* Cuyas condiciones, y otras semejantes como ridículas, violentas, repugnantes, desarregladas é imposibles, se quitan del medio, y estiman por no puestas, ni escritas: y así por no cumplirse, no se invalida la institucion, ni legado (3).

84 Pero si la imposibilidad proviene de la duda, ó perplexidad con que está hecha la institucion, ó legado, v. g. *Instituyo á Pedro por mi heredero, si Juan fuere mi heredero; y si éste lo fuere, instituyo al mismo Pedro*; se viciará esta institucion, y nada llevarán los instituidos, porque es imposible que cada uno sea heredero ántes que el otro (4).

85 En los contratos es diverso, pues de qualquiera forma, y naturaleza que sean, los vicia, y anula la condicion imposible afirmativa (5); mas no la negativa necesaria, v. g. *Me obligo á darte tanta cantidad, si tocares con el dedo en el Cielo*; pues es contante que ninguno puede tocar, ni llegar al Cielo:

(1) Leyes 7. y 14. tit. 4. y 22. tit. 9. Part. 6. y ley Mutianæ, ff. de Condit. & demonstrat. (2) Ley 6. tit. 4. Part. 6. (3) Ley 3. tit. 14. Part. 6. y ley 1. y leyes Conditiones 9. y 14. ff. de Condition. institution. ley Obtinuit, ff. de Condition. & demonstration. y §. Impossibilis, Institut. de Heredib. instituend. (4) Ley 5. tit. 4. Part. 6. (5) Ley Impossibilis, ff. de Verbor. obligation. ley Non solum, ff. de Obligation. & action. ley Certi conditio, §. Quoniam, § Item quæri potest, ff. de Reb. credit. si certum petat. y §. Si Impossibilis, Institut. de Inutili stipulation.

y así el que se obliga, debe cumplir lo que promete (1). Tambien vicia la liberacion (2), y asimismo la sentencia, la qual, se equipara mas al contrato, que á la última voluntad, porque en los juicios quasi contraen los contendores entre sí (3).

86 Baxo de cierto modo se pueden hacer tambien los legados, por lo que se llaman *Modales*, v. g. quando el testador lega á uno alguna cosa, ó cantidad, porque dé, ó haga algo, cuyo *porque*, que parece causal, equivale á *para*; y así la virtud, y efecto de este legado es, que el legatario no pueda pedirlo ni se le deba entregar ántes de cumplir el modo con que se le hizo, sin dar caucion, ó fianza, y seguridad de cumplirlo (4): excepto que el testador quiera expresa, ó tacitamente que ántes que se le entregue, lo cumpla, pues entónces no basta la fianza (5). Lo qual procede, aunque el testador añada condicion al modo, diciendo: *Lego á Pedro cien ducados con la condicion de que dé, ó haga esto*, pues será modo, y no condicion porque mas se atiende á su mente, y voluntad, que á las palabras con que la explica; y siempre que quiere que lo que ordena, se cumpla ántes que su disposicion, será *condicion*: y si despues será *modo* (6). De suerte que la condicion es como dexo expuesto, cierto futuro evento, en el qual se suspende la disposicion, y hasta que se cumple, ó falta estan pendientes la accion, y la obligacion (7); pero el modo no la suspende, por lo que debe cumplirse primero la disposicion (8). Faltando la condicion, se irrita de derecho la disposicion, y no se transmite la herencia al sucesor; pero aunque falte el modo, no se irrita la disposicion, ántes bien se dá accion para que se cumpla: ni

(1) Ley 17. tit. 11. Part. 5. y ley In illa 8. ff. de Verbor. obligat. Gom. lib. 2. var. cap. 11. n. 37. (2) Glos. in leg. Cum donationis, Cod. de Transaction. & ibi DD. (3) Ley 3. §. Idem scribit, ff. de Peculio. Imol. in leg. 1. ff. de Verbor. obligationib. Alex. in leg. A Divo Pio, §. In venditione, n. 20. ff. de Re judicat. Aretin. in leg. Impossibilis, col. 2. ff. de Verbor. obligat. Gom. dicho c. 12. n. 67. vers. Item etiam talis. (4) Ley 21. tit. 9. Part. 6. Ley Quibus diebus, §. Thermus, ff. de Conditionib. & demonstrat. & ibi glos. & DD. ley 1. & per tot. Cod. de His quæ sub modo, y §. Longe, Institut. de Legat. (5) Ley Thais ancilla, §. Sthicus, ff. de Fideicommissar. liber. (6) Ley Mœvia, ff. de Manumis. testament. y ley 2. al fin. ff. de Donation. (7) Ley Cedere diem, ff. de Verbor. significat. ley Cum in secund. ff. de Injusto, rupto testament. Socin. in Rubr. hujus tit. Mantic. de conject. lib. 10. tit. 5. n. 2. (8) Ley Cum ab eo, ff. de contrahend. emption. ley 1. y sig. Cod. de his quæ sub mod.

obsta para la transmision de la herencia, ni legado (1).

87 Cumpliendo el legatario el precepto del testador, adquiere dominio irrevocable en la cosa legada, pero ántes de cumplirlo, aunque dé fianza, se le transfiere solamente el revocable, de suerte que si no lo cumple, debe restituirla con frutos (2); y el legado hecho baxo de modo, se transmite á los herederos del legatario: por lo que así como este puede conseguirla, cumpliéndolo, así tambien aquellos (3); é igualmente se les transmite la facultad de dar la caucion de cumplirlo. Previniendo que quando el testador se explica con palabras, que pueden aludir al *modo*, ó á la *condicion*, se interpretan en caso de duda que mas se tengan por aquel, que por esta (4).

88 Se hacen tambien los legados con *demonstracion*, lo qual sucede quando el testador pone á la cosa legada alguna señal, lugar ó cantidad, por la qual es conocida; en cuyo caso si la demonstracion es verdadera, vale el legado: y si es falsa, tambien vale regularmente, y no la vicia, ni la disposicion en que se hizo, v. g. *Lego á Pedro tal cosa que compré á Juan, ó me donaron*; pues aunque no fuese comprada, ni donada, sino adquirida de otra suerte, vale el legado. O si dice: *Lego á Pedro tal alhaja porque me hizo tal servicio*; pues sin embargo de que no haya hecho lo que el testador supone, vale el legado, y se debe al legatario (5). Y la razon es, porque la demonstracion, ó extrínseca solemnidad puesta en él no es necesaria, por lo que no debe viciarlo, pues la que interviene en algun acto sin que para su validacion se requiera, no lo vicia. Lo qual milita no solo quando el legado es específico, sino de cantidad, si se lega esta como cuerpo, ó especie, y existe, pues vale; pero si no existe, es nulo, v. g. si el testador dice: *Lego á Pedro tanta cantidad que tengo en tal arca, ó gaveta*, y no se encuentran, no vale el legado, porque no consta de tal cuerpo, ó especie legada (6).

(1) Part. Differ. 147. Antun. Portugal, de donat. reg. lib. 1. prel. 2. §. 1.
(2) Ley 21. tit. 9. Part 6. glos. 10. Ley Liberto, §. Lucius, ff. de Annuis legat. ley Quibus diebus, §. fin. cit. ley A Titio, ff. de Furt.
(3) Ley A testatore, ff. de Conditionib. & demonstrat.
(4) Dicha ley A testatore, & ibi Imol. (5) Ley Demonstratio falsa al princip. y §. Quod autem, ley Falsa demonstratio 33. ley Quibus diebus 40. §. Qui dotalem, y ley Cum tale, §§. Falsam 7. y 8. ff de Conditionib. & demonstrat. y §. Huic proxima Instit. de Legat. (6) Gom. c. 12. n. 74. y 75.

89 Pueden asimismo ser *causales*, ó hacerse con causa los legados, v. g. si el testador dice: *Lego á Pedro tanta cantidad, ó tal alhaja, por haberme hecho tal obsequio*, en cuyo caso vale el legado, aunque no le hubiese hecho el obsequio pues no se requiere expresion de la causa, quando se hace por mera liberalidad; y así sin embargo de que sea falsa, no lo vicia, ni anula (1).

90 Lo qual se entiende, ya sepa, ó ignore el testador que la causa es verdadera, ó falsa, excepto que su heredero pruebe que á saber que no era verdadera, no haria el legado al legatario, pues entónces esta excepcion lo vicia (2). Y se puede probar *verdadera ó presuntivamente*: *verdaderamente*, si el testador lo dixese, ó protestase delante de testigos; y *presuntivamente* quando la causa mira á la consanguinidad, ó afinidad v. g. *Lego á Pedro tanta cantidad, porque es mi consangineo*, en cuyo caso no siéndolo, no vale el legado (3).

91 Y últimamente pueden ser hechos los legados, é instituciones con modo alternativo, v. g. si dice el testador: *Pedro ó Juan sea mi heredero*: *A Pedro, ó Juan doy, ó lego tal cosa, ó quiero darla*: *O quiero, ó mando que sea libre, ó tutor de mis hijos*. En cuyos casos se duda ¿cómo han de ser admitidos estos nombrados? Y la solucion es (4) que todos sean admitidos igual, y copulativamente, porque la alternativa puesta entre personas honoradas se revuelve en copulativa. Lo que es al contrario quando se dexa alguna cosa á una persona sola, diciendo: *A Pedro lego tal, ó tal cosa*, pues entónces se estima la *ó* por diyuntiva, y así no percivirá mas que una de ellas. Pero es de advertir que lo referido se entiende de este modo, que si el legado, ó comodidad que se dexa, es dividuo, se admite á qualquiera de los legatarios por su parte, y así entre todos se dividirá con igualdad; y si es individuo, al modo que la libertad, tutela, servidumbre, jurisdiccion, mayorazgo, ú otra dignidad se admite a cada uno en el todo (5). (a)

(1) Ley 20. tit. 9. Part. 6 Ley Demonstrat. falsa 17 §. Quod autem cit. (2) Ley Cum tale, §. Falsam 7. cit. (3) Ley Si puter, y ley Nec apud, Codic. de Hæred. instituend. Gom. tom 2. n. 70. (4) Ley 4. Cod. de Verb et rer. signifi. (5) Gloss. en la ley penult. Cod. de Verbo significat. Gom. en la 40. de Toro n. 68. cerca del fin.

(a) Entre las muchas notas graciosas que se leen insertas por el Señor

92 Poniendo el testador al legatario, ó heredero muchas condiciones juntas en forma copulativa, que tienen su tendencia á diversos fines, deben cumplirlas todas para adquirir derecho, y poder pedir, y percibir el legado, ó herencia, v. gr. *Mando á Pedro tal cosa, ó le instituyo por mi heredero, si diere tanto á pobres, fuere en romería á tal Santuario, é hiciere tal Iglesia.* Y si las pone apartadas, v. g. *Mando á Pedro tal cosa si diere tanto á pobres, ó fuere á tal romería*, basta que cumplan qualquiera de ellas, para poder haber, y llevar el legado, ó herencia, porque están puestas con modo desyuntivo (1).

93 Lo própio milita, quando aunque estén puestas con modo copulativo, miran á un solo fin, v. g. *Si Pedro muriere sin hijos, y fuere Presbítero, sea mi heredero Juan, ó substituyo á Juan*; pues como la mente del testador es proveer de substituto por la carencia de los hijos, que se induce así del Presbiterato, como de la muerte, sin dexarlos, basta que sea Presbítero, para que se verifique la carencia, y que el substituto pueda llevar la herencia. Y lo mismo procede en la substitucion (2).

94 Si pone una condicion á muchos, basta que qualquiera de ellos la cumpla, ó en él se verifique, para ser valida la institucion, ó legado (3). Y si instituye muchos herederos ó le-

Gutierrez, es una que se halla al fin de este n. en que, como es cierto segun la ley citada del Cod., que ántes de Justiniano hubo tal diversidad de opiniones sobre la institucion ó legado alternativos que podia escribirse acerca de ellas un no pequeño libro: para cortarlas mandó se tuviesen por copulativas: *pero bien pudo Febrero hacer pasar en silencio una institucion ó un legado, que acaso no se habian hecho nunca, ni se harán jamás*, aunque por otra parte es cierto que puede haber equivocacion al tiempo de escribirlos. En tiempo del jurisconsulto Paulo se sienta *ley 53. tit. de V. S.* que muchas veces se observaba tomarse las conjuntivas por disjuntivas, y al contrario, sin duda la materia de que se trataba, y con el fin de la subsistencia del acto se estimó así; confiesa el Señor Gutierrez las disputas que ocurrian en tiempo del insinuado Emperador; ¿cómo podria ni puede afirmarse que semejantes mandas acaso no se habian hecho nunca, ni se harán jamás? Se hicieron en tiempos tan remotos, si segun las circunstancias se estimaba la conjuntiva por la disjuntiva, y é converso: si tantos eran los casos que daban ocasion á las diversas opiniones, ¿podrá decirse con razon que nunca se hicieron, ni jamás se harán? ¿Quién duda que es verificable tal manda? de consiguiente cumplió el autor con su obligacion.

(1) Ley 13. tit. 9. Part. 6. (2) Alex. consil. 100. vol. 4. incipiens. Visa parte testamenti. Greg. Lop. en dicha ley 13. glos. 1. (3) Dicha ley 13. tit. 9. Part. 6.

gatarios, á unos con condicion, y á otros sin ella, percibirán estos inmediatamente la parte de herencia, ó legado que les toque, como instituidos pura, ó simplemente, y aquellos nada, hasta que cumplan la condicion. Lo qual se entiende, excepto que habiendo practicado en tiempo oportuno las conducentes diligencias, no puedan conseguir su cumplimiento, por no pender de culpa suya, pues en este caso es suficiente que pongan de su parte todos los medios correspondientes á su consecucion, porque se tiene por cumplida la condicion (1).

95 El legatario debe cumplir en forma especifica (regularmente hablando) la condicion posible que el testador le impuso, segun quiso, pues no basta que la cumpla de otra suerte, ni en modo equivalente (2); y la razon es porque la condicion voluntaria, y su cumplimiento consisten en hecho, y este es coherente á la persona, y no pasa á otro: lo qual es al contrario en la necesaria para la validacion del acto (3).

96 En quanto á si la condicion puesta al legatario se entiende, ó no repetida en el substituto, debo sentar, que toda repeticion tácita procede, ó de la conjuncion, por ser muchos legados, copulados, ó unidos, y enlazados por las conjunciones copulativas, *y tambien*, y otras semejantes, ó por regirse por un mismo verbo, y determinarse por el acto del que determina, y rige toda la oracion: ó por identidad de razon, quando la hay de repetir los antecedentes en los siguientes. Y por decirlo mas claro, las causas inductivas de la tácita repeticion son tres: *cópula*, *identidad de oracion*, *é identidad de razon*: y las exclusivas de ella otras tres, á saber, *adversativa*, v. gr. *pero*, *excepto por el contrario*, y otras semejantes: *diversidad*, *y separacion de oracion*, *y tiempo*, *y diversidad de razon* (4).

97 Debo sentar igualmente, que el legado, fideicomiso, y otra qualquiera disposicion se estima pura en caso de duda, si en ella no se pone el dia, ó la condicion, y no se concep-

(1) Leyes 12. y 14. tit. 14. Part. 6. & ibi glos. (2) Ley Qui hæredi, y ley Mœvius, ff. de Condition. & demonstration. (3) Ley Si mater, Cod. de Institution. & substitution. & ibi DD. ley Gallus, §. Et quid si tantum, ff. De liber. & posthum. Gom. c. 12. n. 77. (4) Menoch. lib. 4. præsumpt. 180. n. 4. Cast. lib. 2. Controvers. cap. 4. n. 93. al 98.

túa puesta, y mucho ménos quando las palabras repugnan (1); pues los precedentes no se entienden repetidos en los siguientes siempre que se trata de repetir la qualidad contra la disposicion del derecho comun.

98 Supuesto lo referido, digo: que siendo *causual* la condicion puesta al legatario, no pasa al substituto, ni se entiende repetida en su persona, ya se verifique por fallecer el primer legatario estando pendiente la condicion, o por faltar esta (2). Pero si es *potestativa*, *ó mixta*, es visto estar repetida en el substituto, ó conjunto, ó en aquel á quien pasa el legado, porque mira, y tiene su tendencia á la carga, ó gravámen que puede, y debe cumplir (3).

99 Lo qual procede, excepto que sea coherente á la persona, y nadie mas pueda cumplirla, v. gr. *Casarse*, *aprender cierta ciencia*, y otras semejantes, pues entónces no pasa al substituto, ni se entiende repetida en él (4) (*a*).

§. III.

Si el testador podrá, ó no revocar los legados que hizo: quándo se entienden, ó no revocados, aunque no los revoque: y de dónde se deben deducir, ya dexe herederos legítimos, ó extraños.

100 Como la voluntad del testador puede variar hasta la muerte, puede revocar siempre que quiera los legados que

(1) Ley 1. ff. de Conditionib. & demonstrat. ley Libertis 4. al fin, ff. de Adimend. legat. y ley Si Titius mini, §. ult. ff. de Legat. 1. Cast. ibi n. 35. y 36. Menoch. præsumpt. 175 n. 2. al 4. (2) Imol. in Clementin. 1. col. fin. de Supplend. negligen. Prælator. Molin. de Hisp. primogen. lib. 3. c. 5. n. 57. Cast. ibi n. 37. y 38. (3) Ley Unica, §. Pro secundo, Cod. de Caducis tollend. (4) Dicha ley unica, §. Ne autem, Gom. ibi n. 37. y Do. Men. Præsumpt. 174. hasta la 181. inclus.

(*a*) Como el deseo del Señor Gutierrez no es otro, ni puede ser, ni ha sido otro el fin que el declarar las materias que trata el autor, no quiso pasar en blanco la advertencia siguiente. *Para saber quando se entiende repetida la condicion en el substituto, la principal regla que puede darse, es que se examinen bien las palabras de la disposicion, la condicion misma, las circunstancias de las personas*, &c. de esta clase de advertencias son muchas las que se encuentran en sus notables notas, reconozcase en el prólogo al editor fol. 42. desde el vers. *Pero estos*: al que comienza. *Por no acudir*: exclusive.

expresa, ó tácitamente hizo. *Expresamente*, quando en la misma disposicion, ó en otra posterior dice que los revoca: ó revoca la disposicion en el todo, ó solo en quanto á ellos: ó la cancela por sí própio, ó manda á otro que la cancele; mas no, si éste lo hace sin su órden (1). *Y tácitamente*, quando se infiere, y presume de su mente: pues al modo que los puede dexar por señales, y se entienden hechos (2): los puede revocar tambien por ellas, y se entenderán revocados (3). Lo qual procede, aunque haya hecho tradicion de ellos, pues los puede revocar siendo hechos en última disposicion, mas no, si lo son por contrato en sanidad (4).

101 Se entienden revocados aunque no los revoque, quando despues de hechos se originó enemistad capital, y no leve entre el testador, y el legatario; pero si luego se reconciliaren, se renuevan y convalecen por la nueva y tácita voluntad del legante (5).

102 Lo mismo procede quando la cosa legada se pierde, ó muere despues sin culpa del heredero, ni negligencia en su custodia: y dudándose si por su culpa se perdió, ó con su ciencia se escondió, debe dar seguridad de que hallada que sea la entregará. Y se entiende haber tenido culpa quando no la guardó ni hizo guardar como sus mismas cosas, ó de intento tardó en entregarla, ó en esto tuvo negligencia, pues entónces perece por su culpa (6).

103 Igualmente se entiende revocado quando por contrato lucrativo (v. g. donacion) enagenó verdaderamente el testador en su vida la cosa despues de legada; pero si fué por contrato oneroso, (v. gr. venta) y lo hizo por su mera, y libre voluntad, se entiende tambien revocado: mas no, si ha sido por necesidad, (que en duda se presume) á ménos que el heredero pruebe no haberla tenido (7). Lo qual se amplia, aunque des-

(1) Ley 39. tit. 9 Part. 6. Ley 1. & per tot ff. de Adimend. legat. y §. unico Institut. de Ademot. legat. (2) Ley Nutu, ff. de Legat. 3 y ley Ff in epistola 22. Cod. de Fideicommis. (3) Gom. cap. 12. n. 56. Cast. lib. 4. Controvers. c. 37. ex n. 11. al 38. y cap 59. n. 8. y 9. Cancer. part. 3. Var. c. 20. n. 353. y sig. Covar. in Rubr. de Testam. part. 3. n. 19.

(4) Gomez Ley 17. de Toro n. 8a. (5) Ley 2. y ley 3. §. final ff. de Adimend. legat & ibi glos. & DD. (6) Ley 41 tit. 9. Part. 6. ley Cum res, §. Culpa, ff. de Legat. 1. (7) Leyes 17. y 40. tit 9 Part. 6. Ley Rem legatam, ff. de Adimend. legat. ley Fideicommissa, §. Si rem, ff. de Legat. 3.

pues de enagenada, la redima, ó compre al que se la compró (1).

104 En los própios términos se entiende revocado el legado quando lega lana, madera ó cosa semejante, y despues hace paño de la lana, y casa, nave ú otra cosa de la madera, porque dexan de ser lo que eran, y se transforman en otras cosas (2).

105 En el legado de lana hecho simplemente, viene, y se comprehende la que está trasquilada, y separada del cuepo del animal, ya esté sucia, ó lavada, carmenada, ó sin carmenar ó peinar, y hilada ó sin hilar: y tambien viene con la piel la que está junta, ó pegada á ella sin haberse trasquilado, ni separado; mas no la que está pegada al cuerpo del animal, ni la hecha tela, ó teñida. Pero en el lino es al contrario, pues ya esté hilado, y hecho tela, ó no, se comprehende de todos modos en el legado, porque la lana teñida, y hecha tela se constituye de mucho mayor precio en su forma, y quantidad, que el lino (3), por lo que en este no hay distincion como en aquella (*a*).

106 Legando el testador un carro, ó carreta, que tiene

(1) Ley Cum servus, ff. de Adimend. legat. (2) Ley 42. tit. 9. Part. 6. y leyes Si cui lana, y Lana legata, ff. de Legat. 3. (3) Dicha ley Si cui lana, ibi gl. & DD. Gom. cap. 12. n. 55.

(*a*) Fundado el autor en las leyes, textos y AA. que cita, para afirmar las doctrinas que comprehende en esta obra, como lo ha executado ahora igualmente con la ley citada, *Si cui lana*, y *Anton. Gom.* sirve de estímulo para dar interpretaciones, é inteligencias, sin tener consideracion que para entrar en disputa si ha de entenderse de esta ó de la otra suerte, era preciso oir á ámbas partes; dió el jurisconsulto Paulo su respuesta por la ley cit. en semejante caso; siguió el Gom., y á ámbos el autor; de consiguiente como no es decision, y aunque lo fuera, pues no se contempla ley, y pueden variar los conceptos, no habia mérito para anotarse sobre ello cosa alguna; no obstante se encuentran dos advertencias del reformador: la una dice, *que para dar el verdadero valor que debe tener esta distincion entre el lino y la lana, bista considerar que del lino teñido y sin teñir se hacen texidos que son de tanto ó mas valor que los paños mas finos, y que de lana se hacen paños de inferior calidad; en la otra, que la diferencia que hay entre una y otra m nda, y que hace al próposito, es que baxo la palabra lana nunca se comprehende la tela fabricada con ella, y baxo de la palabra* lino *muchas veces se contiene el lienzo hecho de él; sinembargo para decidir con acierto, debe inspeccionarse la voluntad del testador, y atender á la significacion que las voces* lana y lino, *tengan en cada país*; ¿y qué se dirá en medio de estos modos de pensar? que era

su mula, ó bestia para tirar de el, lo debe haber el legatario con ésta, aunque de ella ninguna mencion haga quando se la lega. Pero si la bestia se muere, se revoca el legado, excepto que el testador en vida ponga otra en su lugar, pues entónces subsiste, y queda firme por la subrogacion de esta en el de aquella (1): y asi se le debe entregar todo (*a*).

mejor haber dexado correr la doctrina del autor, y que cada uno de los lectores quando ocurra el caso, premeditára qual fué la última voluntad. Hablando pues en comun, respecto que no se duda que los nombres se inventaron para designar y distinguir las cosas y las personas, se persuade por lo mismo que todas las especies que retengan ó conserven los nombres de lino y lana, aunque con algun adjetivo, v. gr. peynada, hilada, &c. se comprehenden en el legado.

(1) Dicha ley 42. verb. Otrosi decimos.

(*a*) Aunque, para dar salida al contrario dictámen, que aquí propone el Señor Gutierrez, era bastante lo anotado al n. 14. cap. 6. §. 1. de este libro; no puede pasarse en blanco á vista de la satisfaccion con que discurre, y la poca atencion con que redarguye á los compositores de las Partid. de que se han dexado arrastrar en la citada ley 42. de las sutilezas del derecho romano, y no reflexionaron la voluntad del testador; ¡extraño modo de pensar! de esta suerte no les conviene otra denominacion que la de meros copiantes.

Es su dictámen, pero es dictámen, que se debe el carro, ó carreta, muerta la bestia, no es ley como lo es la citada; de consiguiente por mas que lo esfuerze, prevalecerá esta, y la misma es la voluntad del testador. La diferencia de la ley, de lo que determina el Senado, de lo que al príncipe parece conveniente, ó agrada, de los edictos de los pretores, y de las respuestas de los jurisconsultos, segun dicho derecho, lo advierte Arnoldo Vinnio en sus comentarios §§. 4. 5. 6. 7. y 8. lib. 1. tit. 2. inst. de forma que si á los compositores de las partidas, agrado la respuesta dada por los jurisconsultos, si la tuvieron presente en este caso, ó juzgaron convenia asi establecerse, su observancia era indispensable como determinacion del legislador; pero no como ordenado por alguno de dichos modos: es verdad que no son despreciables los fundamentos, en que estriba el Señor Gutierrez para su dictámen; propone en primer lugar, que si el testador quiso favorecer al legatario con un carro, y la bestia destinada para él, tambien lo quiso con el carro solo, si moria esta; arguye en segundo lugar, que si quiso favorecerle en lo mas, tambien queria favorecerle en lo ménos; en tercero lugar, que si no puede cumplirse en un todo, se hiciese en la parte que fuere posible: en quarto lugar, que el que sin la bestia no puede hacer uso del carro, siempre tiene su estimacion, y no hay mudanza substancial; y en quinto lugar, que si se lega una casa, se arruina ó quema, el solar es del legatario, segun se ha dicho, y concluye para remachar el clavo, *y por mas que hayan sutilizado los Intérpretes, ciegos admiradores de la jurisprudencia romana solo se encontrarán entre ámbos casos vanas razones de diferencia.* Vease el prólogo al Edictor §. 7. fol. 69. hasta el vers.

107 No se revoca el legado, quando despues de hecho, empeña ó hipoteca el testador la cosa legada, antes bien su heredero esta obligado á desempeñarla, y entregarla libremente al legatario (1), como he sentado en el n. 12. pues aunque la prenda, ó hipoteca es especie de enagenacion (2), pero no lo es propia, plena y perfecta, porque no pasa su dominio al que da el dinero, antes bien queda en su dueño: lo que es al contrario en la verdadera venta, y enagenacion; por lo que si se empeña por tanto como vale, y no hay esperanza de redimirla, ó pagarla, es visto revocarse el legado, porque se supone vendida por ella (3).

108 Tampoco se revoca quando legó la cosa, y su valor; pues aunque la enagene despues, se debe al legatario su estimacion (4). Ni quando sinembargo de haberla enagenado, no la entregó, porque como subsiste en su poder, no se transfirió su dominio por falta de tradicion (5). Ni quando el nombre de la cosa legada, y enagenada se impuso á otra, y el tes-

Basta de leyes romanas :: y se desengañará del valor, y preferencia que estas se merecen, y quan necesario es su estudio.

Las cinco razones que le sirven como de áncora para sostener su dictámen, y dexar sin eficacia alguna la ley, son unos principios generales, que, aunque convenientes á razon, y corroborados no solo por el derecho romano, si tambien por el canónico, padecen muchas excepciones; dase á entender en nuestro caso que es un legado compuesto de dos cosas, *bestia* y *carro*: que obtiene y hace aquella de principal, y este de accesorio, lo que se justifica en alguna manera, de las siguientes palabras, *excepto que el testador en vida ponga otra en su lugar*, lo que no contradice el Reformador, de consiguiente queda manifestada su voluntad por el hecho de poner otra en su lugar, como que no podia tener en rigor subsistencia lo accesorio, faltando lo principal; si asi no fuese, diga el Señor Gutierrez, ¿ por qué, aunque no se haga mencion de la mula ó bestia, se comprehende esta en el legado del carro ? no puede darse otra razon, que por ser principal y para el uso á que estaba destinada. Parece á conseqüencia de este modo de pensar que puede sentir de otra suerte, y ser mas atento con los compositores de las Partidas, y no ménos con los intérpretes. Véase Arnoldo Vinnio, §. 3. *inst. de usufruct.* vers. *Ne aream quidem*: y §. 7. *de legat. per tot.* principalmente al vers. *Si fundus instructus* :: de aquí no dexará de sacar algun apoyo en confirmacion del pensamiento, de que muerta la bestia, no hay legado.

(1) Ley 3. Cod. de Legat. & ibi glos. & DD. y §. Si rem suam, Institut. de Legat. (2) Ley final, Cod. de Rebus alienis non alienand.

(3) Arg. leg Qui habebat, ff. de Legat. 3. y arg. leg. Legata al fin, Gom. ibi n. 56. vers. Secundo intellige. (4) Ley Lucius 22. ff de Leg 2 & ibi DD.

(5) Arg. leg. Prædia, §. Liberto, ff. de Instruct. vel instrum. legat.

tador se refiere al tiempo de su muerte, v. gr. *Lego mi siervo Juan, que sea mio al tiempo de mi muerte*; pues si el que entónces tenia se llamaba así, y lo enagena, y despues compra otro, y le pone el mismo nombre, vale el legado (1). Ni quando no obstante que lo enagene, lo recupera despues, y se remite al tiempo de su muerte, lo que al contrario, si habla de presente (2). Ni quando es legado de libertad, pues si el testador la lega á su siervo, y lo enagena voluntariamente, y luego lo redime, se restaura su libertad (3). Ni tampoco pueden revocar, ni repetir el testador, ni sus herederos los legados que pagaron á pretexto de haber sido hechos en testamento imperfecto por razon de solemnidad, y de ignorar esta excepcion que les favorecia; á ménos que sean soldados, mugeres, menores ó labradores rústicos, pues á estos sufragarán dichas escusas (4).

109 La deduccion de los legados graciosos ó voluntarios se hace de este modo: si el legante testa entre herederos extraños, ó legítimos: si testa entre extraños (que por tales se reputan para el caso todos, aunque sean sus hermanos, excepto los ascendientes, y descendientes legítimos, como he sentado en el cap. 1. de mi primera parte n. 63. y diré en el 8. de este libro n. 2.) se deben deducir del cuerpo de caudal que dexe, despues de pagar las deudas, gastos funerarios y misas, no mandando otra cosa, segun por derecho comun está dispuesto (5), por no haber Ley Real, que en esta parte, y caso lo corrija, como dexo expuesto en el cap. 1. de este libro n. 33.

110 Y si testa entre herederos legítimos, ó son descendientes ó ascendientes: si son hijos, ó descendientes, se han de sacar del quinto líquido de su hacienda (que es lo único de que por la ley 28. de Toro se le permite disponer en vida y muerte), como lo ordena la 30. tambien de Toro, que es la 9. tit. 10. lib. 10. Nov. Rec. y dice: *La cera, y misas, y gastos del enter-*

(1) Ley Filiæ, §. Attia, ff. de Conditionib. & demonstrationib.
(2) Ley Scribit Quintus, ff. de Aur. & argent. legat. y §. Attia cit. & ibi DD. (3) Ley Verum, ff. de Manumis. testament. & ibi DD.
(4) Ley 31. tit. 14. Part. 5. & ibi glos. 1. (5) Ley 1. §. fin. ff. ad leg. Falcid. ley Papinianus, §. Quarta autem, ff. de Inofficios. testam. y ley fin. §. In computation. Cod. de Jure deliberand. Gom. en la 30. de Toro. Matienz. en la final tit. 6. lib. 5. Rec. glos. 3. n. 1.

ramiento se saquen con las otras mandas graciosas del quinto de la hacienda del testador, y no del cuerpo de la hacienda, aunque el testador mande lo contrario. Y si son ascendientes, se deben deducir del tercio, que es de lo que por la ley 6. de Toro se le permite testar por su alma, ó á favor de quien quisiere, segun dexo sentado en el cap. 4. de este libro n. 18. pues el residuo de su hacienda líquida es legítima respectiva de los ascendientes, y descendientes legítimos, que no puede ser gravada; bien entendido, que si los legatarios particulares fallecen ántes de adquirir derecho á sus legados, ó por algun impedimento legal no los adquieren, se acrecen á la herencia; lo que no sucederá quando hay legatario, ó mejorado en el quinto, pues en este caso como los legados se sacan de este entre descendientes legítimos, y son parte suya, y no del residuo de la herencia, deben volver, ó por mejor decir, no se debe desfalcar el quinto en su importe, ántes sí quedarse con él el legatario de este, y entenderse que el testador no los hizo; y lo próprio milita con el tercio entre ascendientes en igual caso, no mandando lo contrario en ámbos el testador. Pero si dexa legado vitalicio, v. g. á un hijo Religioso, que renunció sus legítimas á su favor, ó á otro: en este caso, aunque algunos contadores sacan de la herencia el importe de diez, quince ó veinte annatas con consideracion á lo que segun su edad, y robustéz puede vivir el legatario, y se las entregan; pero lo mejor es baxar de la herencia el capital correspondiente al legado anuo regulado á un tres por ciento, é imponerlo, dándole facultad para percibir los réditos durante su vida, y despues de ésta partirlo los herederos, ó consignarle en una finca el legado para el próprio efecto, y dividirla por su fallecimiento, y de esta suerte ninguno sale perjudicado. Lo qual se entiende no habiendo otro convenio de los interesados, ya toque ó no al legatario mas cantidad por su legítima, que el capital de la consignacion; pues si lo hubiere, se ha de estar á él, respecto á que ninguna ley habla de este caso, y su convenio siendo justo se debe observar. Y si marido y muger que testan de conformidad, se legan alguna finca adquirida por ambos durante el matrimonio, para que la lleve el sobreviviente, se entiende legar cada uno al otro el derecho que en ella tiene, que es la mitad, y así se sacará del cuerpo del caudal, y se le aplicará por entero; la

mitad por vía del legado del difunto, y la otra mitad como suya, si testando entre herederos legítimos cabe la mitad, y si no, lo que quepa, y el residuo en cuenta de su haber, y no toda por vía de legado.

111 Teniendo el testador ascendientes, ó descendientes legítimos, si dexa á extraños tantas mandas, ó legados pios, ó graciosos que no caben en el quinto, ó tercio, se ha de mirar á quánto ascienden estos, y quánto mas importan los legados juntos, v. g. si es mitad, tercia, quarta, quinta ó sexta parte, ó la que sea, y de cada uno deducirse proporcionalmente el exceso, separando primero el importe del funeral, y misas, pues esto no entra en el prorrateo, de modo que todos juntos se reduzcan á la cantidad de que pudo disponer, llevando cada legatario pio, ó gracioso á proporcion de lo que importaba el suyo, pues al que legó sesenta, debe tocar mas que al que quarenta; y al que treinta, mas que al que veinte (1). Y no deben ser preferidos los nombrados primero, ni por consiguiente haber predileccion entre ellos, sean, ó no de distintas clases, ó esfera porque se presume que el testador á todos profesó igual afecto (2); y quando se trata de anular, no se debe entender al órden del nombramiento (3), excepto que el testador lo mande expresamente.

112 Si dexa á uno el quinto, y además hace tantos legados á otros que no caben en él, se han de prorratear entre todos los legatarios, y el del quinto, despues de baxadas las deudas contra el caudal, y los gastos funerarios, y misas, haciendo una proporcion, mirando quánta es la cantidad excesivamente legada á cada uno, y detrayendo respectivamente de cada legado lo que le corresponda. Y lo própio milita quando tiene hijos, y así á estos como á extraños hace tantas mandas, que no caben en el tercio y quinto; bien que en este caso se ha de mirar que nada del tercio toque á los extraños, porque es legítima de los hijos entre los quales se debe repartir proporcionalmente,

(1) Ley In quantitate, §. fin. ff. ad leg. Falcid. ley Si quis testamento 82. §. Apud Julianum, ff. de Leg. 1. y §. fin. Institut. de lege Falcid. & ibi glos. Cifuent. en la 30. de Toro n. 2. Greg. Lop. en la ley 1. glos. 1. tit. 11. Part. 6. Angul. de Meliorat. en la 13. tit. 6. glos. 1. Escob. de Ratioc computat. 10. n. 5. (2) Ley Si quis testamant. §. Apud Julianum ff. de legat. 1. Escob. ibi n. 4. (3) Ley Quidam, ff. de peculio. Escob. ibi n. fin.

segun la disposicion del testador: por cuya razon solo en el quinto tendrá cabimiento para con todos el prorrateo de lo legado á los hijos que no quepa en el tercio. Lo mismo se ha de observar quando legue á un extraño el quinto, y hace á algunos de sus hijos ciertos legados de cantidad, ó genéricos; en cuyo caso estos se han de sacar del tercio hasta en lo que alcance, y lo que falte, deducirlo del quinto, y al legatario extraño darle el sobrante de este, ó su total, si las mandas de los hijos caben en dicho tercio, porque como tuvo facultad de mejorarlos en él, y tambien de legar el quinto íntegro al extraño, es visto haber querido que del tercio se pagasen á sus hijos sus mandas hasta en lo que alcanzase, y que el extraño percibiese el quinto íntegro, ó su residuo si faltaba algo para completar las de sus hijos, ó descendientes; pues de lo contrario podria ser ilusorio el legado del quinto, y perjudicado el legatario, al qual tal vez nada quedaria que tomar, y no se cumpliria la voluntad del legante que quiso lo llevase en todo lo que permite la ley; pero los gastos funerarios, misas, y legados pios se han de sacar del quinto, y no del tercio; lo que observará el contador, no mandando otra cosa el testador. Previniendo, que los legados pios sufrirán la deduccion del mismo modo que los voluntarios, excepto que el testador lo prohiba (1).

113 Pero ¿se ha de hacer la deduccion solamente de los legados genéricos, ó se ha de ampliar tambien á los específicos? Algunos dicen que estos entrarán tambien en el prorrateo, no apareciendo lo contrario de la voluntad del legante. Yo á la verdad soy de contrario dictamen, segun lo fuí en mi primera parte cap. 1. n. 125. porque los legatarios de ellos adquieren su dominio, y los hacen suyos inmediatamente que el testador muere; lo que no sucede con los genéricos, como dexo sentado: y así solo mandándolo el testador, (pues conviene que declare su voluntad para evitar dudas, y pleitos, y el escribano deberá prevenírselo á este efecto), ó nada quedando que percibir á los legatarios, como en el caso propuesto en el n. 28. me parece deberá hacerse de ellos la deduccion respectiva, y proporcional.

(1) Ley Si post missionem 17. & ibi DD. ff de leg. Falc. Parlad. lib. 1. Rer. quotidian. cap. 18. Greg. Lop. y Angul. ubi supr. proxime Escob. dicha computat. 10. n. 8. 9. y sig.

§. IV.

Si habrá ó no lugar el derecho de acrecer en los legados, y fideicomisos particulares.

114 Ha lugar por voluntad del testador al derecho de acrecer en los legados, y fideicomisos particulares, ya sea haciendo el legado de una cosa íntegra á dos, ó mas personas juntamente en una cláusula, v. g. *Mando á Pedro, y Juan una viña que tengo en tal parte*, (porque esto se llama conjuncion real, y verbal) ó en cláusulas separadas: v. g. diciendo el testador en una: *Mando á Pedro tal viña*, y en otra cláusula: *Mando á Juan la misma viña*, (porque esto se llama conjuncion en la cosa, y disyuncion en las palabras, como que forman diversas cláusulas) por lo que si uno de ellos muere ántes que el testador, ó viviendo éste renuncia, la parte que en el legado le corresponde, ó acaece otro motivo obstativo de su percepcion, se acrecerá su propiedad, y pleno dominio al otro, ó mas conjuntos, y se les debe entregar (1); y la razon es, porque de la conjuncion expresada resulta cierta presuncion de voluntad, y afecto del testador al legatario sobreviviente, y se conceptúa, que si fuera solo, le dexaría el legado íntegro; y así es visto haberlo substituido vulgarmente en la parte que al otro tocaba, y no quiso, ó no pudo percibir (2).

115 Pero si uno de los conjuntos es admitido al legado por derecho especial, no le competia el de acrecer á no ser que la voluntad del testador, que es la ley en esta materia, lo disponga de modo que no quede duda.

116 Lo mismo se ha de decir en quanto al derecho de acrecer que la ley romana concedia á los deudores mancomunados por lo que hace á la liberacion de su débito.

(1) Ley 33. tit. 9. Part. 6. ley Re conjuncti, ff. de Legat. 3. ley Mœvio, ff. de Legat. 2. ley Si duobus, §. fin. y ley Plane, §. Si conjunctim, ff. de Legat. 1. ley Hæc scriptura, §. 2. y ley Si separatim, ff. de Condit. & demonstrat. ley 1. & per tot ff. Usufruct. accrescend. y ley unica, §. Ubi autem legatarii, y sig. Cod. de Cæduc. tollend.

(2) Gom. lib. 1. Var. cap. 10. n. 38. Cras. in §. Jus accrescendi, q. 10. Cast. de Usufruct. cap. 48. n. 3. y sig.

117 No ha lugar el derecho de acrecer quando no hay conjuncion, que es quando el testador lega cosas distintas, ó divide la legada por partes ciertas, y diversas, v. g. *Lego á Juan la mitad de tal viña, y á Pedro la otra mitad*, pues en este caso cesa la razon expuesta en el n. 1. de este §. y ninguno adquiere mas derecho que á la parte que le dexa: y así renunciándola, se incorpora en la herencia.

118 Tampoco ha lugar, quando entre los legatarios hay conjuncion legal solamente si no consta por disposicion del testador v. g. si el testador, lega alguna cosa al siervo de dos, ó mas señores, y el uno de estos la repudia, no se acrece al otro su propiedad, porque el derecho de acrecer no puede caer en un sugeto solo; ni hay, ni se presume conjuncion que lo induzca entre ellos, y el testador, sino la ley; ni aficion de este á ellos; porque no son conjuntos, ni llamados por él en la cosa, ni por las palabras (1). Lo que al contrario; si hace el legado á dos, ó mas siervos de un señor, porque son conjuntos, y llamados por el testador expresamente y con especificacion de que la parte del uno acrezca al otro ha lugar entre ellos dicho derecho (2). Y lo mismo procede quando el legado se tiene por no escrito, pues se acrece al socio conjunto (3).

119 Asimismo no ha lugar, en otros varios casos que recopila el *Sr. Gregor. Lop. en la ley 33. tit. 9. Part. 6. glos 6. desde las palabras Nunc vero.*

120 En quanto á si la parte que uno repudia, ó le tocaba, y falta que aceptar, ha de pasar, y acrecerse, ó no al conjunto con la carga impuesta por el testador, ó sin ella, debo sentar: que en las herencias universales pasa indistintamente con ella al coheredero, ó substituto (4): y la razon es, porque aquella carga, ó gravamen mas parece impuesta á la herencia, que á la persona (5).

121 En los legados particulares, siendo conjuntos real, y verbalmente los legatarios, si el uno no estaba vivo al tiempo del testamento, se acrece su parte al conjunto, ó substi-

(1) Ley Proculo placebat, ff. de Legat. 2. (2) Ley Si duobus, ff. eod. tit. Gom. dicho cap. 10. n. 39. (3) Ley Verum est 63. §. Si servo communi, ff. Pro socio. (4) Ley unica, §. His ita definitis, vers. In his, Cod. de Caducis tollend. (5) Glos. & DD. in dict. §. Cras. ibi quæst. 29 Cancer. part. 2. Var. cap. 22. n. 192. y sig.

tuto si así lo dispone el testador, ó vuelve á los herederos del testador sin el gravamen (1), porque éste no tiene raiz, ó fundamento en que puede afianzarse, y por eso se anula (2).

122 Si uno de los legatarios estaba vivo quando se otorgó el testamento, y muerto al tiempo que falleció el testador, sucede al contrario, pues se acrece su parte al legatario conjunto, ó substituto si así es conforme á la voluntad del testador, y sino vuelve á los herederos del testador con el gravamen (3), porque éste fué válido al principio de su imposicion, mediante vivir el legatario al tiempo del testamento, por lo que dura, y se conserva despues (4). Y lo mismo procede, quando vivia al tiempo del testamento, y al del fallecimiento del testador, y despues fué excluso por la repudiacion ó por otra causa, porque ya tuvo raiz, ó fundamento en su persona: y valió, y se conservó (5).

123 Pero si los legatarios son conjuntos solamente con conjuncion real, pasa sin la carga al conjunto (6), porque el mere conjunto en la cosa legada no la adquiere del otro por derecho de acrecer, sino por su própio derecho, y persona, mediante la voluntad, y llamamiento del testador; y por el de no decrecer se conserva en él, y la retiene despues que el conjunto no la quiso (7).

124 Vendiendo, ó enagenando uno de los legatarios conjuntos la parte de su legado, si el colegatario repudia la suya, se acrece, y pasa la que éste repudió, al comprador, ó particular sucesor, y no al legatario conjunto, porque en este caso ningun derecho directo queda en éste como en el heredero

(1) Dicha ley unica, y §. In primo, Cardos. de Jure accrescend. in præludiis, n. 15. al 17. Cancer. ubi supr. Pichar. in §. Si eadem res, Institut. de Legat. n. 30. (2) Arg. leg 2. ff. de Hæredib. instituend. ley Illa stipulatio, ff. de Verbor. obligation. ley Cum principalis, ff. de Reg. jur. y ley Nam etsi sub conditione, vers. Post defectum, ff. de Injust. rupt. testament. Ley ejus, qui in Provincia, vers. Quare, ff de Reb. credit. si certum petat. ley Si servum, §. fin. ff. de Action. empti. Gom. cap. 10. n. 43. vers. Secunda conclusio. (3) Dicha ley unica, y §. Pro secundo 4. & ibi glos

(4) Glos. en dicho §. verb. Sentire, & ibi Cin. & alii DD. Gom. dicho cap. y n. vers. Tertia conclusio. (5) Dicha ley unica, §. Ubi autem legatarii 11. (6) Dicha ley unic. y §. Ubi autem, vers. Sin autem ad deficientis personam. (7) Glos. in dict. vers. Sin autem, Gom. ibi vers. Advertendum est.

por la herencia, ni militan las razones inductivas del de acrecer: y así la parte se debe acrecer á la parte (1).

§. V.

Si los legados hechos por el testador á su muger, acreedores y tutor que nombra, se compensarán, ó no con la dote, bienes parafernales, arras y gananciales que la tocan: con lo que debe á sus acreedores: y con la décima que coresponde al tutor.

125 Los maridos hacen muchas veces legados á sus mugeres, y suele dudarse si se han de compensar, ó no hasta en su importe con la dote, bienes parafernales, arras y gananciales que las corresponden: y para evitar estas dudas he escrito este párrafo. En quanto á la dote, digo que no se debe compensar con el legado, ó legados que el marido hizo á su muger: y así no solo ha de llevarla íntegra, sino tambien los legados. Lo qual se entiende, á ménos que haya dicho expresamente que se los dexaba por vía de compensacion de ella, ó conste claramente que su ánimo fué hacérselos en este concepto. Y se entiende tambien, aunque la legue la misma cantidad número idéntica que contiene la dote (2): ó el usufructo del todo, ó parte de sus bienes; por lo que todo se le aplicará (3). Advirtiendo que los herederos del marido no pueden diferir la restitucion de la dote legada con pretexto de los gastos hechos en ella, excepto que fuese necesario executarlos (4). En quanto á si estos gastos, ya sean útiles, necesarios, ó voluntarios, se entienden tambien legados, ó no, hay que distinguir de casos y aun de opiniones (5).

126 Si la lega los esclavos que recibió estimados en dote, los conseguirá como legado, y tambien su estimacion como

(1) Arg. leg. Si Titio, ff. de Usufruct. (2) Gom. lib. 1. Var. cap. 12. n. 27. vers. Quod extende Ley unica, §. Primum 3. Cod. de rei uxor. action. desde la palabra *Scien dum*. Ley *Cum pater* 77. §. Qui dotali, ff de Legat. 2. (3) Cast. de Usufruct. cap. 45. (4) Ley Dote prælegata 6. ff. de Dote prælegat. Bersan. de Viduis cap. 2. quæst. 43. n. 1. al 3.
(5) Bersan. cap. 2. de Viduis, q. 43.

parte de dote (1). Lo mismo procede, aunque haya dicho que legaba tales cosas, ó tales esclavos que se le habian dado en dote, pues estas palabras se entienden puestas, y añadidas por causa de demostracion, y no de tasacion (2). E igualmente quando la lega alguna heredad, ú otra finca afecta especial, ó generalmente á la responsabilidad de su dote, pues tampoco se compensará en todo, ni parte con ella, excepto que así lo exprese, ó conste ser esta su voluntad (3), porque estos débitos son voluntarios, á causa de haberlos contraido espontáneamente, y no necesarios, y en los voluntarios no ha lugar en caso de duda la compensacion.

127 Los bienes parafernales parece se deben compensar con el legado, porque se presume que el testador quiso gravar á su heredero en quanto ménos pudiese (4): y mejor se interpreta el que no subsista el legado, que el que se presume haber querido imponer gravamen á su heredero, por ser visto haberle tenido mas afecto que á su muger (5), y porque por los bienes parafernales están obligados tácitamente los de su marido (6), y quando alguno dexa á su acreedor algo de lo que le tiene obligado, parece se lo lega con ánimo de compensar el crédito (7).

128 Pero no obstante, lo contrario es lo cierto: y así no se debe compensar el débito de los bienes parafernales con el legado; Lo I, porque este débito es voluntario en su orígen, por estár en arbitrio del marido el recibir, ó no su administracion (8): y quando el contrato fué voluntario en su principio, se conceptúa siempre por tal (9): y el legado hecho por el deudor al acreedor voluntario, no se compensa con el débito (10). Y lo II, porque lo mismo se juzga de lo accesorio que

(1) Glos. in leg. Licinius 48. ff. de Legat. 2. (2) Imol. in leg. 1. §. Mela 14. ff. de Dote prælegat. (3) Ley unica, Cod. de Rei uxoriæ action. §. y vers. insert. y ley Cum pater 77. §. Qui dotale, ff. de Legat. 2. Greg. Lop. en la 16. tit. 9. Part. 6. glos. 3. vers. Sed quid si debitor.

(4) Ley Unum ex familia 67. § Si rem tuam, ff. de Legat. 2.

(5) Cravet. consil. 32. n. 3. y consil. 167. n. 14. (6) Ley 17. tit. 11. Part. 4. ley Uxor adhuc, Cod. de Jure dot. (7) Paulo de Castro, in leg. Frater à fratre, ff de Condition. indebiti. (8) Ley fin. Cod. de Pact. convent.

(9) Ley Sicut, Cod. de Obligat. & action (10) Imol. in leg. Si cum dotem, §. Si pater, ff. Solut. matrim Alex. in leg. Hujusmodi 84. §. Cum pater 6. ff. de Legat. Menoch. lib. 2. de Arbitr. caus. 180. n. 52. Alanca. Cravet. consil. 149.

de lo principal (1): y de las cosas contiguas, y coherentes se debe hacer el própio juicio (2); es así que los bienes parafernales son accesorios á la dote; luego por igual regla se han de juzgar; y al modo que con la dote no ha lugar la compensacion del legado, tampoco con los parafernales; por lo que si el estatuto permite á la muger que teste de aquella, se debe estender, y ampliar la permision acerca de éstos (3).

229 Si el testador recibió con su muger, v. g. 100. en dote, y 200. en los bienes parafernales, y en su testamento dexó á las hijas de su muger mayor suma que las dos recibidas, mandando que callasen, y se contentasen con ella por todo lo que debian haber, y podian pedir, valdrá, y se compensará el legado con la dote, y parafernales de su madre hasta en lo que alcance, porque estas palabras: *Que se contentasen con ella por todo lo que debian haber, y podian pedir*, son universales, y comprehenden toda especie de débito; por lo que es visto haber hecho el legado en compensacion de la dote, y bienes parafernales (4)

130 Por lo respectivo á las arras que el marido promete á su muger, tampoco ha lugar su compensacion con el legado del quinto, ú otro que la hizo, porque el débito de ellas fué voluntario en el principio, á causa de estar en su arbítrio, y voluntad el ofrecérselas, ó no, por no obligarle á ello ley alguna, pues en las deudas voluntarias, que son las que se contraen, y deben por pacto, y condicion sin distincion de género, especie, ni cantidad, no se admite compensacion con el legado, excepto que conste de la voluntad del testador; y mucho ménos ha lugar, si las arras están entregadas á la muger, porque con el débito ya pagado no se hace compensacion (5). Todo lo qual se entiende, excepto que el testador tenga as

(1) Ley Cum principalis, ff. de Regul. jur. (2) Ley Quæ Religiosis, ff. de Reivindication. cap. unic. de Consecrat. Eccles. in 6.

(3) Cravet. consil. 149. n. 6. Ara, consil. 36. vers. Utrum, n. 1.

(4) Menoch. consil. 56. n. 36. vers. 10. vol. 1. Cen. consil. 344. al fin. lib. 1. Ruin. consil. 60. n. 6. consil. 79. n. 8. y consil. 81. n. 7. lib. 2.

(5) Tell. en la ley 16. de Toro, n 7. y 8. Covar. in cap. Offic. n. 4. y 11. de Testam. Matienz. en la ley 7. glos 1. n. 8. tit. 9. lib. 6. Rec. & ibi. Acev. n. 6. al fin. y n. 7. Palac. Rub. in cap. Per vestras, de Donat. c. 27. n. 2. y 3 Gutier. lib. 2. Pract. quæst. 124. n. 2. y de tutel. part. 3. cap. 5. numer. 75.

cendientes, ó descendientes al tiempo que se casa, pues si viven algunos de ellos, ó todos al de su fallecimiento, se compensara el importe de las arras con otro tanto del quinto, ó tercio, y del uno de estos se deducirá, y no del cuerpo de su caudal, por las razones expuestas en el cap. 6. n. 27. y 28. lib. 1. de este tratado.

131 Por lo concerniente á los gananciales, si el marido hace á su muger algun legado, no se ha de compensar con la mitad que de ellos la toca, ántes bien la ha de llevar, y además el legado, el qual se debe deducir del privativo caudal del marido, segun se prueba de la ley 8. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec. cuyo contexto es: *Si el marido mandáre alguna cosa á su muger al tiempo de su muerte, ó testamento, no se la cuente en la parte que la muger ha de haber de los bienes multiplicados durante el matrimonio, mas haya la dicha mitad de los bienes, y la tal manda en lo que de derecho debiere valer*: y la razon es, no porque sean débito voluntario en su principio (1), pues no lo son sino necesarios: y así ya quiera, ó no el marido, los ha de llevar, por concedérselos en estos Reynos de Castilla la costumbre aprobada por la ley (2); al modo que lo es tambien el lucro de la dote, que segun la ley, ó estatuto gana el marido (3). Ni tampoco porque la ley lo estableció así por extirpar dudas, expone *Acevedo*, pues todas las leyes se crearon generalmente á este fin (4); sino porque como á la muger se comunica el dominio, y posesion (bien que revocable durante la vida de su marido) de los gananciales, segun sentè en al cap. 4. n. 28. lib. 1. de este tratado: estos se la deben á dia incierto, que es por muerte de su marido, ó por divorcio, y no ántes, y por causa onerosa, que es su trabajo, y promiscua sociedad: el dia incierto hace condicion (5): y el legado para pagar el débito contraido á cierto dia, ó condicion, no parece hecho con animo de que se compense ántes que el dia llegue, ó la condicion se cumpla (6): por eso es-

(1) Como afirma Matienzo en la glos. 1. á ella. (2) Segur. in leg. 3. §. fin. n. 246. ff. de Liberis & posthum. (3) Covar. ibi n. 2. Menoch. præsumpt. 109. n. 35. lib. 4. (4) Ley Ancillæ 12. & ibi DD. Cod de Furt.

(5) Ley 1. §. Dies autem incertus, y ley Dies incertus 75. ff de Conditionib. & demonstrat. (6) Alex. in leg. Hujusmodi, § Cum pater, ff de Legat. 1. Menoch. consil. 151. n. 23. lib. 2. y præsumpt. 109. n. 57. lib. 4. Gom. lib. 1. Var. cap. 12. n. 27. al fin. vers. Ex quibus subtiliter.

tableció la ley inserta que el hecho por el marido á su muger no se compense con los gananciales que no se la deben, ni se la han de pagar hasta que su marido muera; pues aunque tampoco se debe el legado hasta que fallece, y por concurrir éste, y los gananciales en un mismo tiempo, parece se debian compensar: no obsta, porque se atiende al en que se hizo, en el qual no se la debian todavía los gananciales, y al motivo porque se la deben.

132 Por la misma regla se ha de juzgar el legado que el padre hace á su hija impubere, pues aunque de necesidad está obligado á dotarla, teniendo edad competente para casarse (1): este débito, y obligacion son necesarios solamente á cierto dia, que es quando se halle en disposicion de poder contraer matrimonio, y no ántes (2); por lo que si la hizo algun legado en tiempo que todavía no se podia casar por falta de edad, no se debe decir que fué con ánimo de compensarlo con la dote que debia darla quando lo tuviese: y así no se compensará con ésta, ántes bien lo llevará todo (3); y lo mejor será, ya tenga, ó no edad para casarse la hija, que el padre lo declare en su testamento, y de esta suerte se evitan dudas (4).

133 Si el marido lega á su muger todos sus vestidos, y joyas, no se entiende que se los manda dos veces, en caso que no estén consumidos los que al tiempo de hacerla el legado la tenia entregados; y la razon es porque dos causas lucrativas de una misma especie no pueden concurrir en una persona (5), á ménos que conste lo contrario de la voluntad del legante, pues entónces se observará ésta en todo lo que sea conforme á derecho.

134 Pero en quanto á los demás vestidos, y joyas no entregadas, se ha de distinguir: si son dotales, porque la muger los traxo al matrimonio, no los ha de percibir duplicados. Y lo própio milita para con otra qualquiera cosa dotal (6). Lo

(1) Ley 8. tit. 11. Part. 4. ley Qui liberos 19. ff. de Ritu nuptiar. ley final, & ibi DD. Cod. de Dotis promission. (2) Ley Quod pupillæ 30. ff. Quando dies legator cedat. (3) Alex. consil. 80. lib. 2. n. 6 Menoch. dicha præsumpt. 109. n. 57. al fin. (4) Morquech. de Divis. lib. 4. cap. 11. desde el n. 1. al 43. (5) Ley Omnes, ff. de Obligation. & action. ley Si servus legatus, §. Stichum, ff. de Legat. 1. y §. Si res alienæ, Institut. de Legat.
(6) Ley 1. §. 14. ff. de Dote prælegata.

qual se entiende, excepto que al tiempo de recibirlos el marido se hubiesen estimado, pues en este caso se la han de dar, y además su estimacion (1). Previniendo que si expresa lo que valen, aunque resulte tener mayor valor, es visto legarla este integro (2).

135 No solo se comprehenden en el legado general de vestidos los que el testador tenia al tiempo de legarlos, sino tambien los que estaban cortados en casa del sastre, y el paño, ó tela texida, ó que para emplear en ellos se estaba texiendo, excepto que lo limite el testador (3). Lo qual se entiende, no estando prohibido su uso en el Pueblo, bien que en este caso se deberá su estimacion al legatario. Y aunque se aumenten despues, porque no murió entónces el testador, no se estenderá el legado á otros que á los legados, no obstante que estén algo gastados, ó rotos; pero estando consumidos, sucederán en su lugar los nuevamente hechos hasta en el valor que aquellos tenian, y no mas (4).

136 Donando en sanidad el deudor á su acreedor alguna cosa, no se presume haberle hecho esta donacion con ánimo de compensarla con lo que le debia; y así no se hará la compensacion, porque en duda no se hace con el débito necesario, ántes bien llevará el importe del débito, y la cosa donada (5).

137 No vale el legado hecho por el deudor á su acreedor de lo que le debe, quando ninguna utilidad, ni comodidad se le sigue, pero si alguna se puede considerar, valdrá (6). Por lo que si le lega simplemente alguna cantidad, se duda ¿si es visto legársela con ánimo de compensarla con lo que le debe? Y se responde, que siendo el débito necesario, (que es el que por disposicion de la ley contrae el legante, aunque á él no se obligue expresamente) se compensará, porque es visto haberlo hecho con este ánimo, v. g. quando el padre

(1) Acev. en la ley 7. tit. 9. lib. 5. Rec. (2) Din. y Paul. in leg. Si fundum 83. §. Si libertus, ff. de Legat. 1. (3) Jason in leg. Cætera 41. §. Sed si paraverit, ff. de Legat. 1. n. 20. & in leg. Hujusmodi 84. §. Legatum n. 8. ff. eod. tit. (4) Cast. en la ley 16. de Toro n. 14. y 15.

(5) Menoch. præsumpt. 142. n. 2 lib. 3. (6) Ley Si creditori, ff. de Legat. 1. ley Mævius 66. vers. Debitor, y ley Debitor 82. ff. de Legat. 2. ley Legavi, §. fin. y ley Creditor, ff. de Liberation. legat. y §. Si quis debitori, vers. Ex contrario. Institut. de Legat. Gom. cap. 12 n. 26.

lega alguna cosa á su hija, que ya se halla en edad de casarse, pues se entiende legársela con ánimo de compensarla con la dote, que segun derecho está obligado á darla (1). O si dexa algo á un hijo, pues se presume dexárselo por via de legítima, y por compensacion de ésta (2), aunque tambien puede ser por via de mejora, segun la ley 26. de Toro, como en los cap. 2. y 3. de este libro dexo explicado. Todo lo qual procede, excepto que otra cosa conste de su voluntad: ó que por congeturas, ó demostraciones se colija que su ánimo no fué hacer la compensacion, v. g. quando el débito proviene de una causa, y el legado se hace por otra diversa: ó el legante expresa que hace de sus bienes el legado: ó manda que éste no permanezca en poder del legatario, y que ántes bien lo entregue á otro: ó quando el deudor necesario instituyó simplemente por su heredero á su acreedor en parte, y no en todos sus bienes: ó quando el débito necesario fué declarado ántes, y destinado en cierta cosa, y luego el deudor lega á su acreedor otra diversa: por cuyas cinco demostraciones, ó expresiones se colige el ánimo de que no se haga la compensacion (3).

138 Pero si el débito es voluntario, (que se llama así quando proviene de contrato celebrado por el mismo deudor) no se compensará; y ántes bien el acreedor llevará el legado, y podrá pedir, y percibir su crédito (4). Y lo própio milita si le lega la cosa mueble, ó inmueble que le tiene obligada, ó afecta á la seguridad, y responsabilidad de la deuda, pues percibirá aquella, y tambien el importe de ésta, porque la especie no se compensa con la cantidad (5).

139 Excepto que concurra alguna urgente congetura, de la qual se pueda colegir que el deudor hizo legado con ánimo de hacer la compensacion (6), pues el ánimo de compensar se prueba tambien por congeturas, ó demostraciones (7),

(1) Ley Si cum dotem, §. Si pater, ff. Solut. matrim. (2) Ley Quoniam novella, y ley Omninodo, Cod. de Inoffic. testam. y ley Etiam, §. Si debita, ff. de Bonis libertor. (3) Simon de Prat. de interpret. ult. voluntat. lib. 4. dubit. 6. n. 17. al 31. Gut. de tutel. part 3. cap. 5. n. 46. al 44.

(4) Ley unica, §. Sciendum, Cod. de Rei uxoriæ action.

(5) Ley Creditor 16. Cod. de Legat. y ley Creditorem 85. ff. de Legat. 2. Cov. in cap. Officii, de Testam. n. 2 Gom. cap 12. n. 27.

(6) Crav. consil. 686. n. 3. lib. 4. (7) Ley Cum quo 56. §. fin. y ley Quod

v. g. quando por la misma causa de que procede el débito, se hace la donacion, ó legado, como si alguno debe á la muger cierta cantidad por razon, ó causa de dote, y por la causa dotal la dona, ó lega la própia suma (1). O quando dona, ó lega tanta quanta debe, v. g. debe ciento, y dona al acreedor otros tantos (2): quando la cantidad donada excede á la que debe, porque en lo mas, está incluso lo ménos (3). O quando por la perfeccion, y exôrdio de la donacion, ó legado, se colige el ánimo de compensar (4). Por cuyas congeturas se infiere que la voluntad del testador fué hacer la compensacion, y así se hará; y mucho mejor quando está clara, y manifiesta (5).

140 Lo própio milita por el contrario, quando el acreedor que tiene en su poder la prenda, la lega á su deudor: pues aunque vale el legado, se entiende en quanto al derecho de prenda que le remite, pero no en quanto á la liberacion de la deuda; y así la podrán cobrar sus herederos, y no habrá lugar la compensacion, como he sentado en el n. 13. y se prueba de la ley 16. tit. 9. Part. 6. que dice: *En peños teniendo algun ome cosa de otro por dineros que oviese emprestado sobre ella: si éste á tal á quien fuese obligada, ficiese manda de aquella cosa á aquél mismo que gela obligará, vale tal manda. Pero á sus herederos en salvo les finca su derecho, para poder demandar á aquel que gela empeñó, los dineros que el testador le habia prestado sobre aquella cosa.*

141 Procede tambien lo referido, quando es especie lo que se debe, y cantidad lo que se lega, pues tampoco ha lugar la compensacion de una con otra (6); excepto que uno á otro se leguen la misma cosa que se deben, porque dos causas lucrativas de una própia cosa no pueden concurrir en una perso-

autem 74. ff. ad leg. Falcid. Matienz. en la ley 7. tit. 9. lib. 5. gl. 1. n. 9.

(1) Ruin cons 223 n 4 lib. 1. Cravet. consil. 68. n. 3.

(2) Paul in leg Lucius 1. ff. de Legat 2 col. 2. Corn. consil. 230. n. 1. lib. 4 Cravet ibi n. 6 (3) Ley In eo, ff. de Regul. jur. Corn. consil. 292. n. 1. lib 1. Cravet. consil. 301. al fin. (4) Merooh. præsumpt. 142. al fin. lib 3. Cravet dicho consil. 301. col. 2 Corn. lib. 1. consil. 210. n. 4.

(5) Ley Continuus, §. Cum ita, ff. de Verbor obligation. Merooh. præsumpt 105 Rubios. en la ley Si cum dotem, §. Si pater, ff. Solut. matrim. Gutier. de Tutel. part. 3. en todo el cap. 5. (6) Alex. cons. 7. n. 16. col. fin. lib. 6.

na, aunque la primera se haya entregado. Lo qual no milita quando son diferentes especies (1): ni tampoco en las deudas que se deben al sobreviviente por disposicion de ley, estatuto ó costumbre, v. g. la quarta marital, el lecho quotidiano, ó luto, pues estas son necesarias; y asi habrá lugar en ellas la compensacion sin distincion de especie, género, ni cantidad (2), no constando lo contrario de la voluntad del legante.

142 Como el legado que el testador dexa al tutor testamentario, se presume hecho por premio del trabajo que ha de tener en la administracion de los bienes de su hijo pupilo, y en el cuidado de su persona: y por esta razon si no administra, no tendrá derecho á él, ni lo conseguirá, á ménos que expresamente ó por congeturas conste lo contrario de su voluntad (3): se sigue que percibiéndolo, no le toca la décima que la ley del fuero le concede, y ántes bien se debe compensar con ella. Si se lo dexa simplemente, se compensará hasta en la concurrente cantidad, porque la compensacion se debe hacer en esta forma (4): excepto que el testador mande que se contente con él, prohibiéndole que pida mas por razon de décima; pues en este caso si sabiéndolo, lo acepta, no puede pretender lo que falte para el complemento de ella (5), porque por su aceptacion se juzga aceptar el gravámen á él anexo (6). Y si se lo hace con condicion de que á cierto dia lo entregue á otro, se compensará el producto que en su intermedio percibió de él (7). Y lo mismo procede con el que hace al hijo del tutor por mera contemplacion de éste (8).

(1) Pichard. in §. Si res aliena, Instit. de Legat. n. 9. 10. 11. y 15. (2) Greg. Lop. en la ley 16. tit. 9. Part. 6. Escob. de Ratioc. comparat. 14. n. 6. Alberic. in leg. Filium quem, Cod. Familiæ erciscund. Decio in Authent. Præterea n. 10. & ibi Fabian. de Monte, n. 47. Cod. Unde vir, & uxor. (3) Ley Nesanuias al fin, ley Sed hæc nimium, ley Quod autem: ley Tutor. §. Quæ tutoribus: y ley Amicissimos, ff. de excusat. Tutor. Baez. de decim. tutor. cap. 11. n. 1. Gut. de Tutel. part. 3. cap. 5. n. 15. (4) Ley Dotale, §. fin. ff. de fundo dotal. ley Titia 34. §. Qui in vita, ff. de Legat. 2. ley penult. §. Qui fratris, ff. de Alim. & cibar. legat. arg. leg. Lucius 22. ff. de legat. 2. Gutier. ibi n. 45. y 50.

(5) Glos. in leg. Creditorem, ff. de legat. 2. Baez. de decim. tutori. c. 5. n. 43. Gutier. ibi n. 51. (6) Ley Cum ab uno, ff. de Legat. 2. ley Qui tutelam, ff. de testam. tutel. Gutier. ibi n. 52. (7) Ley Cum quo, §. Is qui bonis: ley In quantitate, §. Magna: y ley Mulier, §. alia, ff. ad leg. Falcid. Gutierr. ibi n. 28. y 29. (8) Ley Qui tutelam, ff. de testam. tutel. Baez. cap. 5. n. 32. Gutier. ibi n. 27.

143 Pero no se compensará quando lo hace á su mismo hijo, á quien nombra tutor del pupilo su hermano, pues se contempla que no se lo dexa por razon del trabajo en la administracion, sino por la de afecto filial, excepto que lo exprese (1). Ni quando es legado de especie, si no lo dice. Ni quando se lo dexa para que lo exîja al tiempo que la décima. Ni quando se lo hizo por otra causa, v. gr. por conservar la familia, pues entónces se debe atender á la causa que lo motiva. Ni quando el legatario fué nombrado despues tutor del menor por el Juez. Ni tampoco quando concurre alguna de las congeturas, ó demostraciones referidas en el n. 137. (2).

§. VI.

Si pertenecerán ó no al legatario, y cómo se han de dividir los frutos que el testador dexa pendientes en la cosa legada, y los que produxo desde su muerte hasta que se le entregó; y si revocándose el legado, deberá ó no restituir los que percibió.

144 Pertenecen al legatario, y fideicomisario los frutos pendientes de la cosa simplemente legada, ó dexada en fideicomiso por el testador, siendo suya: y los que se cogen despues de haber adquirido su dominio con dicho motivo, sin que para ello se atienda á si pasó ó no la mayor parte del año, ni á quando espiró, ó se cumplió el dia del legado, ó fideicomiso, ni tampoco á si están maduros, ó próximos á ser cogidos; pues sin embargo de todo debe percibirlos el legatario, habiéndolos dexado pendientes el testador, y no dispuesto de ellos en manera alguna: por lo que si el heredero de éste los coge ó percibe, se los debe restituir, pagándole los gastos de recoleccion, porque el derecho que adquirió á ellos, se retrotrae siempre al tiempo de la muerte, ya los haya percibido ántes, ó despues de la adicion, ó aceptacion de su herencia (3).

(1) Dicha ley Tutor, y §. Quæ tutoribus, Gutier. ibi n. 31.
(2) Gutier. dicho cap. 5. n. 32. al 48. (3) Ley Herennius Modestinus, ff. de Usur. & ibi DD. ley Si tibi homo, §. Cum servus, ff. de Legat. 1. y ley Cum patet, §. Filiæ, ff. de Legat. 2. Cost. in tract. de Succesion. Regn. pag. 145. Gom. lib. 1. Var. cap. 12. n. 5.

Previniendo que si no legó la cosa simplemente, sino con sus frutos, y emolumentos, se deben al legatario los percibidos en vida del testador desde que le hizo el legado (1).

45 Lo expuesto se entiende quando el testador testa entre extraños, por carecer de herederos legítimos: pues si dexa ascendientes y descendientes, y el legatario es extraño, se ha de mirar si los frutos caben ó no en el quinto, ó en el tercio, de que puede respectivamente disponer segun las leyes 6. y 28. de Toro; porque si los frutos, ó la cosa legada exceden al importe de aquellos, se revoca el legado en el exceso. Y si el legatario es legitimo descendiente, se ha de atender á si le caben en su legítima y mejora, pues aumentan la herencia, y el testador á pretexto de estar pendientes no puede gravar á sus herederos forzosos en su legítima, como en varias partes de este libro dexo sentado.

46 Estos frutos parece debian dividirse á prorrata, segun en quanto á los de la dote está dispuesto por derecho comun (2). Pero no debe practicarse así; y la razon de diferencia consiste en que los de ésta se conceden al marido por hacerle soportables las cargas matrimoniales; por lo que solo miéntras estas duran, deben percibirlos, y no mas; cuyo respeto no milita en el legatario y fideicomisario, sino el de dominio, que es el que les presta título para adquirirlos; por lo que luego que lo consiguen, les corresponden sus frutos, por ser cogidos de alhaja, que á este tiempo ya es suya, contemplarse una misma cosa con ella, y seguir el de la que los produce, mediante su inseparacion: y por lo própio no están obligados á satisfacer los gastos hechos en sus labores y siembra de aquel año, porque es visto habérselo legado todo el testador (3). Lo qual se entiende, excepto que les mande pagarlas.

147 Siendo legatario de usufructo de alguna finca el que muere, pertenecen á su heredero los frutos que dexa pendientes, aunque haya muerto á poco de haber entrado el año, pues aumentan el legado (4). Lo qual es al contrario en el usufructuario, como he sentado en el cap. 7. §. 3. n. 45. del lib. 1. de este tratado.

(1) Ley Lucius 1. ff. de Legat. 2. & ibi glos. Gom. loc. cit. (2) Ley Divortio facto, ff. Soluto matrimon. (3) §. Item en, Institut. de Rerum division. Valasc. de Partit. cap. 34. n. 1. al fin. (4) Ley 8. ff. de Annuis legat.

148 No dexando el testador la propiedad de la finca al legatario, sino solamente su usufructo, si al tiempo de la muerte de aquel hay frutos pendientes en él, parece que pertenecerán á éste, y no al heredero instituido, porque los frutos de la causa legada se deben al legatario desde que fallece el testador, desde cuyo tiempo se le transfiere el dominio de lo legado, y no ántes, como dice el derecho (1).

149 Pero no obstante, lo contrario es lo cierto, y así los llevará el heredero propietario; pues aunque lo expuesto es incontrovertible, no milita en este caso, porque no le lega el dominio y propiedad de la finca, sino solamente el usufructo de ella, y como los frutos pendientes no son frutos, sino parte de la finca en que existe, y la siguen, tocan al que tiene el dominio de ella, el qual es el que presta título para su adquisicion y percibo; por lo que se entiende que le lega el usufructo sucesivo, y no los frutos actuales, pues si quisiere que los llevase lo expresaria: y respecto no haberlo expresado, los percibirá su heredero (2).

150 Por lo respectivo á cómo se han de dividir las pensiones de la cosa locada por el testador, entre sus herederos y el legatario, á quien estando arrendada la legó: la opinion mas comun es (3), que indistintamente tocan al vendedor y locador, ya sean naturales, ó civiles los frutos, si la alhaja está locada por cierta pension, no para que efectivamente pueda exigirla del Conductor ó Colono, sino para que ceda al comprador la accion por el alquiler que contra éste le compete, porque al comprador por su persona ninguna toca, por no haber contraido con él (4); ni la obligacion personal contraida por la locacion entre el comprador y vendedor, sigue al poseedor del fundo locado (5): y que así desde el dia de la perfeccion de la venta tocan al comprador las pensiones, como he sentado en el cap. 5. n. 4. lib. 1. de este tratado, para cuya exâccion de-

(1) Ley A Titio, ff. de Furt. ley Si tibi homo, §. Cum servus, ff. de Legat. 1. Gom. lib 1. Var y cap 12. n. 5. y 22. (2) Paul. de Castro, in leg. Julianus, §. Fructus, ff. de Action. empt. DD. in leg. Cum filia familias, ff. de Legat. 1. & in leg. fin. §. Fructus. y §. Non solum, ff. de His quæ in fraudem creditor. & in leg. Fructus, ff. de Reivindication. Bayo Prax. Eccles quæst. 57. n. 3. (3) Ley Julianus 13 ff. de Action. empt. §. 10. y 11.

(4) Ley quæcumque gerimus, ff. de Obligation. & action.

(5) Ley final, §. ultim. ff. de Contrahend. emption.

be ceder el vendedor la accion que contra el conductor le compete (1). Lo mismo que queda expuesto en quanto al vendedor respecto del comprador, parece se deberá practicar entre los herederos del testador, que locó la finca, y el legatario, á quien despues de locada la legó (2). Yo digo que se debe seguir por lo tocante á las pensiones lo que expliqué en dicho cap. 5. n. 34. y final, no disponiendo el testador otra cosa, pues así lo dicta la equidad.

151 Al legatario de cosa específica própia del testador, ya sea legada sola, ó señalada por éste para parte de pago de la qüota de bienes que le lega, corresponden los frutos que produce, luego que muere, no solo aunque su heredero no acepte la herencia, ó no entre en ella, sino aunque el testamento se rompa por preterícion, ó exheredacion, ó carezca de nombramiento de heredero, porque en todos casos vale el legado, y lo demás contenido en el testamento, á su otorgamiento interviene la solemnidad de testigos que la ley apetece, segun expuse en el cap. 7. §. 3. lib. 1. de este tratado n. 51. y se le transfiere su dominio, y por consiguiente los frutos producidos por la cosa legada (3), á diferencia de lo que por derecho comun, y de las Partidas está ordenado, pues no debia llevarlos, ni el legado, hasta que el heredero aceptaba la herencia: y así en esta parte está corregido, y cesan la gran controversia, distinciones, y tiempos, á que daba lugar se atendiese, para ver si los frutos correspondian, ó no al legatario (4).

152 Si el legado es de cosa genérica, ó agena, tambien vale, pero no se deben al legatario los frutos, sino desde el tiempo de que se constituye en mora el heredero, y se le interpela en juicio para su entrega, que es desde la contestacion del pleyto: y la razon es, porque no se le transfiere, ni adquiere dominio en lo legado, como quando es própia del testador y específica; pues cesando la razon de dominio, cesa la

(1) Molin. de Primog. lib. 3. cap. 11. n. 8. Covar. lib. 1. Var. cap. 15. n. 3. Gutier. lib. 2. Pract. quæst. 33. n. 19. (2) Valasc. de Part. c. 28. n. 10. (3) Ley 7. tit. 8. Part. 6. ley 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec. ley A Titio, ff. de Part. ley Si tibi homo, §. Cum servum, ff. de Legat. 1. ley 1. Herennius 1. ff. de Usur. & fruct. y ley Solum, §. Meum, ff. de Reivindicat. Matienz. en la ley 1. tit. 4. lib. 5. glos. 14. n. 30. al 36. Bingos de Paz en la 3. de Toro part. 1. n. 934. Gom. cap. 12. n. 22. (4) Matienz. en dicha ley 1. tit. 4. lib. 5. Rec. glos. 15. desde el n. 21. al 39.

de pertenencia, y produccion de frutos, y de ser ya parte de la misma alhaja, estar comprehendidos en ella, y deber pasar con el dominio al legatario (1).

153 Lo mismo procede por la própia razon, quando el legado es del quinto, ó de otra parte, ó qüota de bienes del testador sin asignacion de los que se han de dar en pago al legatario (2): y en todos los casos en que no se le transfiere el dominio ántes de la eleccion, y mora del heredero, dia prefinido para su tradicion, ó cumplimiento de la condicion impuesta (3): pues en ellos se le deberán los frutos desde el dia en que se le transfiera, y no ántes. Y la razon porque no se le transfiere, ni por consiguiente se le deben los frutos, es porque aunque consta la parte qüotativa que contiene el legado, pero no especifica, y señaladamente lo que se ha de entregar en pago de él, pues esto queda á eleccion del heredero, la qual impide la translacion del dominio, y adquisicion de frutos, durante la mora, y hasta la interpelacion, y contestacion (4); y la eleccion toca al heredero, porque fué mas amado del testador que el legatario.

154 Si ningun heredero fuere instituido, ó aunque lo sea, si no quisiere aceptar la herencia, deberá el legatario interpelar á los legítimos, ó al executor testamentario, para que la acepten, ó se nombrará curador á los bienes yacentes, con quien se practiquen las diligencias competentes á la adicion, ó aceptacion, desde la qual al modo que se le transfiere el dominio verdadero de lo legado, del mismo modo se le transferirá el derecho de percibir los frutos de ello. Pero si el legado consiste en universidad de bienes, v. g. en un rebaño, corresponden sus frutos al legatario, y vienen desde la muerte del testador, porque se reputan un mismo cuerpo, y legado (5).

155 Revocado el legado, que fué hecho en última volun-

(1) Ley fin. Cod. de Usuris et fruct. legat. Burg. de Paz ibi ex n. 936. Matienz. dicha glos. 14. n. 33. (2) Ley Si quis bonorum 23. ff. de Legat. 1. Matienz. ibi. (3) Vasquio de Succes. creat. lib. 2. §. 17. n. 131. Matienz. ibi n. 34. (4) Dicha ley Si quis bonorum, y ley Non amplius 26. § Cum bonorum, ff. eod. tit. & ibi Imol. y Alex. Rip. in leg. 1. ff. eod. tit. n. 53. Angul. de Meliorat. in leg. 4. glos. 6. n. 1. y 2. Ayor. de Partit. part. 1. c. 6. n. 13. y 14. (5) Ley Grege legato 21. ff. de Legat. 1. Gom. dicho n. 22. Pichard. in §. Si res, Institut. de Legat. Castil. de Usufruct. cap. 27. ex n. 5.

tad, ó en donacion por causa de muerte, y entregado al legatario por el legante con expresion del instrumento revocable, en cuya virtud se le entrega, ¿ se duda si el legatario hará suyos los frutos percibidos de la cosa donada, hasta la revocacion, ó muerte del testador? Y aunque algunos dicen que sí (1), lo contrario me parece lo verídico: Lo I, porque el legado hecho en donacion por causa de muerte, ó en otra última voluntad lleva la tácita condicion de que valdrá en caso que éstas no se revoquen, y sigue la naturaleza del instrumento en que se hace (2): y atendida esta condicion, no se deben los frutos de lo donado, ó legado (3): y completa, y verificada, se debe restituir (4). Lo II, porque el título revocable ningun derecho da para adquirir los frutos (5). Lo III, porque la tradicion de la cosa legada con expresion, ó conmemoracion del instrumento en que se hace no muda la substancia, virtud, ni efecto del legado (6): y por lo própio que no muda su naturaleza, se queda en la clase de no entregado: y así conviniendo como convienen el no entregado, y el que lo fué en los términos referidos, debe convenir la misma disposicion á uno que á otro (7). Y lo IV, porque al legatario no se deben los frutos hasta despues de la muerte del testador (8); por lo que si los percibió ántes debe restituirlos en caso que éste revoque el legado (9).

(1) Gom. ibi n. 4. Gutier. in leg. Nemo potest, ff. de Legat. 1. n. 258. Tell. en la 17. de Toro n. 83. (2) Ley Senatus, §. 1. ff. de Donation. caus. mort. ley Rem legatam, ff. de Adimend. leg. y §. 1. Institut. eod. tit.

(3) Ley Necessario, §. Quod si pendente, ff. de Pericul. & commod. rei vendit. (4) Dicho §. Quod si pendente, y ley Omnia, §. 1. ff. de Legat. 2. Sigorel. consil. 227. col. ultim. Angel. de Melioration. in leg. 1. glos. 12. n. 9. y 15. (5) Ley Cum quis, ff. de Condition. ob caus. Tiraquel. in leg. Si unquam, Cod. de Revocand. donation. verb. Revertatur, n. 228. al fin.

(6) Glos. in leg. Legatum 1. ff. de Legat. 1. Tell. en la 17. de Toro n. 86. Covar. in Rubr. de Testam. part. 2. n. 21. Mol. de Primog. c. 2. n. 19. Gom. can. 12. y n. 4. citat. vers. Si vero testator. (7) Ley 4. §. Toties, ff. de Damn. infect. ley Quod constituto, ff. de Militari testam.

(8) Ley 37. verb Otrosí decimos, tit. 9. Part. 6. glos. in leg. Quod servus, ff. de Legat. 2. (9) Morq. de Division. bonor. lib. 3. c. 5. n. 12. al 25.

CAPITULO VII.

De la sucesion en bienes libres entre ascendientes, descendientes y transversales que murieron intestados.

§. I.

Cómo han de suceder los descendientes á sus ascendientes legítimos é ilegítimos, y á sus parientes, muriendo intestados.

1 Los AA. discordan acerca de si la sucesion abintestato se defiere, ó no á los consanguíneos por voluntad presunta del difunto. Afirman unos que por la ficta; otros que por la tácita; y otros que por la presunta (1). Pero como para el caso lo mismo es la tácita, que la presunta (2), omito detenerme en la investigacion de este punto puramente teórico, y nada preciso para el contador, y paso á explicar la materia, que es lo que le importa.

2 De esta sucesion, y de quántas maneras puede morir intestado el hombre, traté (bien que de paso) en el cap. 1. de mi primera parte, n. 170. y sig., y de los grados de parentesco natural en el cap. 11. n. 25.: y porque puede ocurrirle como contador hacer particion de bienes de alguno que haya muerto así, y conviene que sepa quiénes pueden, ó no ser admitidos á su sucesion, y cómo se han de dividir entre ellos, procederé en éste con mas extension; y para su instruccion (sin detenerme en explicar lo que es la *línea* genéricamente entendida (3), ni tampoco las de los mayorazgos, por haberlas expresado en el 11. n. 24. y 25. de mi primera parte), digo que en el derecho se conceptúan tres líneas de sucesion: una de descendientes, que son los hijos, nietos, viznietos y todos los que descienden, y provienen unos de otros como cadena hasta lo infinito, quiero decir, hasta que se extingue la línea de aquel, en quien tuvo principio. Otra de ascendientes, y son padres,

(1) Menoch lib. 4. præsumpt. 27. n. 13. y 14. (2) Novel. in leg. Cum filio familias, n. 4. ff. de Legat. 1. Vasquio de Success. part. 37. n. 119. Menoch. loc. (3) Roxas de Incompat. part. 1. cap. 6. §. 1.

abuelos y visabuelos, y demás que retrocediendo, suben y se encuentran hasta Adan, primer progenitor, y padre del linage humano. Y otra de transversales, ó colaterales, que son hermanos, primos, sobrinos, tios y demás parientes que no ascienden, ni descienden como los de las otras dos lineas (1); y del modo de suceder en cada una segun las leyes de estos Reynos de Castilla, trataré ordinariamente en los §§. de este cap.

3 Muriendo alguno intestado, y dexando hijos, y otros descendientes legítimos vivos, le sucederán solamente los hijos como sus mas inmediatos consanguíneos, y causa primera de la sucesion, y ningun otro descendiente entrará á heredar, ni partir con ellos su herencia: y así la dividirán entre sí con igualdad, pues ya esten dentro, ó fuera de la patria potestad, les compete por derecho divino, natural, de gentes y positivo, ó escrito, sin distincion de varones, ni hembras (2).

4 No solo los hijos vivos y nacidos deben heredar á sus padres, y sucederles, por testamento, y abintestato, sino tambien los *pósthumos*, que son los que al tiempo que aquellos fallecen, existen en el vientre de sus madres: y así para el referido afecto se les conceptúa como nacidos en vida del padre de todos (3): y en lo que les es favorable gozan de las prerrogativas de aquellos, segun senté en el cap. 1. num. 23. de este lib.

5 Pero para ello han de concurrir copulativamente las quatro cosas expresadas en el lib. 1. cap. 1. n. 47. de esta segunda parte, y son: La I, que nazcan enteramente vivos. La II, que tengan figura de racionales, y despues de nacidos vivan 24 horas naturales á lo menos. La III, que sean bautizados ántes de morir. Y la IV, que no se dude que son verdaderos hi-

(1) Ley 2. tit. 13. Part 6 Ley 1. ff. de Grad. ley 1. ff. de Testam. milit. Authent. de Hæredibus abintestat. venientib. collat. 9. y §. 1. Institut. de Grad. Matienz. en la ley 1. tit. 8. lib. 5. Rec. glos. 1. n. 1. (2) Ley 3. tit. 13. Part. 6. ley 1. tit. 6. Lib. 3. Fuer. Real. y Ley 1. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec. Genes. cap 13. Livitic. c. 25. cerca del fin. Apostol. ad Galatas cap. 4. ley Scripto, ff. Unde liberi, ley Nam, et si parentibus, ff. de Inofficioso testament. ley Inter filios, Cod. Familiæ erciscund. ley 1. §. Jus naturale, ff. de justit. et jur. cap. Raynutius. de Testam. ley 1. et per tot. ff. et Cod de Suis, et legitim. hæredib. §. In testatorum, et per tot. Instit. de Hæreditat. quæ abintestat. defert. Authent. de Hæredibus, cit. cap. 1. Authent. In successionem, Cod. de Suis, et legitima. liber. (3) Ley 1. et per tot. ff. de Liber. et postham. y ley 20. tit. 1. Part. 6.

jos de su padre muerto; pues si nacen muertos, ó en todo, ó parte con figura de brutos, y no de racionales, ó no vivan al tiempo referido, ó no son bautizados en vida, ó por la ausencia del marido, ó tiempo del casamiento se verifica haber nacido en el en que naturalmente no podian vivir, no heredarán á su padre, aunque los haya instituido por sus herederos (1).

6 La sucesion de los hijos á sus ascendientes legítimos se entiende no solo de los que han sido concebidos y nacidos despues de casados sus padres, sino de los que nacieron antes, y fueron legitimados por el subseqüente matrimonio, por ser tal la virtud y eficacia de éste, que en el todo los iguala á los referidos sin excepcion (2).

7 Lo qual procede, aunque sus padres se casen despues, siendo muy viejos, de modo que no puedan procrear: ó antes de casarse con sus madres intermedie otro matrimonio con alguna ya muerta: ó sean hijos de Clérigo de menores Beneficiado habidos en su concubina, si despues se casa con ella, dexando el Beneficio: ó el padre no haya tenido en su casa la muger en quien los procreó, con tal que al tiempo de su nacimiento estén libres uno y otro para poderse casar sin dispensacion, no obstante que al de su concepcion no lo estuviesen; pues en todos estos casos se legitimarán los hijos naturales por el subseqüente matrimonio, y sucederán por testamento, y abintestato á sus legítimos ascendientes (3), porque el matrimonio posterior se retrotrae por ficcion y deposicion legal al tiempo de su nacimiento; bien que en quanto á suceder en el mayorazgo, si su padre tuvo otro de su muger primera, que aunque posterior en el nacimiento es anterior en la legitimacion al natural legitimado por el matrimonio subseqüente, es qüestion intrincada que se (4) resuelve, y es mi dictámen que el legitimado por el matrimonio subseqüente debe ser preferido, excepto que expresa y literalmente lo excluya el fundador, ó á lo menos conste que no quiso preferirlo.

8 Es tan constante y verídico lo expuesto, que aunque el

(1) Ley 5. tit. 13. Part. 4. y ley 2 tit. 5. lib 10. Nov. Rec. Gom. lib. 1. Var. cap. 1. n. 6. y 7. (2) Cap. Tanta, y cap. Lector, et ibi Canonistæ, qui filii sint legitimi, y ley 1. verb. Otro si non legítimos, tit. 3 Part. 4.

(3) Morq. de Divis. lib. 4. cap. 6. ex n. 17. al 24. (4) Roxas de Incompatibil. Part. 1. cap. 4.

muerto tenga padre, ú otros ascendientes, que en preservativa línea estén en igual grado de parentesco con hijos ó descendientes legítimos: v. gr. al modo que el hijo en primer grado en la línea de descendientes, el abuelo en la de ascendientes, no le sucederán, ni entrarán á la division de sus bienes, antes bien serán todos para sus hijos (1), y la razon es, porque el hijo se reputa en derecho una persona con su padre muerto, y en él se perpetua su memoria por la parte y substancia que de él recibió en su generacion; lo qual de ningun modo se puede considerar en el padre respecto de su difunto hijo, por lo que es, y con justa razon debe ser preferido (2).

9 No dexando hijos el difunto, y sí nietos, viznietos, ú otros descendientes legítimos, le sucederán solamente en sus bienes los que estén en grado mas cercano, y no los demás, v. g. dexa nietos, viznietos, le heredarán en el todo los nietos como sus mas propinquos, ó inmediatos consanguíneos, y los viznietos en nada (3) (*a*).

10 Lo qual se entiende, quando nacieron, ó á lo menos

(1) Authent. Defuncto, Cod. ad Tertullian. y Authent. In successionem, Cod. de Suis & legitim. lib. (2) Ley Liberorum al fin, ff. de Verbor. *significat.* Gom. lib. 1. Var. cap. 1. n. 4 (3) Ley posthumorum, ff. de Injusto, rupto testam. Authent. de Heredibus cap. 1. y Authent. In successionem citat. §. Posthumorum, Institut. de Exheredation. liberor. y §. Cum autem, vers. Plene. Institut. de Succession. ubintestat. & ibi DD. Gom. ibi n. 8.

(*a*) *Tengo por indubitable*, dice el Señor Gutierrez *que, aunque el nieto no haya nacido, ni sido concebido en vida del abuelo, podrá percibir los bienes de éste, pues nuestras leyes, que dan la herencia de los ascendientes á los descendientes, no hacen la expresada distincion*: no se hace caso de algunas insinuaciones que hace para afirmar su proposicion, como incorexâs, y fuera de propósito, quando se advierte que no quiso ver su desengaño, por haber cerrado los ojos quando la luz estaba mas clara; esto es separarse de las doctrinas, dígase así, canonizadas en nuestra legislacion sobre las sucesiones, bien que para asegurar como indubitable dicha proposicion, y que se le creyese baxo de su palabra, se valió por sin duda de suprimir el n. siguiente, donde veía el desengaño de su asercion. Si consideró no hacia al caso lo expuesto en dicho n., que no es creible, atendidos los irrefragables fundamentos que propone el autor, no puede darse otro salida á dicha supresion, que apropiar al Señor Gutierrez lo que se decia en otro tiempo de algunas respuestas que daban los jurisconsultos Paulo y Labeon, pues bastaba que uno lo dixera para conocerse el otro; *así se advierte manifestado en el comentario de Arnoldo Vinio ad* §. 17. *n.* 4. de leg. De consiguiente, por querer suprimir la estimacion del autor, y realzar su trabajo, seria la causa de poner objeciones en donde no podian tener entrada.

fueron concebidos en vida de su abuelo, ó del ascendiente, de cuya concesion se trata, como sucede á los póstumos: pues no siéndolo, no le sucederán, ni se subrogarán en el lugar de su padre, porque ningun parentesco tienen con él; por lo que pasará la herencia á los parientes transversales nacidos ó concebidos tambien en su vida, y no despues; y no habiéndolos, al Fisco (1); y la razon es, porque donde no hay sugeto, no puede haber qualidad (2): y no existiendo el descendiente al tiempo que muere el ascendiente no puede tener qualidad de parentesco, por la qual se le defiera la sucesion á sus bienes. Á mas de que debe representar necesariamente al difunto, porque le sucede universalmente en todo su derecho, y por razon de la representacion se retrotrae la acepracion de su herencia al tiempo de su muerte (3), y si á éste no está nacido, ni concebido, ni puede retrotraerse á él, pues en lo que es imposible, no tiene lugar la ficcion retrotractiva, por faltarle el extremo hábil en que afianzarse, y no obrar efecto alguno en las cosas por naturaleza imposibles (4): y así para que se la estime heredero es menester tener presente el tiempo de su nacimiento, ó concepcion en vida del difunto, y articularlo en caso de duda, á fin de acreditarlo, y probarlo, pues no probándolo, no se le estimará por tal.

11 Lo expuesto se verifica, no solo quando los nietos, ó descendientes son hijos de un hijo, ó hija premuertos, y vienen solos á la sucesion, sino quando lo son de dos ó mas hijos, y todos concurren á ella; pero con la diferencia de que siendo hijos de un hijo único, toda la herencia les corresponde, y la han de partir entre sí *por cabezas* igualmente: y quando lo son de dos, ó mas hijos del muerto, los de cada hijo llevarán la mitad, tercera, quarta ó quinta parte de la herencia, (segun sea el número de los del difunto premuerto, cuyo lugar ocupan) y la

(1) Ley Si quis filio exhæredato, vers. Sed hæc ita, ff. de Injust. rupt. testam. ley 1. §. Sciendum, y leyes 6. 7. y 8. ff. de Suis, & legitim. hæredib. ley 1. §. Si quis proximior, ff. Unde cognati, y §. Cum autem, vers Plane cit. (2) Ley Ejus qui in Provincia, vers Quare, ff. de Reb. credit. ley Pomponius, §. fin. ff. de Acquirend. posses. ley Si servum, §. fin. ff. de Action. empt. y ley Nec ullam, §. Si quis absentis, ff. de Petition. hæredit.

(3) Authent. de Jure jurand. à morierte præstit. collat. 5. tit. 3. y ley Hæres quandoque, ff de Acquirend hereditat. (4) Ley Qui ad certum, ff. Locati, y ley Adoptio enim, ff. de Adoption.

dividirán respectivamente entre sí. Y si de un hijo no hay mas que otro hijo, y de cada uno de los otros hay tres, quatro ó mas, llevará este único hijo tanta parte de la herencia de su abuelo, quanta todos los de cada uno de los otros hijos, porque no se mira á si son muchos ó pocos los de cada uno, sino á la persona en cuyo lugar entran y suceden: y quanto percibiria ésta si viviera, tanto deben percibir los suyos, ó uno solo, si no dexa mas (1).

12 Lo próprio debe observarse quando el difunto dexa uno ó mas hijos nacidos, ó póstumos, y varios nietos hijos de otro, ú otros hijos premuertos, pues los nietos aunque están en grado mas remoto con él, no son excluidos: y así sucederán á su abuelo con el hijo ó hijos de éste, que son tios carnales de ellos, pero cada uno de estos llevará tanta parte de herencia, quanta todos los nietos hijos de cada uno de los hijos premuertos del difunto, en cuyo grado se ponen; por lo que los tios de los nietos de éste, que son los hijos vivos, le heredarán cada uno por sí, y los nietos hijos de cada hijo premuerto por ramas, como que todos entran á ocupar su lugar, y constituyen una persona, y dividirán entre sí la parte de herencia, que éste en caso de vivir llevaria (2); pues entre los descendientes no hay distincion de agnacion, ni cognacion; se admite la representacion hasta lo infinito (3): y el nieto entra en el lugar de su padre, y concurre con su tio, del mismo modo que su padre hermano de éste concurriria, si viviera (4): excepto en quanto á colacionar, quando nada heredó de su padre, pues nada colacionará por las razones expuestas en el cap. 3. num. 26 al 31. de este libro.

13 Aunque los padres careciesen de hijos y descendientes legítimos, no les sucedian abintestato por derecho antiquísimo (5) los naturales, ni los conocia para este efecto. Despues

(1) Ley 3. al fin, tit. 13. Part. 6. ley 2. Cod. de Suis, & legitim. liber. ley Nepotes, ff. de Collation bonor. ley Papinianus, §. Quoniam autem quarta, al fin. de Inofficios. testam. Authent. Ita successiones cum cit. Authent. de Heredibus, dicho cap. 1. y §. Cum filius, vers. Item si ex duobus. Institut. de Hæredit. quæ abintestat. deferunt. (2) Dicha ley 3. tit. 13. y ley 2. Cod de Suis, & legitim. liber. Authent. Ita successiones, y Authent. de Hæredib. cit. cap. 1. vers. In hoc ordine, Authent de Nuptiis capit. 21 §. Si vero filiorum collat. 4. vers. Cum filius, Institut. cit. (3) Gom. lib. 1. Var. cap. 1. n. fin. (4) Dicho §. Cum filius, & ibi DD. (5) Ley Humanitatis, Cod. de Natural. liber.

ya se permitió que no teniendo el padre muger legítima, le sucediesen en la sexta parte de su herencia, que son dos partes, porque segun el mismo derecho, y el de las Partidas (1) se dividia en doce.

14 Pero hoy pueden suceder en la misma sexta parte, aunque su padre tenga muger legítima, pues esta carece de toda accion para impedírselo, segun lo ordena la ley 9. tit. 13. Part. 6.: *Las leyes antiguas otorgan que el padre muriendo sin fijos legítimos, puede el fijo natural heredar los bienes de las doce partes las dos, non dexando él muger legítima, cá si la dexase, embargaria al fijo de guisa que non podria demandarlas. E porque non podimos fallar ninguna razon derecha porque se movieron los que ficieron las leyes, é toller á tal fijo ésta su parte por esta razon de la muger legítima que dexase su padre, por ende tenemos por bien, é mandamos que la haya, é que non se le embargue por esta razon.* Lo qual se entiende, careciendo el padre de ascendientes legítimos, pues si los tiene, excluyen en el todo á los hijos naturales (2).

15 Lo explicado en órden á suceder los hijos naturales á sus padres, quando fallecen intestados, milita y procede tambien para con los nietos respecto de sus abuelos; por lo que si el padre premuere al suyo, y éste (que es abuelo de su hijo) fallece despues abintestato, sucederá en la sexta parte de sus bienes su nieto natural, entrando á ocupar su lugar, y representando á este, porque á no haber premuerto, le sucederia en ellos (3): pues para lo favorable en el nombre genérico de hijos se comprehenden los nietos (4).

16 De la madre son herederos forzosos abintestato los hijos naturales á falta de legítimos, y gozan de los privilegios de estos para con ella, aunque tenga legítimos ascendientes,

(1) Ley 9. tit. 13. Part. 6. Authent. Licet, Cod. de Natural. liber. Authent. *Quibus modis naturales efficiant. sui*, cap. 12. §. Si quis autem defunctus, colla. 7. Authent. de Triente, & semisse cap. Consideremus, ver. Nunc enim, collat. 3. (2) Gom. en la ley 9. de Toro, n. 4. al fin. Matienz. en la ley 11. tit. 5. lib. 5. Recop. glos. 5. n. 1. (3) Bald y Salicet. en la ley fin. Cod. de Natural. liber. Jason en la Hæreditas, n. 8. Cod. de His quibus, ut indignis. Sr. Cov. de Sponsal. part. 2. cap. 8. §. 4. n. 10. Cras. in §. de Successionib. abintestat. quæst. 18. n. 3. Sr. Greg. Lopez en la ley 8. tit. 13. Part. 6. glos. 2. verb. Tal fijo. (4) Part. y Salic. in leg. Libererum, ff. de Verbor. signific. Bald. in leg. Maximum vitium, col. 3. y 4. Cod. de Liber. præterit.

porque es conocida, y no se duda de que es su madre, segun se prueba de la ley 9. de Toro, que es la 5. tit. 20. lib. 10. Nov. Recop. que en su segunda parte dice: *Y en caso que no tenga la muger hijos ó descendientes legítimos, aunque tenga padre ó madre, ó ascendientes legítimos, mandamos que el hijo ó hijos, ó descendientes que tuviere naturales, ó espurios, por su órden y grado le sean herederos legítimos ex testamento, y abintestato.* En quanto á los demás ilegítimos y espurios, véase lo explicado en el cap. 1. de este libro, §. 3.

17 La dificultad está en, ¿si los hijos naturales y espurios sucederán abintestato á los consanguíneos ó parientes naturales, ó espurios de su padre ó madre? Y en quanto á los naturales está la solucion en la ley fin. tit. 13. Partid. 6. cuyo contexto es: *Fijo natural, que non es nacido de legítimo matrimonio, si muriere sin testamento, non habiendo fijos, nin nietos, ni madre, estonce sus hermanos que le pertenecen de parte de su madre deben haber todo lo suyo: é si otros hermanos obiere de su padre tan solamente, non heredarán ende ninguna cosa: é esto es, porque los hermanos que le pertenecen de parte de su madre, son ciertos, é los de parte del padre son en dubda. Mas si este fijo natural que muriese sin testamento, oviese hermanos naturales que le perteneciesen de su padre tan solamente, é non oviese de los otros que fuesen nacidos de su madre como él, estonce estos á tales bien heredarian lo suyo, porque son los mas cercanos parientes, fueras ende si el que así muriese, oviese hermano natural, é legítimo de parte de su padre, cá estonce éste ha mayor derecho en la herencia que los otros naturales, que son de parte del padre tan solamente. Otrosí decimos, que los fijos naturales no han derecho de heredar los bienes de los legítimos, nin de los parientes otros que les pertenecen de parte de su padre: mas de los otros parientes que les pertenecen de parte de su madre, que mueren sin testamento, bien los pueden heredar, seyendo ellos mas propinqüos parientes.*

18 De suerte que muerto abintestato el hijo natural sin sucesion, si dexa dos hermanos hijos de su mismo padre, el uno natural, y el otro legítimo, preferirá éste á aquel, porque concurren en él las dos qualidades y conexiones de naturaleza y de derecho, y en el natural la de naturaleza solamente. Si el hijo natural es solo, sucederá en el todo á su hermano tambien natural como su pariente mas cercano; pero el natural por lí-

nea paterna no heredará á los legítimos, ni á los demás parientes por esta línea intestados. Dexando un hijo natural de parte de madre tan solamente, y otro natural, ó legítimo de parte de padre, será preferido el natural de parte de madre como que es conocida y cierta, al natural, y al legítimo de parte de padre que no lo es. Y á falta de hijo legítimo y natural de parte de padre, ningun otro pariente por línea paterna heredará al natural (1).

19 Si muriere abintestato el hijo natural, dexando solamente parientes por parte materna, le heredarán segun la prerrogativa de su grado: y por consiguiente si estos fallecieren sin sucesion legítima, los heredará como si fuera legítimo, porque por parte de su madre son verdadera é indubitadamente consanguíneos por la certidumbre del parto, como lo dice la ley inserta al fin desde las palabras: *Mas de los otros parientes*: : y otras (2), lo que no sucede por parte de su padre.

20 Y si dos hijos naturales de una misma madre fallecieren, dexando cada uno un hijo legítimo ó natural, y despues muriere abintestato sin sucesion uno de estos primos, le heredará el otro que sobrevive, y será preferido á todos los demás cognados mas remotos, aunque sean legítimos, porque entre ellos hay cognacion próxima, y así deben suceder segun la inmediacion de parentesco, y prerrogativa de grado, como se pruebe de los finales periodos de la ley inserta.

21 Falleciendo intestado sin sucesion el hijo natural por parte materna, si dexase dos hermanos, uno natural, y otro de legítimo matrimonio de la própia madre, no preferirán uno al otro, ántes bien concurrirán ámbos, y le heredarán con igualdad, porque están en igual grado, pues la ley 9. de Toro habla, y se debe entender quando se trata de suceder á la madre, en cuyo caso el legítimo prefiere al natural: mas no quando se trata de sucederse los legítimos y naturales entre sí; por lo que se ha de estar á la disposicion del derecho comun, como no corregido, ni derogado en esta parte, que ordena que no sea pre-

(1) Gom. en la cit. ley 9. de Toro, n. 46. y 47. Sr. Greg. Lop en la ley inserta. (2) Ley Hac parte, ff. Unde cognati, vers. Item ipsi fratres, ley Spurios, ff. eod. tit. y §. Vulgo quæsitus, Institut. de Successior. cognator. Angel in §. Novissime ad orphic. col. 1. n. 3. Gom. en dicha ley 9. de Toro, n. 48. Sr. Covar. de Sponsalib. part. 2. cap. 8. §. 5. col. penult.

ferido el hijo legítimo al natural en la sucesion de los bienes de su madre: luego tampoco deberá serlo en la de los de su hermano, y así concurrirán ámbos (1).

22 Y si el hijo natural de parte de madre falleciere sin testamento, ni descendientes legítimos, dexando dos hermanos, uno hijo natural de su padre y madre, y otro tambien natural de la misma madre, pero de diverso padre, le heredará el hermano natural entero, por la mayor conjuncion y qualidad, y preferirá al uterino, porque tiene predileccion legal como mas conjunto (2); al modo que para con los hermanos legítimos está dispuesto en derecho, segun dixe en el §. 3. n. 40. y 57. de este capítulo.

23 Los espurios de qualquiera clase que sean, no sucederán abintestato á los parientes de su padre, ni estos á ellos, porque por la máxima incertidumbre de la filiacion, y parentesco por parte paterna no se reputa haber agnacion, ni cognacion entre ellos (3).

24 Asímismo no sucederán los espurios de dañado ayuntamiento á los hermanos, ni parientes suyos por línea materna, porque si no suceden á su madre, ni ésta á ellos, tampoco deben suceder á sus parientes por su línea, ni éstos á ellos, pues por parte de la madre todos sus hijos (á excepcion de los de legítimo matrimonio, y naturales) son nacidos de raiz infecta, de la qual no puede salir rama, ni fruto bueno y sazonado: por cuya razon serán excluidos (4).

25 Entre los hijos naturales y espurios, y sus padres y parientes son recíprocas la sucesion abintestato, y la obligacion de darse alimentos: y así se debe guardar igualdad entre ellos; de modo que en todos los casos en que los hijos pueden suceder á

(1) Gom. dicho n. 48. vers. Dubium tamen est. Avendañ. en la ley 9. de Toro, glos. 2. n. fin. Acev. en la 7. tit. 8. lib. 5. num. 4. (2) Matienz. en la ley 6. tit. 8. lib. 5. glos. 4. n. 10. Sr. Greg. Lop. en la fin. tit. 13. Partid. 6. glos. 6. Gom. en dicha ley 9. n. 49. (3) Gom. ibi dicho n. 46. Ley 4. ff. Unde cognati, §. Vulgo quæsitos, Instit. de Success. cognat. (4) Arg. leg. Maximum vitium, Cod. de Liber. præterit. et in leg. fin. Cod. de Nupt. & in Authent. de Hæredibus abintestat. cap. Si igitur defunctus neque, vers. Ex diverso, collat. 9. Gom. ibi n. 50. vers. Sed teneo. Cifuentes en dicha ley 9. de Toro, n. 2. Tello en ella, num. 34. vers. Ex ultimis verbis. Matienz. en la 7. tit. 8. lib. 5. glos. 8. Acost. in cap. Si pater, verb. Omnia, n. 13. de Testam. in 6.

sus padres y parientes, y deben ser alimentados por ellos, en todos pueden suceder éstos á los hijos: y por el contrario, en los en que está prohibida la sucesion para aquellos, lo está tambien para éstos (1); cuya recíproca sucesion parece procede aun respecto del padre, que sabia el impedimento del matrimonio, si la madre lo ignoraba, porque al modo que el hijo es legítimo sucesor del padre por la ignorancia y buena fé de su madre, del mismo modo le debe suceder su padre, porque no puede ser legítimo en parte, y en parte no (2); bien que algunos dicen lo contrario por la mala fé del padre, que léjos de darle título para heredar, le priva de él (3).

§. II.

Cómo deben heredar los ascendientes legítimos á sus descendientes que murieron intestados.

26 La segunda línea de sucesion de las tres que dexo referidas en el núm. 2. de este capítulo, es la de ascendientes, en la qual se incluyen todos los que suben rectamente, al modo que en la de ascendientes los que descienden ó baxan. Los ascendientes deben suceder, y suceden por derecho hereditario no solo por testamento segun queda sentado en el cap. 4. de este libro, sino abintestato á sus descendientes legítimos por su órden y línea derecha, del mismo modo que éstos á ellos, en el solo caso de que los descendientes carezcan de hijos, ó descendientes legítimos, ó de otros que hayan derecho de heredarles. Así se prueba de la ley 6. de Toro, que es la 1. tit. 20. lib. 10. Nov. Recop. que en su primera parte dice: *Los ascendientes legítimos por su órden, y línea derecha sucedan ex testamento, y abintestato á sus descendientes, y les sean legítimos herederos, como lo son los descendientes á ellos en todos los bienes de qualquier calidad que*

(1) Ley 8. al fin, tit. 13. Partid. 6. ley Lege duodecim Tabularum, y ley Si ab eo, Cod. de Legitim. hæredib. Gom. en la 9. de Toro, n. 8. y 50. vers Unum tamen. Matienz. en la ley 6. tit. 8. lib. 5. glos. 6. n. fin.

(2) Glos. in cap. Cum inhibitio, §. Si quis vero, verb. Si avo, de Clandestin. desponsat. Avendañ. en la 6. de Toro, glos. 1. n. 6. (3) Teil. en dicha ley 6. de Toro, n. 7. 8. y 9. Matienz. en la 1. glos. 1. al fin, dicho tit. 8. lib. 5.

sean, en caso que los dichos descendientes no tuvieran hijos ó descendientes legítimos, ó que hayan derecho de los heredar; y tambien se prueba de la 4. tit. 13. Partid. 6. ibi: *Que entonce el padre, é la madre deben heredar egualmente todos los bienes de su fijo.*

27 Lo qual se entiende, ya los hijos estén en su poder, ó emancipados, y los ascendientes sean varones ó hembras, pocos ó muchos, con tal que tengan igual grado de parentesco con el difunto, v. g. que todos sean padres, abuelos ó visabuelos, &c. pues el que esté mas remoto, no entrará á la sucesion con los inmediatos; por lo que si dexa padres y abuelos, llevarán la herencia íntegra por mitad los padres, y no los abuelos: si abuelos y visabuelos, la llevarán los abuelos, y no serán admitidos los visabuelos; ni ningun otro ascendiente de grado ulterior: y así en los demás, observando siempre la prerrogativa del grado y proxîmidad de parentesco, y no la representacion, pues entre los ascendientes no la hay, ni la conoce el derecho (1): y la razon es, porque la representacion es á imitacion de la naturaleza, segun la qual se comunica á los hijos la porcion del padre por la natural generacion (2): y como á los ascendientes es imposible esta comunicacion natural de sus descendientes, por eso no la admite el derecho, pues el arte imita á la naturaleza (3).

28 Y si el descendiente no dexa mas que un ascendiente por una linea, v. g. padre solo, y por la otra abuelo ó abuela, parece que éstos excluirán al padre, y entrarán á suceder á su nieto, representando á la madre premuerta; pero no sucederá así, pues el ascendiente mas cercano por una linea llevará toda la herencia que por ámbas poseía el descendiente muerto, y los de la otra que estén mas distantes, nada percibirán, porque como queda expuesto, no hay representacion, ni subrogacion de esta linea como en la de descendientes, ni se atiende, ni observa mas que la proxîmidad de grado de parentesco; por lo

(1) Ley 4. tit. 13. Partid. 6. y ley 6. de Toro, Authent. de Heredibus abintest. venientib. cap. Si igitur defunctus, vers. Si autem plurimi, collat. 9. y Authent. Defuncto, Cod. ad Tertyllian. (2) Arg. leg. Liberorum al fin. ff. de Verbor. significat. & in leg. Lege duodecim Tabularum, Cod. de Legitim. heredib. (3) Ley Adoptio 1. ff. de Adoption. Salicet. in Authent. Defuncto, col. 1 al fin. & in Authent. Post fratres autem 1. al fin, Cod. de Legitim. heredib. Gom. en la 6. de Toro, n. 5. y 6. Tell. en ella, n. 16. Matienz. en la 1. tit. 8. lib. 5. glos. 3. n. 12. y 13.

que si no hay mas que uno de la una, y es mas cercano, excluye á los de ambas, que estén mas distantes (1).

29 Concurriendo á la sucesion dos abuelos por una linea, y dos por la otra, partirán igualmente la herencia todos quatro, y heredarán por ramas, y por consiguiente los de la una llevarán la mitad, que dividirán entre sí, y los de la otra la otra mitad. Pero si concurren solamente uno por una linea, y dos por la otra, no la dividirán por terceras partes, sino que el uno heredará por sí, llevándose la mitad, y los dos por la rama, percibiendo la otra mitad, y dividiéndola igualmente entre sí, como lo dice la ley 4. tit. 13. Partid. 6. ibi: *E si por aventura de parte de su padre, ó de su madre obiere un abuelo solo, é de la otra dos, estonce aquel solo habrá la mitad de todos los bienes, é los dos que fuesen de la otra parte, la otra mitad* y otros textos (2). Y lo mismo se entiende para con los ulteriores ascendientes.

30 Aunque el difunto dexe hermanos, ó sobrinos hijos de estos, no concurrirán con los abuelos, ni demás ascendientes á la division de la herencia, ni habrán parte en ella, porque están en grado mas remoto, como lo ordena la ley 7. de Toro, que es la 2. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec. que dice: *El hermano para heredar abintestato á su hermano, no pueda concurrir con los padres, ó ascendientes del difunto.* La qual en esta parte corrige la de Partida inserta, y las Auténticas citadas, que lo permitian: pues con la linea recta no concurre la transversal, por ser de distinta naturaleza, y mas distante en el grado.

31 La sucesion abintestato de los ascendientes á sus legítimos descendientes se entiende no solo en los bienes adventicios que dexen, sino en todos los demás libres, aunque sean *castrenses, quasicastrenses*, ó ganados *por razon de la Iglesia*, que es por dignidad, renta, ó beneficio eclesiástico, pues no debe haber diferencia ni separacion, ni el derecho distingue, ántes bien comprehende todas las clases, como se prueba de la misma ley 6. de Toro, ibi: *De qualquier calidad que sean*: y de la 4.

(1) Ley 4. tit. 13. Partid. 6. Gom. ibi n. 6. y 7. Avendañ. en dicha ley 6. de Toro glos. 2. n. 2. Palac. Rub. en ella n. 9. Tello dicho 16. Covar. in Epitom. succes. abintest. n. 3. Matienz. en dicha ley 2. glos. 2. n. 2. y 3. y glos. 3. n. 12. y 13. cit. (2) Authent. de Heredibus, cit. cap. 6. igitur defunctus, v. Si autem plurimi, y Authent. Defuncto, Cod. ad Tertyllian.

tit. 3. Partid. 6. que dice: *Que estonce el padre, é la madre deben heredar egualmente todos los bienes de su fijo*, lo qual es corriente (1), y se ha executoriado aquí repetidas veces así abintestato, como por testamento.

32 Si por una línea concurre un ascendiente, y otro por la otra, y ámbos en igual grado, parece se deberá hacer distincion y separacion de bienes; quiero decir, que el ascendiente por parte paterna llevará los que por esta línea poseía el nieto, ó descendiente, de cuya sucesion se trata: y el materno los de ésta. Pero no será así, pues ámbos partirán indistintamente todos los que por entrámbas, y por otra qualquier razon gozaba, sin diferencia de que sean adquiridos por una, ú otra, ó castrenses, casicastrenses, ó de otra clase (2), y la razon es, porque despues que los bienes están unidos, é incorporados en el patrimonio de alguno, se confunden, y pierden el nombre: por lo que no se admite distincion ni separacion de ellos, sino en los casos expresos en derecho (3).

33 Lo qual milita, y procede, excepto en los Pueblos en donde hay costumbre contraria, ó se observa la ley 10. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real, pues entónces cada ascendiente llevará los que por su línea disfrutaba el descendiente intestado, probándose la costumbre, ó estar en uso dicha ley, como lo dispone la referida 6. de Toro al fin, ibi: *Salvo en las Ciudades, Villas y Lugares, dó segun el fuero de la tierra acostumbran tornar los bienes al tronco, ó la raiz á la raiz*, y dexo explicado en el cap. 4. §. 3. de este libro.

34 Queda sentado, que quando concurren dos, ó mas ascendientes de igual grado, partirán la herencia de su descendiente intestado por iguales partes. Pero se duda, ¿si en caso de tener el padre, ó abuelo el usufructo de sus bienes, serán, ó no preferidos á los demás? Para lo qual es de presuponer, que aunque por derecho antiquísimo nada de quanto adventicio

(1) Matienz. en la ley 13. tit. 8. (2) Castill. en la ley 6. de Toro glos. 1. Gom. en ella n. 10. vers. Sed his non obstantibus. Greg. Lop. en la ley 4. tit. 13. Partid. 6. glos. 2. Matienz. en la 1. tit. 8. lib. 5. glos. 3. n. 7. y glos. 5. n. 1. Cunan. cons. 21 Corn. consil. 91. lib. 1. consil. 7. lib. 3. y consil. 164. lib. 4. (3) Arg. leg. 1. §. Praterea, ff. de Separat. ley Sed si plures, §. Filio impuberi, ff. de Vulgar. & pupillar. substitut. ley ult. al fin, Cod. de Inofficios. testam. y ley Ejus qui in Provincia, §. fin. ff. de Reb. credit. si cert. petat.

adquirian los hijos existentes en el dominio paterno, era para ellos, pues todo correspondia en plena propiedad y usufructo á su padre, miéntras los tenia en su poder (1), pero por estatutos posteriores se dexó á aquellos la propiedad de sus bienes adventicios, y á éste se concedió su usufructo durante la patria potestad (2), como expuse en el cap. 1. n. 71. y en el 3. n. 53. de este libro; cuyo usufructo se le concede con la obligacion de alimentarlos, educarlos y defenderlos en juicio, y fuera de el, en siete casos: El I, aunque el hijo pase á segundas nupcias (3); lo qual en esta parte está derogado hoy por las leyes de Toro, pues una vez casado y velado el hijo, hace suyo enteramente el usufructo de sus bienes, sin que su padre pueda retenérselo, y se tiene por emancipado para siempre. El II, sinembargo de que esté léjos de su padre, pues la distancia de Pueblos no le quita el derecho de la patria potestad (4), como tampoco el Orden Sacerdotal, segun senté en dicho cap. 3. n. 80. al fin. El III, aunque el hijo sea viejo (5). El IV, en el usufructo que alguno dexó al hijo, pues la comodidad toca á su padre, por cuya muerte, y no ántes gozará de él el hijo (6); excepto que aquel prohiba que el padre lo disfrute, en cuyo caso todo será para su hijo, y nada para él; pero la madre no puede imponerle esta prohibicion (7). El V, aun quando el padre ignore que tiene tal hijo, ó crea que está muerto (8). El VI, en los bienes de mayorazgo que vienen al hijo por línea materna, no obstante que se haya erigido con Real permiso, mas no, si se fundó de donacion ó bienes Reales (9). Y el VII, aunque el hijo se mue-

(1) §. 1. Institut. per quas person. nob. adquir. ley Cum oportet, Cod. de bonis quæ liber. Pinel in leg. 1. Cod. de bon. matern.

(2) Ley 5. tit. 17. Part. 4. Ley Cum oportet, Cod. de Bon. quæ liber. ley 1. Cod. de Bon. matern. (3) Ley 5. tit. 17. Partid. 4. y leyes 1. y ult. Cod. de Bonis matern. y ley Cum oportet, Cod. de Bonis quæ liberis.

(4) Ley Pomponius, al principio. ff. de Procurat. ley Cum filius, ff. de Rebus credit. si certum petat, ley Si longius, §. Filius, ff. de Judic. ley Si pater, Cod. de Institut. & substitut. sub conditione. fact. y ley final, ff. de Condition. institution. (5) Glos. in leg. fin. §. Pupilus. ff. de Verbor. oblig.

(6) Ley ultim. ff. de Usufruct. Gom. en la 78. de Toro n. 2.

(7) Authent. Excipitur, Cod. de Bonis quæ liberis, & ibi glosa. Matienz. en la ley 9. tit. 1. lib. 5. glosa 2. n. 14. (8) Ley Uxorem, ff. de Manumis. testament. ley 2. & ibi DD. Cod. de Pact. Gr. Rodrig. Suar. in Quæst. majorat. Gom. en dicha ley 38. n. 3. y 4. Greg. Lop. en la ley 7. tit. 17. Part. 4. glos. penult. Matienz. ibi n. 3. al 11.

ra, pues no por eso pierde su padre el usufructo (1).

35 Supuesto lo referido, digo que si concurren dos ó mas ascendientes á la sucesion del descendiente intestado, y uno de ellos tiene el usufructo en sus bienes, debe ser preferido en él, y llevarlo por toda su vida, y la razon es, porque al modo que por muerte de qualquiera extraño propietario no se extingue, ni acaba el usufructo (2), tampoco por la del hijo se extingue el que su padre, ó abuelo tienen adquirido en sus bienes (3) (*a*). Bien que hoy mediante la disposicion de las leyes 47.

(1) Ley final, vers. penult. Cod. ad Trebellian. ley Sancimus al fin, Cod. Communia de Succession. y ley Quod. 3. Cod. de Bonis quæ liberis, Gom. ibi n. 5. Maticnz. en dicha ley 6. tit. 1. lib. 5. glos. 1. (2) Ley Si patri 3. §. 1. Cod. de Usufruct. (3) Ley final, vers. Sin vero defuncta persona. Cod ad Tertyllian. Pinel. in leg. 1. n. 39. Cod. de Bonis matern. Maticnz. en la ley 9. tit. 1. glos. cit. y en la 1. tit. 8. glos. 3. n. 18. Gom. en la 6. de Toro num. 11.

(*a*) Se inclina el Señor Gutierrez, á que se pierde el usufructo; bien es que por una parte parece que afirma lo contrario, y por otra lo duda; las palabras generales y absolutas *dice en primer lugar* de la ley de Toro, *por su órden y línea derecha* llaman á los ascendientes sin distincion alguna de bienes, y el silencio de la ley acerca del usufructo *son para mí* argumentos mas poderosos que quanto puede alegarse en favor del ascendiente usufructuario: hasta aquí nada dice el reformador favorable á su modo de pensar; no obstante viene en alguna manera á poner de manifiesto su inclinacion; ¿cómo es posible, *prosigue*, que, hablando la ley *ex profeso* de la sucesion :: no hiciese mencion de una cosa tan notable, y de que no debia omitirse como de la continuacion del usufructo: si fuese cierta tal continuacion? en estas ultimas palabras como que da á entender su sentir, esto es que pierde el usufructo el ascendiente que le goza. Dexese á parte el argumento que hace en el principio contra sí; las leyes se constituyen de los casos que frequentemente acontecen, y se adaptan á ellos, *ley* 3. *y* 5. *ff. de legibus*; por las causas y motivos, que tuvo el legislador mando publicar dicha ley 6. de Toro para igualar las sucesiones entre ascendientes y descendientes segun prescribe; los bienes de que ha de disponer el hijo han de ser absolutamente suyos: en el padre ó ascendiente se radicó el derecho de usar y gozar de ellos, como constituido baxo de la patria potestad, pues mientras no salga de ella segun derecho, se continúa, se aplicara de consiguiente muy bien que si ninguno puede transferir en otro mas derecho que el que tiene *Reg.* 11. 54. 120. y 177. *ff. de Reg. jur.*, respecto que el hijo, viviendo el padre no tiene mas que la propiedad, luego, miéntras viva, en esta sola será la sucesion del otro ascendiente en igual grado; á esto se agrega otro principio, que no puede quitarse á otro el derecho concedido por la ley *Reg.* 17. *de reg. juris in 6.*, porque lo concedido por esta, ninguno otro que el legislador, tiene facultad para privarle de él; el usufructo de los bienes del hijo en el padre es de ley, y esta misma se lo quita: véanse las dos leyes 47. y 48. de Toro, que lo confirman, en atencion á que

y 48. de Toro, por las quales el hijo casado, y juntamente velado sale de la patria potestad, como si estuviera emancipado, y hace suyos los frutos de sus bienes, sin que su padre se los pueda retener, segun dexo sentado, en muy pocos casos se puede verificar lo expuesto (1).

§. III.

Cómo deben suceder los parientes transversales á los suyos que murieron intestados: qué deberán distribuir por su alma: y si por la regla del abintestato se graduarán en caso de duda los instituidos en testamento.

36 De las tres líneas propuestas en el n. 2. que tienen derecho á suceder abintestato, es la última la de transversales ó colaterales. Y para que el contador se instruya supongo lo I, que los parientes transversales deben suceder á su transversal difunto que murió intestado, segun la prerrogativa, y proximidad de grado con él; por lo que el que al tiempo de su muerte se halle mas cercano, obtendrá la prelacion en heredar los bienes libres que dexó (2): y si hay muchos en un mismo grado, y con la própia calidad, todos concurrirán igualmente sin distincion de agnacion, ni cognacion, pues no hay preferencia, ni diferencia entre las líneas masculina, y femenina para este efecto, como por derecho comun antiguo la habia, en lo qual está derogado: y así la hembra próxima excluye al varon remoto (3).

37 Lo II, que los grados de parentesco respecto de la su-

casado y velado el hijo debe restituírsele íntegramente; era suficiente para refutar el escrúpulo del Señor Gutierrez si hubiese reconocido con cuidado á Antonio Gomez en dicha ley 6. n. 11. y 12. y si así no se satisface del fundamento con que el autor procedio, siga su inclinacion.

(1) Gom. ley 6. de Toro n. 11 y 12. y en la 48. Avendañ. ley 6. de Toro glos. 6. n. 2. Matienz. ley 1. tit. 8. lib. 5. Recop. glos. 3. n. 1. al 12.

(2) Ley 2. §. Hæreditas, ff. de Suis, & legitim. hæredib. ley Juris consultus, & quasi tot. tit. ff. de Grad. ib. ley 1. §. Proximus, ff. Unde cognati, ley Qui tiens utriusque, ff. de Regul. jur. y §. 1 §. Proximus, y §. Si plures, Instit. de Legit. agnat. succes. (3) Authent. de Hæredibus cit. c. Nullam vero, & ibi DD. Covar. in Epitom. succes. n. 11 Matienz. en la ley 5. tit. 8. lib. 5. glos. 1. n. 4. y 5. Gom. en la 8. de Toro n. 2. y 3.

cesion, contratos y otros actos semejantes fuera del matrimonio, se han de computar segun la forma, y modo inducido por derecho civil, y no por el canónico (1), como he sentado en el cap. 11. n. 25. de mi primera parte adicionada; y así para conocer qual es el pariente mas cercano, se debe hacer siempre la cuenta principiando desde el colateral que quiere suceder, y ascendiendo hasta el padre ó ascendiente comun, de quien todos los pretendientes provienen, y descendiendo despues hasta el pariente difunto, de cuya sucesion se trata; de lo qual se puede enterar el contador por el árbol genealógico puesto en dicho cap. 11. de mi primera parte, y su explicacion, n. 25. y siguientes.

38 Lo III, que sinembargo de que entre los colaterales ocupan el primer lugar los hermanos enteros para sucederse, y se suceden igualmente (2); pero no están en primer grado de consanguinidad entre sí, sino en segundo, porque en esta línea no hay grado primero, y por lo mismo siempre se empieza á contar desde este para la sucesion, y saber en quál se hallan los que pretenden heredar al pariente intestado (3).

39 Lo IV, que entre los ascendientes, y descendientes legítimos ha lugar la sucesion abintestato en bienes libres hasta lo infinito (4); pero no sucede así entre los colaterales, pues léjos de ampliarse, se coarta, y limíta por el derecho de las Partidas hasta el décimo grado: de modo que desde este en adelante sinembargo de que se encuentren parientes, no tienen derecho á heredar los bienes del que murió intestado, ántes bien recaen en el Fisco (5); y hoy en estando fuera del quarto grado civil, recaen los bienes en el Fisco, como sentè en el cap. 1. de mi primera parte n. 177. y 180. y así solo tie-

(1) Antunez Portugal de Donation. reg. part. 3. cap. 19. n. 44. Covar. de Sponsal. part. 2. §. 6. n. 8. Guerreir. de Divis. lib. 4. cap. 7. n. 7. Escobar, comput. 23. n. 3. al 5. (2) Ley 5. tit. 13. Part. 6. Authent. Cessante, Cod. de Legitim. hæredib. Authent. Itaque, Cod. Communia de Succes. Gom. lib. 1. Var. cap. 1. n. fin. (3) Ley 3. tit. 6. Part. 4. Ley 1. §. 1. y ley Juris consultus 10. §. Sunt, ff. y §. Nam quod, ff. de Gradib. y §. Secundo gradu. Institut. eod. tit. Mariena. ubi proxime. Greg. Lop. (4) Authent. de Hæredibus cit. c. 1. y cap. Si in per defunctus descendentes, y §. Intestatorum, Instit. de Hæreditat. quæ abintestato defer. (5) Ley 6. tit. 13. Part. 6. cerca del fin. Covar. ubi supr. n. 21. Matienz. ibi n. 2. Gom. en dicha ley 8. de Toro num. 5.

nen derecho los hermanos, primos y sobrinos carnales del que falleció intestado, á heredar sus bienes.

40 Lo V, que aunque en esta línea son admitidos igualmente los parientes que están en un mismo grado, como queda sentado; no obstante, si en alguno de ellos concurre, ó interviene doble conjuncion, ó qualidad mayor que en los demás, será preferido, sinembargo de que todos se hallen en el própio grado, v. gr. quando el difunto dexa hermanos enteros y medios: pues los enteros entrarán á suceder, y llevarán toda su herencia, y los medios nada (1).

41 Lo mismo procede, si el difunto dexa sobrinos hijos de dos hermanos, el uno entero, y el otro medio pues los del entero, representando á su padre, le heredarán, y preferirán á sus primos hijos de su medio tio (2): é igualmente preferirán á éste, no obstante estar en grado mas cercano, porque suceden por representacion de su padre, que si viviera, lo excluiria (3).

42 Pero es de advertir, y tener presente que esta mayor qualidad de conjuncion se estiende únicamente á los hijos de los hermanos enteros del difunto, que son primos carnales, los quales representando las personas de su padre ó madre, y ocupando el lugar preferirán á su tio, ya sea uterino, ó consanguineo, sin embargo de ser su grado mas distante, y no se amplía á otros parientes ulteriores; por lo que si alguno muere abintestato sin dexar ascendientes, descendientes, hermanos, ni hijos de estos, y sí solamente un tio hermano entero de su padre, otro tio hermano uterino de este: ó por el contrario uno entero, y otro consanguineo, no será preferido el entero, ántes bien ámbos serán admitidos igualmente á la sucesion, por estar en igual grado, y no considerarse, ni estimarse la qualidad, y prerrogativa de doble conjuncion fuera de los hermanos, y sus hijos (4).

(1) Dicha Authent. de Heredibus, cap. Si igitur defunctus neque, Authent. de Consanguineis, & uterinis, cap. *Quia vero*, § Volentes autem, collat. 6. Authent. Itaque, Cod. Communia de Succession. y ley 5. tit. 13. Part. 6.

(2) Greg. Lop. en dicha ley 5. Covar. in Epitom. succes. n. 7. Gom. Arias en la ley 8. de Toro n. 14. y 19. Tello en ella, n. 4. y 5. y Com. n. 7. vers. Imo quod magis est. Matienz. en la 5. tit. 8. lib. 5. glos. 1. n. 7.

(3) Ley 5. tit. 13. Part. 6. En las palabras *E sobre todo decimos* Authent. Cessante, vers. fin. Cod. de Legitim. hæredib. Authent. de Heredibus, y cap. Si igitur cit. Authent. Post fratres. Cod. de Legitim. hæredib.

(4) Authent. Cessante, vers. Et quidem præiecti fratres, Cod. de Legi-

43 Lo própio milita por la misma razon, si á la sucesion concurren hijos de hijos de hermano, pues sucederán todos igualmente al hermano de su abuelo, aunque algunos de ellos desciendan de hermano entero. O si el difunto dexa muchos primos hijos de varios hermanos de su padre, que están en quarto grado; pues no obstante que algunos sean conjuntos procedentes de hermano entero, y los otros de medio hermano, serán admitidos todos con igualdad, y se atenderá solamente á que existen en un mismo grado de parentesco; lo que no sucederá, si son hijos de su própios hermanos. E igualmente con superior razon procede lo expuesto en cada uno de los grados ulteriores, ó mas distantes (1).

44 Lo VI, que la representacion es un derecho, en virtud del qual los descendientes son llamados á la sucesion de sus ascendientes hasta lo infinito, para entrar á ocupar su lugar, y percibir lo que el ascendiente inmediato percibiria del suyo, si viviera; pero los transversales lo son únicamente hasta el tercer grado de su transversal (2), por lo que en la línea de los ascendientes no se admite, ni ha lugar: y para que la haya en los transversales hasta el referido grado, que son primos carnales, debe concurrir precisa, é indispensablemente con ellos algun tio de igual qualidad de conjuncion, y no de otra suerte: y aun en este caso en ellos empieza, y concluye, sin pasar mas adelante (3). Lo qual se entiende á falta de verdadera costumbre contraria, pues si la hubiere, se observará.

45 Lo VII, que por el derecho de representacion se puede pedir y debe hacer la division (4): y para inducir la represen-

tim. hæredib. Authent. de Hæredibus y cap. Si igitur cit. vers. Unde consequens, y Authent. 1. Post fratres, Cod. de Legitim. hæredib. y dicha ley 5. al fin. Greg. Lop. en ella glos. 1. Tello en la 8. de Toro n. 4. Gom. en esta n. 8. y Avendañ. glos. 2. n. 2. Matienz. en la 5. tit. 8. lib. 5. glos. 1. n. 8. Covar. in Epitom. succes. n. 9.

(1) Jacob. de Vellap. in Authent. de Hæredib. cit. §. Si vero neque, q. penult. Paul. de Castr. in Authent. 1. Post fratres, num. 4. Corn. ibi col. 1. Gom. dicho n. 8. vers. Et ideo Covar. y Matienz. ibi. Morquech. de Divis. lib. 4. cap. 7. n. 2. al 4. (2) Robles de Repræsent. lib. 1. c. 3. n. 2. Sous. in leg. Fœminæ, ff. de Regul. jur. n. 197. al 295. Guerreir. de Divis. lib. 4. c. 6. num. 1. (3) Ley 5. al princip. tit. 12. Part. 6. y ley 221. de Estilo. Authent. Cessante, y Authent. Post fratres 1. y 2. cit. y Authent. de Hæredib. cap. Si igitur defunctus neque, vers Si autem defuncto patre.

(4) Gen. c. 11. vers. 27. y 28. c. 12. vers. 4. y c. 13. al fin. y §. Cum filius, Inst. de Hæred. quæ abintest. deferunt. Guer. dicho lib. 4. y c. 6. n. 2.

tacion se requieren quatro causas, que son: *próxima, remota, impulsiva y final.* Se llama *próxima*, y lo es la ley, ó la voluntad del testador (1). *Remota* aquella, por la qual el hijo se juzga una persona con su padre (2). *Impulsiva*, la que sirve para que el hijo, como parte del cuerpo de su padre entre en su lugar, y lo ocupe, y ya que tuvo el dolor de perderlo, no experimente el de no suceder en aquello, en que si viviera, sucederia (3). Y *final* para guardar igualdad respecto del tronco (4).

46 Lo VIII, que el hijo, ó descendiente representa á su padre ó ascendiente legítimo en cinco casos: El I, en la sucesion de su padre natural, y carnal (5). El II, quando se trata de la sucesion del abuelo (6); pero esto es en quanto entra á ocupar el lugar de su padre, sucediendo por su própio derecho, y persona, y no por la de este, porque se halla el primero en grado, como expliqué en el cap. 3. de este lib. n. 26. El III, en la del feudo (7). El IV, en la sucesion del Reyno (8). Y el V, en la del mayorazgo (9).

47 Y lo IX, y último, que los hermanos tienen diversos nombres en derecho: unos se llaman *hermanos enteros*, por ser hijos de un mismo padre, y madre. Otros *consanguineos*, ó *paternos*, y son los de un padre, y de diversas madres. Otros *uterinos*, ó *maternos*, y son los de una própia madre, porque estuvieron en su vientre, y los engendraron distintos padres. Y otros *medios hermanos*, ya sea por consanguinidad, ó uterinidad; quiero decir, por haber sido engendrados por diferentes padres en una madre, ó paridos por diversas madres, y engendrados por un solo padre.

48 En los Lugares de estos Reynos, en que no se observa fuero particular, ni hay costumbre de que los bienes de los interesados vuelvan al tronco, y la raiz á la raiz, si el difunto

(1) Robles de Repræsentat. cap. 5. n. 1. al 8. (2) Valasc. de Justa aclamat. part. 2. punt. 1. §. 6. 20. y 21. Robles c. 6. n. 1. al 25. Guer. ibi n. 5.
(3) Ley unica al fin, Cod. de Iis, qui ante apert. tabul. y §. 1. Instit. de Senat. consult. Tertyllian. Robles c. 6. n. 1. al 25. Guer. ibi n. 6. y 7.
(4) Novel. 118. cap. 1. y 3. Robles ibi. Guerreir. ibi n. 8.
(5) Authent. Cessante, cit. (6) §. Cum filius, Inst. de Hæred. abint. ven.
(7) Cap. His vero definient. de Gradib. succes. feud. Val. de Jure emphitent. q. 50. n. 1. (8) Ley 2. tit. 15. Part. 2.
(9) Ley 40. de Toro, & ibi Glossator. Spino de Testam. glos. 1. princip. num. 46. y 47.

tiene hermanos enteros, y ningun ascendiente, ni descendiente, le sucederán con igualdad sus hermanos, ya sean todos varones, ó hembras, ó de ámbas clases, pues no se atiende á la qualidad de la agnacion, ó cognacion, ni prefiere la una á la otra (1), como queda sentado.

49 Si dexa un hermano entero, ó mas, y sobrinos carnales hijos de otro hermano, ó hermanos tambien enteros, heredarán por sí cada uno de los hermanos: y los sobrinos, representando á sus padres muertos, por líneas, quiero decir, que se hará la cuenta de quántos hermanos son entre vivos, y muertos, y se dividirá en tantas partes la herencia, como si todos existieran, y luego los hijos de los muertos partirán entre sí aquella parte ó porcion, que tocaria á sus respectivos padres, y éstos llevarian, si vivieran, pues los representan, entran en su lugar y lo ocupan (2).

50 Si no tiene hermanos vivos, y sí sobrinos hijos de dos, ó mas hermanos enteros premuertos, heredarán cada uno de por sí, repartiendo con igualdad entre sí los bienes de su tio sin distincion de agnacion, ni cognacion, como se prueba de la ley 5. tit. 13. Partid. 6. que dice: *Mas si éste que muriese sin testamento non habiendo ascendientes, nin descendientes, obiese sobrinos de dos hermanos de parte de su padre, ó de su madre, é fuesen los hermanos amos muertos, heredarán los sobrinos los bienes de su tio, é partirlos han entre sí por cabezas egualmente.*

51 La disposicion de esta ley, y la de la 13. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real parece debe entenderse quando los sobrinos hijos de cada hermano son iguales en número, y no quando son desiguales, v. g. de un hermano uno, de otro dos, de otro tres, ó mas, &c. pues como que lo representan los de cada uno, heredan por líneas, que es solamente la parte que si viviera, llevaria cada hermano del difunto. Sobre lo qual hay diversidad de dictámenes, por no distinguir los dos leyes citadas ni la octava de Toro, que dice: *Mandamos que sucedan los sobrinos con los tios abintestato á sus tios* in stirpem, *y no* in capita.

52 Pero el que debe seguirse, es: que ya sean muchos, ó

(1) Ley 5. tit. 13. Part. 6. Authent. de Hæredib. cit. cap. Nullam vero. Authent. Itaque, Cod. Communia de Succession. Authent. Cessante, Cod. de Legitim. hæredib. (2) Ley 5. cit. y ley 8. de Toro, que es la 2. tit. 10. lib. 10. Nov. Recop. Authent. Cessante.

pocos, é iguales, ó desiguales en número, deben suceder á su tio en cabeza própia: Lo I, porque indistintamente lo ordenan las leyes citadas, y quando no distinguen, no debemos distinguir. Lo II, porque la 8. de Toro no habla de este caso, sino de quando concurren los sobrinos con los tios, y así no es correctoria de ellos. Y lo III, porque todos los sobrinos están en igual grado; y aunque entran por representacion á heredar á su tio muerto, esto es, quando está vivo algun hermano de este, que tambien concurre á heredar, y les sirve de forma, y causa para que tenga lugar la representacion, y que no sean exclusos, y así solo en este caso le tiene, y en él se extingue; mas no quando son solos, pues entónces no tienen á quien representar, porque les falta el fomento para la representacion, por lo que entran á heredar por su própio derecho como parientes mas cercanos, que están en igual (1); y es lo que como justo se observa.

53 Y si concurriendo hermano del muerto, y sobrinos hijos de otro hermano de ámbos tambien muerto, repudiáre el hermano vivo su parte de herencia, y tuviere hijos, no se acrecerá esta á sus sobrinos hijos del otro hermano muerto, ántes bien la llevarán los hijos del repudiante, y por consiguiente se dividirá igualmente toda la herencia del difunto intestado entre todos sus sobrinos hijos de sus dos hermanos (2), y la razon es, porque los hijos del repudiante, y los del otro hermano están en igual grado ó lugar, y entran por su própio derecho como parientes mas inmediatos, y no por el de sus padres, y así se conceptúa al repudiante para este caso como si no existiera, y á sus hijos como á los del otro hermano muerto: y por esta razon, y por las expuestas en el número inmediato heredarán todos cada uno por su própia persona (3).

54 Muriendo alguno, y dexando un tio, hermano de su padre, ó de su madre, y asimismo hijos de un hermano suyo ya difunto, parece que todos concurrirán igualmente porque cada uno está en tercer grado, y los hijos del hermano no

(1) Greg. Lop. en dicha ley 5. glos. 3. Castil. en la 8. de Toro glos. 1. Cifuent. en ella n. 4. Tell. n. 3. Avendañ. glos. 1. Gom. Arias n. 3. y 4. Matienz. en la 5. tit. 8. lib. 5. glos. 1. n. 14. y 15. Molin. de Primog. lib. 3. cap. 7. n. 21. y 22. (2) Ley fin. vers. Successionis, Cod. de Legit. hæred.

(3) Greg. Lop. en dicha ley 5. glos. 2. Covar. in Epitom. succes. vers. Decima conclus. Matienz. en dicha ley 3. glos. 1. n. 18. Salicet. in Authent. 1. Post fratres.

suceden representativamente, sino quando concurren con otro hermano vivo del difunto. Pero no obstante, serán preferidos al tio los hijos del hermano del muerto, aunque sean medio hermanos: Lo I, porque la linea de los descendientes aun respecto de los colaterales siempre se reputa mas cercana, y por derivacion natural debe ser preferida á la superior tambien de ellos. Y lo II, porque el hijo del hermano representa indistintamente al padre del difunto, y para heredar es lo mismo que si éste viviera, porque toma sus veces, y se subrroga en su lugar, ya concurra con otro hermano vivo del difunto, ó con los hijos de otro hermano muerto de éste: y en los ascendientes no hay representacion (1).

55 Si dexa un tio hermano de su padre, ó madre, y primos suyos hijos de otro hermano tambien de su padre, ó madre (que son sobrinos carnales del tio vivo) no entrarán estos á la sucesion, y sí solo el tio, porque está en grado mas cercano, y los sobrinos en el quarto (2).

56 Falleciendo un tio hermano de padre, si concurren á heredarle sobrinos hijos de un hermano suyo, y quiere concurrir tambien un hermano de su abuelo, ó abuela paterno, ó materno, será excluido el hermano de los abuelos, y heredarán los hijos del hermano del muerto por la representacion de su padre, y por hallarse en grado mas inmediato; lo qual se entiende aunque sean medio hermanos (3).

57 Si dexa el difunto varios medios hermanos, consanguineos, ó uterinos, que es por la linea paterna, ó materna, y otros enteros ó por ámbas lineas, nada llevarán los medios hermanos, ni sus hijos, ántes bien toda la herencia será para los enteros, los quales obtendrán la preferencia por la doble conjuncion (4), como he sentado en los nums. 40. y 41.

58 Pero faltando estos, y sus hijos, si tiene solamente hermano, ó hermanos consanguineos, ó uterinos, le herederán en el todo indistintamente. Lo qual procede, aunque el difun-

(1) Gom. en la ley 8. de Toro n. 14. vers. Sed his non obstantibus. Matienz. ibi n. 19. Parlador. lib. 2. Rer. quotidianar. cap. 15.

(2) Leg. Abunculo, Cod. Communia, de Succesion. Boer. decis. 302. Decio consil 444. vol. 4. Parlad. ibi. (3) Authent. de Hæredib. cit. §. Illud palam, Authent. 1. Post fratres, Gom. en dicha ley 8. n. 14. Matienz. ibi n. 19. (4) Authent. Cessante, y Authent. Itaque dichas, y ley 5. tit. 13. Part. 6. verb. *E sobre todo.*

to dexe tio hermano de su padre, ó madre por cuya linea poseía los bienes, pues los medios hermanos como mas inmediatos parientes de su hermano entero prefieren al tio, que está mas distante; y así sucederán en todos sus bienes de qualquier calidad, y parte adquiridos sin diferencia de título ni líneas (1).

59 Si dexa sobrinos hijos de hermano entero, aunque tenga un medio hermano, lo excluirán, no obstante estar en grado mas cercano que ellos, y llevarán toda la herencia, y la razon es porque si su padre viviera, lo excluiria por la mayor qualidad de conjuncion doble de parentesco con el difunto; y respecto representar los sobrinos la persona de su padre, deben excluir tambien á su medio tio por la própia razon (2).

60 Y si dexa solamente medios hermanos, unos por una linea, y otros por la otra, heredarán los de la consanguinea, ó paterna los bienes que por ella poseia el difunto, y los de la materna, ó uterina, los que por ésta gozaba: y si tenia algunos mas adquiridos por arte, oficio, ú otro título, los partirán igualmente, como se prueba de la ley 6. tit. 13. Part. 6. que al principio dice: *Hermanos de padre tan solamente, é otro de madre habiendo aquel, que muriese sin testamento, si non dexase otro pariente ninguno, que heredase lo suyo de los que descienden, ó suben por la linea derecha, que estonce decimos que en tal caso como éste el hermano que le perteneciese á este á tal de padre tan solamente, ese heredará todos los bienes del difunto, que le vinieren de parte de su padre, é el hermano que le perteneciese de parte de la madre, ese heredará otrosi todos los bienes que le vinieren de parte de su madre: é los bienes que á tal difunto como éste obiese ganado por otra manera qualquier, amos los hermanos sobredichos los partirán egualmente.* Y en quanto á las deudas pagará cada uno las que contraxo por razon de sus respectivos bienes el difunto: y si no consta por quáles las causó, las satisfarán todos á prorrata de los que hereden (3).

(1) Ley de Emancipatis, vers. Exceptis, Cod. de Legitim. hæredib. Matienz. en dicha ley 5. glos. 1. n. 9. (2) Dichas Authent. Post fratres 1. y Cessante, y ley 5. al fin, tit. 13. Part. 6. Gom. en la 8. de Toro n. 7. vers. Imo quod magis est. Gom. Arias en ella, n. 19. y Avendañ. glos. 2. n. 2. Mier. de Majorat. part. 2. quæst. 7. n. 8. Matienz ibi n. 7.

(3) Arg. leg. Si certarum, §. 1. ff. de Testam. milit. Alberic. in Au-

61 Del mismo modo sucederán á su difunto tio los hijos de los hermanos uterinos, y consanguineos, representando las personas de sus padres, ya concurran entre sí solos, ó con algun medio tio suyo, con la diferencia de que concurriendo entre sí heredarán por cabezas, y si interviene su medio tio, por raices, porque versa la própia razon que quando son enteros, y ninguna ley ordena otra cosa en este caso; pero en los nietos, y demás descendientes de estos no ha lugar esta distincion, ni separacion de los bienes: ni en los tios hermanos de padre, ó madre, ó de otros ascendientes, quando concurren á heredar á sus sobrinos: y así todos se dividirán con igualdad entre los que sean, y estén en un própio grado, sin diferencia de adquisicion, sea por el título que fuere, porque en derecho no se halla preceptuado lo contrario, ni respecto de ellos se hace distincion de bienes, por cuya razon no se llaman paternos, ni maternos, como entre los hermanos, y sus hijos, por estar mezclados, y confundidos, y no considerarse sino proximidad de grado, ni deberse ampliar, ni entender sino de los derecho expresados (1); por lo que los medios hermanos del difunto excluirán al tio hermano del padre, ó madre de éste como mas propinquos, ya haya heredado de su padre, ó madre, hermanos de su tio, ó de otra parte los bienes que dexó.

62 Faltando ascendientes, descendientes y los hermanos del difunto, é hijos de ellos, le sucede en sus bienes libres por su própio derecho, y disposicion legal, y no por representacion el pariente mas cercano hasta el décimo grado por qualquiera linea sin diferencia de agnacion, ni cognacion, ni atencion á la simple, ó doble conjuncion, ó qualidad de parentesco, porque esta no pasa de los hijos de los hermanos, como en el n. 42. dexo expuesto: y siendo dos, ó mas de un mismo grado, dividirán todos entre sí la herencia con igualdad por la proximidad de parentesco, sin respeto á dicha representacion (2), pues ésta se

thent. Itaque, col. 3. Cod. Communia, de Succession. Greg. Lop. en la ley 6. insert. glos. 2. (1) Gom. en la ley 8. de Toro n. 8. vers. *Item adde prosequendo materiam.* Greg. Lop. en la ley 6. tit. 13. Part. 4. glos. 1. Matienz. en la 5. tit. 8. lib. 5. glos. 1 n. 12. Cov. in Epitom. succession. n. 8.

(2) Ley 6. tit. 13. Part. 6. en las palabras *E sobre todo esto.* Authent. Post fratres cit. Gom. ibi n. 16. y 18. Covar. ibi n. 11.

se extingue (segun queda sentado) en los primos carnales, que son los hijos de hermanos, y ha lugar únicamente quando suceden á un tio suyo hermano de su padre, ó madre, y concurre otro tio tambien hermano de alguno de estos, y no quando suceden entre sí sin concurrencia del tio: ni entre otros parientes transversales ni tampoco entre los ascendientes, y descendientes de estos; por lo que si v. g. dexa dos primos hermanos, y sobrinos segundos hijos de otro primo hermano premuerto, le sucederán en todo los dos primos, y nada llevarán los sobrinos, así porque no adquirió derecho su padre por haber fallecido ántes que el difunto intestado, como porque están en un grado mas distante que sus tios, y no hay representacion desde los hijos de los hermanos en adelante, pero si todos tres primos sobrevivieren al difunto intestado, y el uno falleciere despues de éste, y dexáre hijos, llevarán estos, y dividirán entre sí la parte que su padre llevaria á no haber fallecido ántes de dividirse los bienes del intestado, porque por haberle sobrevivido, adquirió derecho á su parte, y sus hijos le suceden en él, y no se lo quita el haber premuerto ántes que se partiesen sus bienes. Lo própio debe observarse en otros grados ulteriores hasta el décimo, bien que por dos leyes recopiladas posteriores (1) se dispone que á falta de parientes dentro del quarto grado suceda el Fisco: sobre lo qual véase lo explicado en los nn. 178. 180. c. 1. de mi primera parte últimamente adicionada que es lo que hoy se observa, pues no sirve lo dispuesto por las leyes anteriores.

63 Instruido el contador del modo de suceder al que murió intestado, no le dañará saber qué parte de sus bienes deberán, ó no distribuir por su alma los que le hereden: para cuya perfecta claridad es indispensable distinguir de casos, y de herederos: y así digo que estos, ó son legítimos, ó transversales: y el difunto, ó murió absolutamente intestado, ó baxo poder para testar, y no hizo su testamento el Comisario. Si los herederos son ascendientes, ó descendientes, y el pariente falleció absolutamente intestado, están obligados á hacerle las exêquias, funerales y demás sufragios que se acos-

(1) Ley 3. tit. 20. lib. 10. y ley 1. tit. 11. lib. 2. Nov. Rec.

tumbren en el País con arreglo á su caudal, calidad y circunstancias, y no á distribuir todo el quinto por su alma, ni en ello mezclarse Juez alguno, como lo manda la ley 14. tit 20. lib. 10. Nov. Rec. inserta en el cap. 1. de dicha mi primera parte n. 179. Y si falleció baxo de poder para testar, y el Comisario no hizo su testamento, porque no pudo, ó no quiso, ó se le olvidó, y pasó el tiempo prefinido por la ley, y por el mismo testador, cumplirán con practicar lo própio, y no tendrán obligacion tampoco á distribuir el quinto (1).

64 Si son transversales, y murió sin testamento, no estarán obligados á dicha distribucion, y sí solamente á lo que los legítimos sin diferencia, porque todos sus bienes les pertenecen abintestato (2): habla indistintamente la referida Pragmática: y ninguna ley les precisa á mas (3); bien que algunos dicen que todo lo han de distribuir (4), pero no se observa, ni debe. Si dió poder para testar, y el Comisario por alguna de las causas expuestas no hizo su testamento, en este solo caso, y no en otro estarán obligados á la distribucion del quinto íntegro, dentro del año, segun lo ordena la ley 13. del mismo título 20. y libro 10. Nov. Rec. cuyo contexto es este: *Quando el Comisario no fizo testamento, ni dispuso de los bienes del testador, porque pasó el tiempo, ó porque no quiso, ó porque murió sin facerlo, los tales bienes vengan derechamente á los parientes del que le dió el poder que hubiesen de heredar sus bienes abintestato: los quales, en caso que no sean fijos, ni descendientes, ó ascendientes legítimos, sean obligados á disponer de la quinta parte de los tales bienes por su ánima del testador, lo qual si dentro del año contado dende la muerte del testador, no lo cumplieren, mandamos que nuestras Justicias les compelan á ello, ante las quales lo pueden demandar, y sea parte para ello qualquier del Pueblo.* Y la razon es, porque en este caso presume el derecho que el testador por el hecho de dar poder para testar al Comisario, quiso que su ánima fuese preferida

(1) Arg. à contrario sensu ex leg. 10. tit. 4. lib. 5. Recop. Gom. Castill. y otros en la ley 36. de Toro. Angul. en la 13. tit. 5. lib. 5. Recop. glos. 4. n. 4. y en la ley final tit. 6. lib. 5. Recop. Matienz. en dicha ley.

(2) Ley 6. tit. 13. Part. 6. (3) Gom. y Cast. ibi. Angul. ibi n. 3.

(4) Parlador. different. 25. n. 2. citando á Tello en dicha ley 36. y á Roxas de Succession. abintestato cap. 9. n. 24.

á sus parientes en el quinto, á que restringió su voluntad, pues antiguamente se ampliaba y estendia á todos sus bienes (1); y no procede, ni se amplia á otros casos algunos la disposicion de esta ley: Lo I, porque habla condicionalmente de caso cierto, y limitado, y la condicion del testador, la del contrayente y la de la ley se deben observar en forma específica (2). Y lo II, porque la causa limitada produce efecto limitado (3); y así en los demás expresados, ya sean legítimos, ó transversales los herederos, no hay obligacion de distribuir el quinto, como dexo expuesto.

65 Por lo que queda explicado en órden á la sucesion abintestato, parece se deberá graduar la sucesion por testamento: y así si el testador instituye genérica, y simplemente por herederos á sus hermanos, ó les lega alguna cosa, y unos son enteros, y otros medios, serán admitidos solamente los enteros á la herencia, ó legado (4); y la razon es: Lo I, porque en duda es visto haber querido disponer el testador con arreglo á derecho (5); segun el qual son preferidos los hermanos enteros (6). Lo II, porque la causa del que murió testado, se ha de juzgar en duda por las reglas que la del intestado (7). Y lo III, porque mayor afficion se presume tener á los hermanos enteros, que á los medios (8).

66 Lo qual se entiende, excepto que el difunto no tenga mas que un hermano entero, pues por el hecho de llamar, ó instituir á sus hermanos en plural, y no convenir la pluridad á uno solo, se conceptúan tambien llamados, é instituidos los medios hermanos. Y lo própio milita, y procede, quando interviene la causa de conservar la agnacion en la familia (9).

(1) Innocent. in cap. Cum tibi de Testament. Jason in leg. Cantaterias, n. 12. Cod. de Testam. milit. (2) Ley Conditionibus primam locum, & per tot. ff. de Condition. & demonstration. y ley 1. & per tot. ff. de Condition. incert. (3) Ley Age cum geminiano, Cod. de Transactio. n. y ley Imagris, ff. de Acquirend. rerum dominio. (4) Paul. de Castr. in leg. fin. Cod. de Verbor. signific. Gom. en la 8. de Toro n. 9. Avendaño en ella gl. 2. Menoch. consil. 187. n. 10. (5) Ley Heredes mei, §. Cum ita, ff. de Trebellian. (6) Ley 5. tit. 13. Part. 6. Authent. Itaque, Cod. Communia de Succes. (7) Glos. & DD. in leg. Cum ita, §. In fideicommisso, ff. de Legat. 2. Menoch. consil. 188. n. 10. y consil. 198. n. 14. y 15. lib. 2.

(8) DD. ubi supr. Menoch. præsumpt. 75. n. 19. y 20. lib. 4.

(9) Menoch. ubi supr. al fin.

67 Si instituyó simplemente con modo colectivo á un hermano vivo, y á los hijos de otro hermano muerto, ó á un extraño, y á los de otro extraño, sin especificar sus nombres, y los hijos estaban nacidos al tiempo de la institucion, se entienden instituidos por ramas, y el hermano, ó extraño en cabeza própia, y así este llevará la mitad de la herencia, y los hijos la otra mitad, porque los conjuntos con modo colectivo se estiman por uno. Lo qual se entiende, excepto que de su voluntad aparezca expresa, ó tácitamente otra cosa; v. g. si mandó que sucediesen igualmente; pues entónces todos sucederán con igualdad (1). Y lo mismo procede en qualquier substituto, y en el legado (2): por lo que si lega algo, v. g. á Pedro, y á sus hijos, ó á los de otro, llevará Pedro la mitad del legado, y los hijos la otra mitad (3).

68 Pero si los hijos no habian nacido, y *instituye á Pedro, y á los hijos que nazcan de su hermana Juana*, (ó de otra muger que nombra) y nacen dos, ó mas, deben heredar todos igualmente, porque no se puede imputar culpa al testador en no haber nombrado á cada uno por su nombre, respecto no estar nacidos; y por derecho se presume que á estarlo, los nombraria. Lo qual es al contrario quando lo están, y no los nombra sino con modo colectivo; pues se presume que quiso fuesen tenidos por uno, y que por consiguiente heredasen solo todos juntos (4).

69 Lo qual se entiende, quando los llamó principalmente, pues si fué substitutiva, ó subrrogativamente, v. g. *Si instituye á Pedro, y le grava con la restitucion de la herencia á Juan, y Francisco: y muerto alguno de éstos, á sus hijos nacidos, ó póstumos*, entónces si uno de éstos herederos fideicomisarios fallece ántes que el fiduciario, conseguirán únicamente sus hijos nacidos, ó póstumos la parte que su padre heredaria si viviera, y no mas (5).

70 Y si instituye por sus herederos á un hermano suyo, y á los hijos de otro hermano muerto, no con modo colectivo, ó copulativo, sino nombrándolos por sus própios nom-

(1) Ley Interdum, ff. de Hæredib. instituend. (2) DD. ubi supr.
(3) Ley Si quis Attio, & hæredibus 7. ff. de Usufruct. accresc.
(4) Ley Utrum, vers. Sin autem, ff. de Rebus dubiis.
(5) Gom. en la 8. de Toro n. 15. vers. Quod tamen singulariter.

bres, sucederán cada uno de por sí con su tio: y así la herencia se dividirá entre el tio, y sobrinos con igualdad, pues en toda materia es principio, y regla de derecho, que quando muchos son nombrados colectiva, ó copulativamente en alguna disposicion, se admiten virilmente, ó con igualdad (1).

71 Instituyendo el testador por sus herederos á sus hermanos, ó haciéndoles algun legado, parece que son llamados tambien al legado, ó herencia los hijos de otro hermano suyo muerto, porque representativamente se tienen por hermanos, y suceden en su derecho, y lugar. Pero lo contrario es lo cierto; y así no serán admitidos los sobrinos. Lo I, porque no hizo mencion de ellos. Lo II, porque en la disposicion del testador mas se debe considerar la propinqua aficion, y próximidad de grado, que la remota, y atender mas á su mente, que á las palabras con que se explica. Lo III, porque en el nombre apelativo de hermanos vienen, y se comprehenden solamente los exîstentes en segundo grado, y no los ulteriores (2). Y lo IV, porque (si es necesario) para mantener conseqüencia en su disposicion, y libertar á su voluntad de la nota de obscura, inútil ó perplexa se impropian las palabras (3): bien que aquí no hay necesidad, por estar clara. Lo própio debe observarse quando al tiempo de testar instituye á dos, ó mas hermanos suyos que tiene vivos, y al de fallecer ha muerto alguno de ellos, dexando hijos, pues éstos nada llevarán por las razones que expuse en mi primera parte últimamente adiccionada cap. 1. n. 274.

(1) Ley Reos, §. Cum tabulis, ff. de Duobus reis, ley Si pluribus, ff. de Legat. 2. ley 1. Cod. Si plures una sententia, ley 3. §. Si quis ita stipuletur, ff. de Eo quod, certo loco, ley Si fundus, §. Si duo, y ley Si debitor, ff. de Pignor. Gom. ibi n. 16. (2) Ley Cum virum 16. de Fideicommissis. Gom ibi n. 17. Covar. Practic. cap. 38. n. 4. Valasc. de Jure emphiteut. quæst. 10. n. 31. Acev. en la ley 4. tit. 8. lib. 5. Recop. n. 6.

(3) Ley final, Cod. de Posthumis hæredib. instituend. y ley Titius 25. §. Lucius, ff. de Liber. & posthum.

CAPITULO VIII.

DEL MODO DE DIVIDIR LA HACIENDA DEL testador entre herederos extraños, y sus substitutos; y quándo se acrecerá á unos la parte de la herencia que los otros no quisieron, ó no pudieron heredar.

§. I.

Quiénes se llaman herederos extraños: de quántas maneras los puede instituir el testador; y siendo muchos los instituidos, si le heredarán, ó no todos igualmente, y á un própio tiempo, ó por órden sucesivo.

1 Como no todos los testadores tienen herederos legítimos, ó forzosos, por cuyo defecto suelen repartir su hacienda entre su parientes, ú otros totalmente extraños: dividiré la materia de este párrafo en tres puntos: En el I, trataré de los que se llaman herederos extraños, y quáles puede instituir el testador. En el II, de quántas maneras puede hacer la institucion, y cómo se ha de dividir entre ellos su herencia. Y en el III, quándo le sucederán, ó no igualmente, y á un própio tiempo, ó por órden sucesivo.

2 En quanto al punto I, digo que se llaman herederos extraños no solo los que ningun parentesco de consanguinidad tienen con el testador, segun el comun uso de hablar, é inteligencia, sino tambien los que lo tienen y están en la línea transversal, v. g. hermanos, primos, tios, sobrinos y demás colaterales: y la razon es, porque por *testamento* ningun derecho les compete á sus bienes, ni está obligado civilmente á instituirlos por sus herederos, ni por excluirlos de su sucesion con razon, ó sin ella, ni pueden querellar de inoficioso su testamento, ni romperlo por pretericion, ni exheredacion (1): pues el que no tiene derecho á suceder, carece de potestad para anular, y romper, como diré en n. el 86.

(1) Ley 2. verb. E todos los otros, y ley 12. verb. E decimos, tit. 7. Part. 6. y ley Fratris, vel sororis 21. Cod. de Inofficios. testament.

3 Se limita esto último para con los hermanos del testador; pues en el caso de que instituya por herederos á sugetos de mala vida, ó infames de hecho, ó de derecho, como son mugeres mundanas, ladrones, falsarios, hijos espurios, usureros manifiestos, Clérigos publica, y continuamente amancebados, y otros, cuya asignacion es arbitraria en el Juez, les compete la accion de querella, y no vale la institucion, siendo probado el defecto del instituido (1): excepto que hayan maquinado contra su vida, ó acusádole de crimen, por el qual incurriese en pena de muerte, ó perdimiento de miembro, ó héchole perder la mayor parte de sus bienes, ó quanto estuvo de su parte para que los perdiese; pues por qualquiera de estas tres causas verificadas, no solo no pueden intentar la querella, aunque el hermano haya instituido heredero á algun infame, sino que si murió abintestato, serán repelidos, y nada podrán heredar de él (2).

4 Por lo tocante al II punto, digo: que careciendo de herederos forzosos el testador, puede instituir por tales á uno, ó á muchos extraños, ya sean, ó no consanguineos suyos, con tal que por derecho no tengan prohibicion de heredar: é imponerles, ó á algunos de ellos las posibles, y honestas condiciones que le parezca, las que para entrar en la herencia, deben cumplir, ó dar caucion, y seguridad de que las cumplirán, ó practicar para ello las competentes diligencias (3), como sentè en el cap. 1. de mi primera parte n. 209. y sig. Pero los Religiosos profesos del Orden de San Juan, aunque durante su vida les dexa la Religion su madre el uso moderado de sus bienes, y su retencion á nombre de ella, pero sin la debida licencia no pueden disponer en vida de los bienes patrimoniales, y con ella sí de los estables, las que se les concede segun los estatutos 1. y 2. de las prohibiciones, y en virtud de otra licencia especial, y no de otra suerte pueden testar de la quinta parte de todos los bienes que por su muerte se hallen, y queden líquidos, y no mas; pero despues de su muerte todos tocan á la Religion, la qual se considera no como su he-

(1) Dicha ley 2. verb. Fueras ende, tit. 7. ley 2. verb. Fueras ende, tit. 8. Part. 6. y ley Fratres 27. Cod. de Inofficios. testament.

(2) Dicha ley 12. verb. Pero tres razones, y ley 2. cit. verb. Pero si este hermano. Castillo Controv. lib. 2. c. 19. (3) Leyes 7. y 14. tit. 4. Part. 6.

redera, sino como sucesora, porque el Religioso los poseyó en su nombre, y con su permiso; y en estos términos se ha de entender lo que expliqué en el cap. 1. n. 26. de mi primera parte últimamente adiccionada.

5 Digo asimismo que aunque el derecho romano dividia la herencia en doce onzas, ó partes, puede dividirla el testador en las que quisiere, é instituir á sus herederos (segun dexo expuesto en el cap 1. de este libro núm. 2.) de tres maneras, á saber: I, señalando á todos las que han de percibir de sus bienes: II, ó á unos sí, y otros no: III, á ninguno (1); y de cada uno procedo á tratar separada, y ordinalmente, exponiendo varios casos para instruccion del contador

6 La I es, quando el testador señaló á todos sus herederos las partes, ó porciones que de su herencia han de percibir; en cuyo caso se debe repartir enteramente entre ellos con arreglo á su voluntad, de suerte que nada quede vacante, para que todos le representen en el todo (2). Y si dividió parte de ella, y dexó algo sin repartir, se ha de aplicar esto á los herederos instituidos á proporcion de la que les señaló en la que distribuyó (3).

7 Instituyendo el testador á uno por su heredero en cosa señalada, y no disponiendo del resto de sus bienes en aquel testamento, ni aunque despues haga otro, nombrando heredero en él, debe llevarlos todos el particular instituido, sinembargo de serlo solamente en cosa señalada, porque se entiende universal: y asimismo cumplir los legados, y pagar sus deudas (4); pues de no heredarlos todos, se verificaria que el testador moria en parte testado, y en parte intestado, lo qual es absurdo, y repugna (5). Pero si en testamento posterior es-

(1) Leyes 16. y 18. tit. 3. Part. 6. leyes 9. y 11. Cod. ley Interdum 13. §§. 1. y 2. y ley Servum 50. §. ult. ff. de Hæredib. instituend. y §. Hæreditas, Instut. eod. tit. Guerr. de Divis. lib. 5. cap. fin. n. 2. 3. y 4.

(2) Ley Item quod Sabinus 17. ley Asse toro 77. y ley Ex unciis 87. ff. de Hæred. instituend. ley fin. ff. de Bonorum posses. secundum tabul. y §. Videamus, Institut. de Hæredib. Institut. Gom. lib. 1. Var. c. 10. n. 14. Net. lib. 2. Comment. Jur. Civil. tit. 15. ex n. 17.

(3) Ley Interdum, §. 2. ff de Hæred. instituend. y §. Hæreditas 5. Institut. eod. tit. Guerreir. de Divis. lib 5. cap. fin. n. 38.

(4) Ley 14. tit. 3. Part. 6. ley 1. §. Si ex fundo, y ley Quotiens, ff. de Hæredib. instituend. (5) Ley Jus nostrum 7. ff. de Regul. jur. y dicho §. Hæreditas, vers. Et si unum.

tablece nuevo heredero, llevará solamente el nombrado en el primero la cosa en que fué instituido, y el del segundo el resto de la herencia, con tal que este último no contenga revocacion del precedente, pues si la contiene, ó el testador manda otra cosa, nada llevará el del primero (1).

8 Si el testador divide la herencia, v. gr. en quatro porciones, instituyendo por iguales partes á tres herederos en las tres, y no haciendo mencion de la quarta, deben llevar esta con igualdad los instituidos en las tres: y si no lo fueron igualmente, llevará cada uno de la vacante la que segun la institucion le corresponda proporcionalmente (2): y lo mismo se debe observar en los legados (3). Pero si el testador instituye quatro herederos, y á cada uno en quatro partes de la herencia, se ha de dividir esta en diez y seis, y llevar cada uno las quatro que dice el testamento (4).

9 Dividiendo el testador su herencia en mas de las doce onzas (*a*), ó partes en que el derecho la divide, v. gr. instituyendo á uno en ellas, y á otro en seis, llevará las dos terceras partes, el instituido en las doce, y el de las seis la otra tercera, ya nombre primero á éste, que á aquel, ó al contrario (5). Y si instituye á uno en las doce, y á otro en mas de las seis, v. gr. en ocho, diez, &c. y consta que quiso dividir su herencia en mas de las doce partes, decrecerá para el de las doce, por ser visto haber querido que no percibiese las que dexó al otro, ántes sí darlas á éste; y así en los casos propuestos, se dividirá en veinte, ó veinte y dos partes, segun sea la institucion, de las quales el uno llevará las doce, y el otro las

(1) Ley 14. cit. y ley 21. tit. 1. Partid. 6. ley Cum in secundo, ff. de Injusto, rupt. testam. ley Si jure, ff. de Legat. 3 ley Si quis priore 39 ff. ad Trebellian. y §. Posteriora, y §. sig. Instit. Quibus modis testam. infirm.

(2) Ley Interdum, §. 2. ff. de Hæredib. instituend y ley 17. verb. E aun decimos, tit. 3. Partid. 6. (3) Ley 33. tit. 9. Partid. 6. Gom. lib. 1. Var. c. 2. n. 3. y cap. 12. n. 20. (4) Ley 18. tit. 3. Partid. 6. Dicha ley Interdum, ley Item quod Sabinus, y ley Julianus, ff. de Hæredib. instituend.

(5) Ley 19. tit. 3. Partid. 6.

(*a*) Los Romanos dividian la herencia en doce onzas, ó sea partes iguales, y esto les obligaba á varias subdivisiones quando la division primaria no bastaba. En nuestras leyes de Partida se halla adoptada esta division que conserva el Autor religiosamente; pero segun nuestras actuales leyes la herencia se divide en el número de partes que conviene para cumplir la voluntad del testador que dá la norma en su testamento.

ocho, ó las diez. Y si á cada uno dexase doce, partirán por mitad toda la herencia, porque por el hecho de no dividirla el derecho en mas de doce onzas, ó partes: haber instituido el testador dos herederos, y dexado á cada uno las mismas doce, que son su total, es visto haber querido que éste decreciese para ámbos con igualdad, y por consiguiente que le heredasen por mitad (1).

10 Si el testador instituye, v. gr. quatro herederos en esta forma: *Pedro sea mi heredero en la parte primera, Juan en la segunda, Diego en la tercera y Pablo en la quinta*, se dividirá entre todos la herencia por iguales partes: y la razon es, porque en la expresion del numero mas parece haber impuesto órden á la escritura, que modo de distribuir sus bienes á sus herederos (2).

11 Nombrando herederos el testador en esta forma: *Instituyo á Pedro por mi heredero en la mitad de mis bienes, y Juan en la otra mitad*, y añadiendo luego. *Y en la misma parte que instituyo á Juan, sea heredero Francisco*; no se dividirá la herencia en tres partes iguales, sino que Pedro llevará la mitad de ella, y Juan, y Francisco la otra mitad con igualdad, porque las palabras del testador manifiestan haber querido que estos se reputasen por uno: que como conjuntos percibiesen, y dividiesen entre sí la mitad de su herencia: y que Pedro como único llevase la otra mitad (3).

12 Diciendo el testador en la institucion de esta suerte: *Nombro á Pedro, Diego, y Juan por mis herederos, al primero, al segundo, al tercero, y á qualquiera, y cada uno de ellos en todos mis bienes, y herencia*, es visto que quiso instituirlos con igualdad, y que el nombrado primero no tuviese mas derecho que el segundo, ni tercero: y así percibirá cada uno la tercera parte de la herencia (4); por lo que si en caso de duda fueren preguntados los testigos instrumentales, y dixeren que fueron instituidos, pero que no se acuerdan en quánta partes, se debe interpretar que lo han sido igualmente (5).

(1) Dicha ley Interdum. §. 4. y ley Cum quæstio 22. Cod. de Legat.
(2) Ley 14. ff. de Hæredib. instituend. (3) Ley 15. ff. de Hæred. instit.
(4) Ley 19. tit. 3. Partid. 6 verb. E si acaesciese, y ley Si quis haeredes 14. ff. de Hæred. instituend. Greg. Lop. en dicha ley 19. glos. 4. y 5.
(5) Decio cons. 252. n. 3. vers. Nec obstat. Mantic. de Conjectur. lib. 4.

13 Lo mismo procede, y se debe practicar quando alguno fué instituido heredero en alguna qüota, ó porcion de la herencia, y se duda en quánta, por no constar especificada: pues entónces se han de dividir los bienes del instituyente segun la mas verosimilmente de éste, que debe investigar prudentemente el Juez, regulando su arbitrio por la disposicion de las leyes (1).

14 Instituyendo el testador por su heredero á uno en la parte que en su codicilo, ó en su primer testamento le tiene señalada, si ningun señalamiento se encuentra en estos, se entiende excluido de su sucesion, y así nada percibirá. Y lo mismo procede, si le instituye en la que otro tiene nombrado al mismo testador, y se verifica que no hay tal institucion. Pero si este se refiere al tiempo futuro, v. gr. le instituye en la parte que le señalará en su codicilo, ó en otra cosa, ó instrumento, aunque se verifique que nada le señaló, llevará su herencia, porque se reputa instituido en toda; y si son muchos, la dividirán igualmente como instituidos sin partes (2).

15 Si el testador nombra á algunos por herederos de cierta finca, ó de otra cosa, ya sea en partes iguales, ó desiguales, y omite nombrar heredero del residuo de sus bienes, se entienden instituidos tambien en estos: y así se han de dividir con igualdad entre ellos; pero en la finca, ó cosa señalada llevarán las partes que les asignó (3). Lo mismo se ha de observar, si instituye á dos, al uno en una finca, y al otro en otra, ó en otra cosa determinada, y no dispone del resto de la herencia entre ellos, ni elige otros: bien que cada uno llevará además la cosa en que lo fué (4).

16 Pero si instituye á dos por herederos juntamente, v. gr. en una finca, y en otra cosa á otro solo, y no nombra mas herederos, ni dispone del resto de sus bienes, se debe distribuir

tit. 9. n. 4. Cravet. consil. 65. n. 4. (1) Mans. de Testam. valid. & invalid. tit. 6. q. 22. n. 1. Guerreir. de Division. lib. 5. cap. fin. n. 50.

(2) Ley fin. ff. de Bonor. posses. secundum tabul. ley Circa eos 2. y ley Si quis ita scripserit hæredem 36. ff. de Hæredib. instit. Ruin. lib. 2. cons. 176. n. 4. vers. ad idem facit. Menoch. lib. 4. præsumpt. 18. n. 7. Guerreir. ibi n. 54. y 55. (3) Ley 1. §. Si ex fundo 4. y ley Quotiens 9. §. Si duo sint 13. ff. de Hæredib. instituend. (4) Ley 14. palab. Otrosi decimos, tit. 13. Partid. 6. Ley Si alterius 10. y ley Ex facto 35. ff. de Hæredib. instituend. y ley 13. verb. Otrosi decimos, tit. 3. Partic. 6.

la herencia en dos partes, de las quales los dos llevarán la una por mitad, y además la finca en la propia forma, y el otro íntegramente la cosa en que fué nombrado, y la otra mitad de la herencia: excepto que el testador mande que todos le hereden igualmente, pues entónces se dividirá esta por terceras partes (1).

17 Y si instituye á dos, al uno por heredero en la tercera parte de una finca, ú otra alhaja; y al otro en las otras dos terceras partes de la misma finca, y no dispone del residuo de sus bienes, ni consta otra cosa de su voluntad, se entienden instituidos igualmente en el todo de ellos, como sin partes, y como si de la finca ninguna mencion hubiera hecho (2).

18 Repartiendo el testador su herencia entre tres, y dexando al uno la mitad, al otro la tercera, y al otro la quarta parte de ella, se ha de proceder en la particion por regla de proporcion, ó de *Tres*, para que ninguno sea perjudicado, v. g. importa la herencia doce mil reales, cuya mitad parece son seis, la tercera parte quatro, y la quarta tres; pero como seis, quatro, y tres componen trece, se debe girar la cuenta de esta suerte: si trece me dan doce mil, ¿quántos darán seis, quántos quatro, y quántos tres? Y se verá que ni la mitad son seis mil cabales, ni la tercera parte quatro mil, ni la quarta tres mil, y así ninguno resultará agraviado en su legítimo haber. Y lo mismo se practicará en otras instituciones semejantes de distintas porciones, ó qüotas (*a*). Y en quanto á cómo se ha de hacer la division quando el testador dexa alimentos á una muger preñada, diciendo: *que si pare hijo, lleve ocho partes de los frutos de sus bienes, ó de estos el hijo, y su madre quatro: y si hija, lleve esta quatro, y la madre ocho*, y luego nacen de aquel parto hijo, é hija; véase á Escobar (3), que siguiendo á *Mo-*

(1) Dicha ley 14. verb. E si por aventura el testador ficiese.
(2) Quotiens 9. §. 13. ff. de Hered. instituend. (3) Computat. 11.

(*a*) Lo mas facil es hacer de la herencia tantas partes quantos años señaló el Testador, y dar á cada uno las que dice el testamento. En el caso propuesto sobre la herencia que son doce mil reales, se hacen trece partes, esto es si se divide por trece se vera que cada una de las trece partes, en que el Testador dividió su herencia, es 923 reales $2\frac{6}{13}$ maravedis de modo que al uno le tocarán 5538 reales $15\frac{7}{13}$ maravedises, por lo que se le asigna con el nombre de mitad: al que se le señalo el tercio le corresponden $2769\frac{2}{13}$ reales $10\frac{5}{13}$ maravedises, y la quarta parta sera 2769 reales $7\frac{8}{13}$ maravedi.

ya (1), y la regla de compañía sin tiempo, explica cómo se ha de girar la cuenta sin irrogar perjuicio á los tres interesados; cuya regla se deberá observar tambien en otros casos y qüestas diversas que en derecho no están resueltos, ni tocados, por lo que están sujetos á la Arismética.

19 Eligiendo el testador por sus herederos á tres, ó mas extraños, y mejorando á dos de ellos, al uno en el tercio *de todos sus bienes*, y al otro en el quinto tambien *de todos*, y no diciendo qual se ha de deducir primero, parece que se deberá sacar ántes éste con arreglo á la ley 214. del Estilo, para que sea mayor, y tenga mas de que disponer por su alma, ó en lo que quisiere, segun se practica quando testa entre descendientes, como tienen creido algunos, por no haber visto esta ley. Pero no debe practicarse en estos términos ni tampoco baxarse ántes el tercio á pretexto de observar el órden de las palabras, excepto que lo mande expresamente el testador: Lo I, porque testando entre extraños, no se deducen del quinto los gastos de su funeral, misas, entierro y legados, como quando testa entre descendientes á menos que así lo preceptúe, sino del cuerpo de su caudal, observando lo dispuesto por derecho comun, en lo que no está corregido por el nuestro, segun he sentado en el cap. 1. de este libro §. 2. núm. 31. y 32. y en el 6 §. 3. n. 109. pues como la ley del Estilo habla solamente entre hijos, segun de su contexto inserto en el cap. 2. de este libro núm. 46. se reconoce, y aquí no hay que atender á legítima alguna, por ser libre el testador en disponer á su arbitrio de todos sus bienes, cesan las razones que militan quando dexa legítimos descendientes; por lo que no debe ampliarse á este caso, ni obrar la misma disposicion legal. Y lo II, porque de baxarse qualquiera de ellos primero, y del residuo el otro, sale perjudicado el interesado en este; pues no se verifica llevarlo íntegro *de todos los bienes del testador*, como este lo quiso, guardada proporcion. Tampoco debe deducirse el uno de ellos del total caudal líquido, y luego el otro tambien del mismo total, como si nada se hubiera deducido de él, pues será mayor absurdo, y clara injusticia, porque entonces se deduce este de cau-

(1) Arimet. lib. 3. cap. 3.

26 El III, y último punto de este parrafo (que es bastante obscuro, confuso, y delicado, porque muchas veces hay que recurrir á conjeturas, y los Autores suelen estar discordes por esta razon) se reduce á si los herederos instituidos por el testador, le sucederán, ó no igualmente, y á un própio tiempo, ó por órden sucesivo, y si por cabezas ó por ramas: y para su inteligencia digo á lo primero, que aunque nombre á muchos de grados distintos, v. g. *Si instituye á Pedro su amigo, y al hijo, y nieto de este*, deberán sucederle igualmente, y al mismo tiempo, y no por órden sucesivo, sin embargo de militar entre ellos diversos grados, y algun órden de naturaleza, y caridad: y la razon es porque por el hecho de instituirlos de esta suerte, se conceptúa que lo mismo amó á unos, que á otros (1).

27 Se amplía esto á los catorce casos siguientes: El I, no solo quando los instituidos fueron absolutamente extraños; sino aunque hayan sido consanguineos del testador, á quien á haber muerto intestado, heredarian, por recaer en ellos en órden de caridad, aficion y sucesion abintestato, pues sin embargo de que lo sean, si llama copulativamente á todos, y no hace distincion de las partes que cada uno ha de heredar, y quándo, le sucederán á un tiempo, y con igualdad sin diferencia (2).

28 El II caso es, quando nombró por sus herederos á su hermano, é hijo de éste, ó á él, ó á los de otro hermano muerto, pues se dividirá entre todos por iguales partes la herencia: porque quando la aficion del testador recae indistintamente en todos los instituidos, se contemplan llamados juntamente, y no por órden sucesivo (3). El III es, quando instituyó v. gr. á su hermano, y á algunos hijos de éste, llamándolos por sus própios nombres, pues sucederán tambien igualmente, y al mismo tiempo, y no por órden sucesivo (4); porque por el

filiarum 164. §. Partitionis, ff. de Verbor. significat. Greg. Lop. en la 16. tit. 3. Partid. 6. glos. 1.

(1) Gom. lib. 1. Var. c. 2. n. 4. vers. Sexto, & finaliter. Cras. in §. Inst. q. 20. n. 10. Harp. ad Clarum in §. Testamentum, q. 10 n. 3. Guerreir. de Division. lib. 5. cap. fin n. 7. (2) Mans. de Testam. valid & invalid. tit. 6. q. 16. n. 5. Facineo Controvers. lib. 12. c. 41. Guerreir. ibi n. 8.

(3) Guerreir. ibi n. 9. y 10. Men lib. 4. præsumpt. 70. n. 16. (4) Tern. in leg. Gallus §. Quidam recte, n. 15. in q. ff. de Lib. & posth. Guerr. ibi. n. 11.

hecho de llamar á estos por sus nombres, y no á los otros, es visto haberlos amado mas por algun motivo singular que á ello le impelia.

29 El VI es, quando instituyó á su hermano, y estricta y limitadamente, y con nombre apelativo á sus hijos, v. gr. si nombra solamente á los nacidos, sin embargo de que su madre estaba preñada, ó aunque no lo estuviese, se podia esperar por su edad, y aptitud para procrear, que pariese mas: ó quando nombra á los emancipados, no obstante que el padre tenia otros en su poder: pues sucederán con su padre igualmente, y no por órden sucesivo (1). El V, quando instituyó á su hermano, y á los hijos que entonces tenia, y no esperaba procrear mas (2). El VI, quando dixo: *Instituyo á mi hermano con sus hijos*, porque esta proposicion *con* es copulativa (3).

30 El VII es, quando hizo la institucion con palabras, que segun las reglas gramaticales no se pueden entender sucesiva, sino simultáneamente, v. gr. *Instituyo á mi hermano Pedro, y á sus hijos por mis herederos*: pues heredarán todos á un mismo tiempo, y no por órden sucesivo, porque la palabra *herederos* no conviene al hermano solo, sino tambien á sus hijos (4).

31 El VIII, quando instituyó á un tio suyo hermano de su padre, y á un primo hijo de otro hermano de éste, pues aunque el tio, y el hermano preceden al primo en la edad, y órden de la naturaleza y generacion, y abintestato lo excluyen de heredar, no obstante, en este caso serán admitidos igualmente á la herencia, y no por órden sucesivo, segun la prerrogativa del grado (5).

32 El IX, quando el testador instituyó á muchos sin nombrarlos por sus nombres, sino baxo del colectivo de muchas personas de un mismo grado: pues deben ser admitidos todos juntamente, y heredar por iguales partes, v. gr. *Instituyo á los hijos, ó hermanos*: porque entre estos no hay, ni se presume tenerles mayor afecto, y así como conjuntos se estiman por uno (6).

(1) Guerreir. ibi n. 12. Ternel. ibi. (2) Ternel. ibi n. 21. y 22. Guerreir. ibi n. 13. (3) Doctor. in §. *Quidam*. Guerreir. ibi n. 20. vers. *Secus erit*. (4) Ley *Codicillis*, §. *Sticho*, ff de Annuis Legat. Menoch. dicha præsumpt. 72. y lib. 4. n. 34. Guerreir ibi n. 22. (5) Cruz. dicha n. 3. Mas dicha quæst. 16. n. 6. Guerreir. ibi n. 23. (6) Mans. sup. n. 7. Guerreir. n. 24.

33 El X, quando instituyó á muchos por herederos con modo colectivo, y á otro solo con el distributivo, v. gr. *Instituyo a Francisco, y á qualesquiera hijos suyos por mis herederos*, pues es lo mismo que si á cada uno de estos nombrára, y llamára singularmente á la herencia: por lo que se dividirá igualmente entre todos (1). Lo qual procede, aunque los hijos instituidos con su padre estén emancipados (2). El XI, quando hizo la institucion llamando á uno, y á sus hijos, y prohibiendo que los bienes saliesen de la familia (3).

34 El XII, quando instituyó á muchos con nombre colectivo, y entre ellos á un tercero que estaba contenido baxo del mismo nombre, v. gr. *Instituyo á los hijos de Francisco, y á Antonio por mis herederos.* En cuyo caso si este es uno de los hijos de Francisco, sucederá en igual parte que los demás sus hermanos (4): y es la razon, porque quando se conoce el afecto, é inclinacion á los instituidos, y cae, y se dirige ácia ellos, se entienden llamados para heredar al própio tiempo, y no por órden sucesivo (5).

35 El XIII es la substitucion hecha á los substitutos por sus própios nombres expresos: pues como en este caso se presumen instituidos igualmente (6), se ha de dividir del mismo modo entre ellos la herencia (7). Y el XIV en los legados y fideicomisos, en los quales los instituidos, ó nombrados en partes no señaladas, son admitidos con igualdad (8).

36 Lo dicho en el n. 26. se limita lo I, quando el testador instituyó, v. gr. á su hermano, y á sus hijos, y esperaba que procreasse otros: pues le heredarán por órden sucesivo, porque se conceptúan llamados asi á la herencia, y se presume que no solo quiso llamar á los que entónces estaban nacidos, sino tambien á los que habian de nacer, para que ninguna diferencia hubiese entre todos (9).

(1) Jason in leg. Si quis testamento, ff. de Legat. 1. Menoch. præsumpt. 18. n. 7. y 16. Guerreir. ibi n. 28. 29. y 30. (2) Menoch. dicha præsumpt. 18. n. 36. al fin. lib. 4. (3) Menoch. dicha præsumpt. 18. n. 18.

(4) Menoch. ubi supr. n. 21. y 22. (5) Menoch. dicha præsumpt. 70. n. 16. lib. 4. (6) Ley Non nunquam 24. ff. ad Trebellian. (7) Menoch. dicha præsumpt. 18. n. 6. Fusar. de Substitut. quæst. 427. n. 1. y 2. Guerreir. dicho lib. 5. y cap. fin. n. 25. (8) Ley Legata inutiliter 19. §. ultim. ff. de Legat. 1. ley Cum, quæst. 23. Cod. de Legat. Guerreir. ibi n. 26.

(9) Guerreir. ibi n. 14.

37 Lo II, quando llamó á su hermano, y á sus hijos, y al tiempo que formalizó el testamento, ningunos tenia nacidos, pues se contemplan llamados tambien por órden sucesivo, porque como no los conocia, no es creible les profesase el amor que á su padre, ni por consiguiente que quisiese igualarlos á éste, para que á un própio tiempo heredasen con él (1).

38 Lo III, quando instituyó á su hermano, y á los hijos nacidos, y que habian de nacer de él (2): ó á sus hijos y descendientes: porque baxo del nombre de descendientes se comprehenden no solo los hijos sino los nietos, viznietos, y demás posteridad suya, hasta su extincion (3). O á sus hermanos, y los suyos, porque este nombre *suyos* comprehende lo mismo que el de hijos; y así en estos tres casos heredarán todos por órden sucesivo (4).

39 Lo IV se limita, quando nombró á su hermano, y á sus herederos, porque viviendo éste, no puede tener heredero en el efecto (5), y en el nombre genérico de *herederos* no solo se comprehenden el primero, sino los de éste, y demás que siguen (6). Lo V, quando instituyó á su hermano, ó á sus hijos, pues estos heredarán despues que su padre, porque la O es disyuntiva, y así impide que hereden juntamente con él (7).

40 Lo VI, quando instituyó á su hermano, y á sus hijos con palabras, que atendidas las reglas de gramática no pueden entenderse sino sucesivamente, v. gr.: *Instituyo por mi universal heredero á Pedro mi hermano, y á sus hijos*, pues estos deben heredar por órden sucesivo, que es despues de muerto su padre, porque la palabra *heredero* no conviene sino al hermano, que es uno, ni se extiende á los hijos que son muchos, sino por el órden expuesto (8).

41 Lo VII, quando son instituidos muchos *colectiva*, ó *copulativamente*, si de las palabras con que el testador hace la

(1) Guerreir. ibi n. 15. (2) Guerreir. ibi n. 16. (3) Covar. in cap. Raynutius, §. 2. n. 6. de Testam. Guerreir. ibi n. 17. (4) Menoch. dicta præsumpt. 18 n. 16. Guerreir. ibi n. 18. (5) Ley Qui superstitis, ff de Acquirend. hæredit. (6) Ley Hæredis appellatione, ff. de Verbor. significat. Guerreir. ibi n. 19. (7) Ley Cum pater, §. penult ff. de Legat. 2. DD. in dict. §. Quidam recte. Guerreir. ibi n. 20. (8) Decio, consil. 215. n. 2, vers. Prima respondit. Guerreir. ibi n. 21.

institucion, se colige haber querido que los que no acudiesen todos á un propio tiempo, sino por órden sucesivo, v. gr. *Instituyo á Pedro, y á su hijo y heredero*, y entonces muriendo el hijo tiene: pues en este caso es visto que el hijo, y heredero que llegue á tener, han de heredar por órden sucesivo (1).

42 Lo VIII, quando son nombrados por herederos muchos, entre los quales no solo media el órden de edad, caridad y sucesion, sino que concurre la necesidad de sus frutos, v. gr. si el hijo, y nietos lo son por la misma cópula: pues siéndolo por alguna palabra mas conyuntiva, v. gr. *juntamente*, sucederán igualmente, y no por orden sucesivo (2).

43 Y lo IX y último, se infiere la referida conclusion, quando son instituidas varias personas, entre las quales cae el órden de caridad, y por alternativa son llamadas á la sucesion (3). O son llamados muchos, el uno por su própio nombre, y sus descendientes por una diccion, ó palabra colectiva de muchos grados; v. gr. *Instituyo á Pedro, y á sus hijos y descendientes* (4). O quando se hace la institucion por un nombre colectivo que comprehende diversas personas y grados, v. gr. si el testador instituye á la familia, y á los agnados, hijos y descendientes, en cuyos casos serán admitidas por órden sucesivo, segun la prerrogativa del grado (5).

44 En quanto á si sucederá por cabezas ó por ramas (acerca de lo qual toqué algo en el cap. 7. de este libro desde el n. 67. hasta el fin) digo que si el testador instituye muchos herederos, al uno simplemente por su própio nombre, y á los demás con modo colectivo, ó baxo la coleccion de muchas personas que no descienden de él, no heredarán todos con igualdad, ántes bien el instituido por sí solo, y por su própio nombre, llevará la mitad de la herencia, y todos los demás juntos la otra mitad, que dividirán entre sí igualmente, v. gr. si dice: *Instituyo á Pedro, y á los hijos de Juan por mis herederos. O Pedro sea mi heredero, y Juan y Francisco sean mis here-*

(1) Cras. in §. Institutio, quæst. 20. n. 5. Guerreir. ibi n. 27.
(2) Mantic. de Conjectur. lib. 4. tit. 9. n. 19. Mans. quæst. 16. n. 19. y 25. Gom. lib. 1. Var. cap. 2. n. 4. Conc. part. 1. Var. cap. 8. n. 97. Guerreir. ibi n. 32. y 33. (3) Mans. ibi n. 28. Guerreir. ibi n. 34.
(4) Cras. dicha quæst. 20. n. 24. Mans dicha quæst. 16. n. 29. Guerreir. ibi n. 35. (5) Guerreir. ibi n. 36. Mantic. ibi. Mans. ibi n. 30.

deros. Y la razon es, porque todos los conjuntos se reputan por una persona, y no ocupan mas que un lugar, y el disyunto por sí solo otro, y por lo mismo debe llevar tanto como todos los demas (1). Y lo mismo procede quando es hermano del testador el instituido solo, que abintestado debe heredarle, y los instituidos colectivamente son hijos de este hermano; bien que acerca de éste hay variedad de opiniones (2).

45 Se limita lo expuesto en el número inmediato, quando el testador añade á la institucion alguna diccion, ó palabra, por la qual se conoce que quiso heredasen todos uniformemente, v. gr. si dice: *Instituyo á Pedro, y á los hijos de Juan por mis herederos en iguales partes*, en cuyo caso heredarán todos con igualdad. Lo qual se entiende, excepto que sean instituidos en diversas oraciones, v. gr. *Instituyo por mi heredero á Pedro, y á los hijos de Juan instituyo tambien por mis herederos en iguales partes, ó igualmente por estirpes.* En estos casos sin embargo de la palabra que al parecer los hace conjuntos, llevará Pedro la mitad de la herencia, y los otros la otra mitad, porque la diccion *por iguales partes* apela sobre los hijos de Juan, y los une entre sí, y no á Pedro con ellos (3).

§. II.

Cómo se ha de dividir la herencia entre los substitutos de herederos legítimos y extraños; y si la condicion puesta en la institucion se entiende, ó no repetida en la substitucion.

46 Ya que en el cap. 1. de mi primera parte, n. 92. y siguientes expliqué con bastante extension para instruccion del Escribano la substitucion de herederos, y modo de ordenar sus cláusulas: conviene que explique tambien (por si se le ofreciere hacer particion) cómo se ha de dividir la herencia del instituyente, ó substituyente entre los substitutos que elige.

(1) Leyes Attius 11. Interdum 13. y Liber homo 20. §. Titius, ff. de Hæredib. instituend. ley Si pater, ff. de Vulgar. & pupillar. substit. y ley Si quis Titio, ff. de Usufruct. accrescend. Guerreir ibi n. 28. y 29. Mans. dicha quæst. 20. n. 15. Mans. ibi n. 11. Menoch. ibi n. 15. (2) Fred. dicho §. n. 16. al fin, lib. 1. (3) Nat. ibi n. 16. Cras. dicha quæst. 20. n. 16. Mans. dicha quæst. 16. n. 12. Guerreir ibi n. 29.

Y procediendo á su exposicion, digo que si el testador nombra á uno por su heredero, y lo substituye, es visto que tiene la misma aficion al substituto que al instituido, y no se presume que ama mas al uno que al otro (1); por lo que la parte, ó porcion que dexa en la institucion, se entiende repetida en la substitucion, y así se debe aplicar al substituto tanta quanta en la institucion fué señalada al instituido, v. gr. si en la tercera parte de la herencia lo fué alguno, y el testador lo substituyó para en el caso de que muriese sin llegar á heredarle, se debe aplicar al substituto la misma parte que el instituido llevaria á no haber premuerto (2). Lo qual ha lugar tambien en la substitucion fideicomisaria, pues ésta se declara por la institucion precedente (3).

47 Se entiende lo expuesto, excepto que otra cosa se colija de la mente del testador (4); por lo que si instituye por heredera en cierta cantidad á una hija, y por universales herederos á sus hijos varones, y manda que si alguno de ellos muriere, lleven los demás su parte, no es visto ser llamada la hija en la substitucion, porque por haber amado mas á los varones por el hecho de instituirlos sus universales herederos, se presume verosimilmente que los amó mas tambien en la substitucion (5). Y si instituye v. gr. á Pedro y Juan, y á sus hijos, y Pedro muere, dexando algunos hijos, no pueden éstos llevar mas que su padre llevaria si viviera, porque no se presume que el testador les profesó mayor afecto (6).

48 Al modo que la substitucion se declara por la institucion precedente, y la voluntad del testador se colige de probables congeturas: del mismo modo un grado de substitucion

(1) Ley Publius 36. ff. de Conditionib. & demonstration.

(2) Ley 3. tit. 5. Part. 6. ley Qui liberis, §. fin. y ley Si plures, ff de Vulgar. & pupillar substitut. ley Quoties, ff. ad Senatus consult. Trebellian. ley 1. Cod. de Impuberum & aliis substitutionib. y §. Institut. de Vulgar. substitut. (3) Decio in dict. leg. 1. n. 7. vers. Quarto ampliatur, & ibi Curt. Junior. Socin. consil. 66. n. 4. y consil. 15. n. 33. vol. 3.

(4) Ley fin. col 2. vers. Juxta hoc quæro, ff. ad Trebellian.

(5) Ley Lucius, §. Pater, ff ad Trebellian. Authent. Hoc amplius, Cod. de Fideicommiss. dicha ley 1. Cod. de Impuberum. Paul. de Castr. consil. 123. vers. Viso testamento. Decio, consil. 547. n. 7. Greg. Lop. en la ley 3. tit. 5. Part. 6. glos. fin. (6) Alex. consil. 66 Mantic. de Conjectur. tit. 1. n. 20. lib. 5. Decio, consil. 186. col. penult. n. 4.

declara otro grado (1). Lo qual procede, y se entiende, á ménos que entre la institucion, y substitucion se patentice militar diversidad (2); y así la cláusula puesta al fin de las substituciones se refiere á todos los grados, quando no se dá, ó señala razon de diferencia, por lo qual se debia referir mas á uno que á otro (3).

49 Procede tambien lo referido en la substitucion pupilar (4): por lo que si el testador la hace de esta suerte: *Qualquiera que sea mi heredero, lo sea de mi hijo menor de 14 años*: Llevarán los substitutos la porcion en que el ménor fué instituido (5). Y si dice: *Qualquiera que sea mi heredero, y Pedro lo sean de mi hijo impúbero*: Y los herederos instituidos á mas del hijo pupilo son dos, dividirán la herencia por terceras partes, como que con Pedro son tres. Y si fuesen tres, por quartas partes, falleciendo el pupilo en edad de no poder testar. Pero si dice: *Pedro juntamente con sus hijos, y Diego sean mis herederos*: En este caso como por naturaleza el padre, y sus hijos se entienden por una persona, y están nombrados copulativamente, llevará la mitad de la herencia, y Diego la otra mitad (6).

50 Teniendo el padre quatro hijos, los dos púberos de la muger primera, y otros dos de la segunda, uno púbero, y otro impúbero: instituyéndolos, igualmente, y substituyéndolos, para que hereden al impúbero en caso que fallezca en la edad pupilar: muerto el testador, y aceptada su herencia por todos, si fallece luego abintestato sin sucesion uno de los dos hermanos hijos de la primera muger, y despues el pupilo en la edad pupilar, ¿se duda cómo heredarán á éste su hermano entero púbero, y el otro medio hermano consanguíneo, que heredó tambien á su hermano entero: y si éste llevará dos partes, una por sí, y otra por su hermano difunto, ó solamente una por sí? Y se responde que llevará

(1) Dicha ley Lucius, y §. Pater, y ley Qui liberis, § fin. citat. Castill. lib. 2. Controvers. cap. 4. n. 37. (2) Mantic. dicho tit. 1. n. 22.

(3) Cravet. consil. ult. n. 14. Mascard. conclus. 1346. ex n. 11. al 15. lib. 3. de Probation. Mantic. ibi n. 23. (4) Ley 1. & ibi DD. Cod. de Impuberum, & aliis substitutionib. y § substituuntur, Instit. de Pupillar. substitution. (5) Ley Qui liberis, §. Hac verba, y ley Ex facto, §. ultim. ff. de Vulgar. & pupillar. substitution. (6) Ley fin. Cod. de Impuberum cit.

únicamente la parte que por sí le corresponde, y el pupilo heredó de su padre; y no la que á vivir su hermano difunto llevaria éste, porque por haber premuerto al pupilo, no adquirió derecho á ella; y así no le aprovecha la que heredó de su hermano entero, para efecto de percibir la que le tocaria del pupilo, si le hubiera sobrevivido (1).

51 Lo qual se entiende, ya sean nombrados los substitutos por sus própios nombres, ó por apelativo. Bien que algunos afirman que si lo fueron por sus nombres própios, heredarán con igualdad (2), porque en duda se presume que la substitucion fué hecha con nombres apelativos (3). Pero en los legados no se atiende esta diferencia de nombres própios, ó apelativos (4).

52 Quando el testador instituye á uno por su heredero, y lo substituye, nombrando por substituto á su hermano con sus hijos, deben concurrir éstos, y el hermano á un própio tiempo, porque la palabra *Con* liga, y ata mas que la conyuntiva *Y* (5), segun dexo sentado en el n. 29. y así el padre llevará la mitad de la herencia, y sus hijos la otra mitad (6); y éstos no heredarán mas, porque como fueron llamados con modo colectivo, se reputan por una persona (7). Lo qual se entiende, excepto que el testador diga que los substituye igualmente, ó que los nombre por sus própios nombres, diciendo: *Substituyo á Pedro mi hermano, y á Diego, Juan y Francisco sus tres hijos.* Pues entónces sucederán igualmente (8).

53 Instituyendo el testador tres, ó quatro herederos, y

(1) Ley Si plures, y ley Qui liberis al fin, ff. de Vulgar. & pupillar. substitution. Mantic. de Conjectur. lib 5. tit 10. (2) Mascard. conclus. 1346. vol. 3. DD. in leg. 1. Cod. de Impuberum, & aliis substitutionib. Gregor. Lop. en la ley 3. tit. 5. Part. 5. glos. 3. (3) Ley Sed si plures cit.

(4) Ley unica, §. Sed ut manifestius, & ibi Bart. Cod. de Caducis tollend. Alex. y Jason en la 1. Cod de Impuberum, & aliis substitutionib.

(5) Ley Si quis Titio, ff. de Usufruct. accrescend. Doctor. in leg. Gallus, §. Quidam recte, ff de Liber. & posthum. (6) Boer. decis. 185. n. 16. Alex. consil. 55. vol. 4. Menoch. præsumpt. 18. n. 15 lib. 4.

(7) Ley Liber homo, y ley Titius fundi, ff de Heredib. instituend. ley Si hæredes nominatim, ff de Legat. 1. Imol. in leg. Interdum cit.

(8) Doctor. in leg. 1. Cod. de Impuberum, & aliis substitutionib. Alex. consil. 55. cit. Aflict. decis. 309. Ternel. in dict. §. Quidam recte, & ibi Rub. n. 48.

para despues de la muerte de todos substituyendo otros dos, ó tres; si muere qualquiera de los instituidos, deben ser admitidos por iguales partes los substituidos á heredar lo que cupo á éste en la particion con los demas herederos, y de esta parte se ha de adjudicar á cada uno la suya, porque los instituidos no parecen substituidos recíprocamente, sino llamados á heredar su parte proporcional, segun los que son (1). Y lo própio milita quando fué hecha la substitucion al último que muriese de los herederos, pues el substituto heredará á éste, y no los coherederos (2).

54 Todo lo qual se entiende, excepto que los instituidos sean personas, que segun la verosimil mente del testador excluyan á los substitutos, v. g. quando instituye á sus hijos, y descendientes, y les da por substitutos á extraños, pues es presumible que amó mas á sus hijos, y descendientes y que quiso anteponerlos á los extraños; por lo que muerto alguno, ó algunos de aquellos sin sucesion, les sucederán sus hermanos, ó los nietos del testador que los sobrevivan, porque se conceptúan recíprocamente substituidos. Lo qual se verifica en los descendientes, y tambien en los transversales entre sí, pues pueden suceder abintestato á su coheredero (3).

55 Si el testador para despues de la muerte de todos los herederos que instituyó, nombró por substitutos del último que falleciese, á algunos en toda la herencia, ó bienes que les dexó, se conceptúa haber recíproca substitucion entre los mismos instituidos; por lo que la parte, y porcion de los que van muriendo, se ha de dividir entre ellos á prorrata, segun fueron instituidos (4); y la razon es, porque el último

(1) Angel. in leg. Si pater impuberes, vers. Et iste textus, ff. de Vulgar. & pupillar. substitution. & ibi Paul. de Castr. vers. ult. Angel. in leg. Pater filium, §. Duobus, vers. Sequitur, ff. ad leg. Falcid. & ibi Imol. in verb. Substituit, super glos. & Alex. vers. Tertio casu. Paul. ibi al fin. Menoch. consil. 85. n. 45. lib. 1. y consil. 3. n. 24. lib. 4.

(2) Ley Vel singulis 37. ff. de Vulgar. & pupillar. substitution. ley Titia, §. Sejo, §. Sejo libertis, ff. de Legat. 2. Menoch. presumpt. 62. n. 41. lib. 4. (3) Socin. in leg. Hæredes mei, §. Cum ita, vers. Aliquando, & tertio, ff. ad Trebellian. Curt. consil. 16. Paul. consil. 431. y 432. lib. 1. Covar. in cap. Raymundus, de Testam. §. 8. n. 8. Menoch. dicha presumpt. 62. num. 35. (4) Ley 3. tit. 5. Part. 6. dicha ley Titia, § Sejo, y §. Sejo, y §. Et si disparibus, Institut. de Vulgar. & pupillar. substitution. Part. y Bald. in ley Vel singulis, ex loi Paul. de Castr. ff. eod. tit. Covar. ibi n. 2.

gravado á restituir toda la herencia no puede hacer la restitucion, á ménos que proceda la substitucion recíproca, sin la qual no viene á recaer en él, y por este defecto esta imposibilitado de restituir; y así es visto que el testador quiso substituir á todos, á fin de que la herencia llegase al substituto del último que falleciese.

56 En el cap. 1. de mi primera parte, n. 209. con mas extension en el 6. de este libro §. 2. traté de las condiciones que el testador puede imponer en las herencias, y legados. Procedo ahora á explicar si la condicion puesta al heredero instituido, se entenderá, ó no repetida en el substituto, y pasará á él; y digo que regularmente no pasa, ántes bien se entiende instituidos puramente, excepto que en él se repita (1). Y para la mas clara inteligencia de lo expuesto, digo: que quando la condicion causal fué puesta nominada, restrictiva y personalmente al instituido: v. g. *Instituyo á Pedro por mi heredero, y le doy por substituto á Juan, y quiero que el mismo Pedro me herede, si tal nave viniere de la América.* En este caso no se juzga repetida la condicion, porque con estas palabras respectivas, y personales significa el testador que quiere imponerla solamente al primer heredero, y no al segundo, porque la impuesta á cierta persona no se entiende á otra, ni estima repetida en ella segun derecho (2). Lo próprio milita quando se impone á cierto grado, ó persona ya nombrada, v. g. *Instituyo á Juan por mi heredero, si tal nave regresare de la América; y del mismo Juan doy por substituto á Pedro.* Y quando fué puesta al heredero instituido, el qual de otra suerte fué substituido por fideicomiso; v. g. *Instituyo á Juan y si falleciere sin hijos varones, substituyo á Pedro, y de este doy por substituto á Francisco.* Pues entónces se entienden nombrados activa, y no pasivamente, y substituidos vulgarmente en el fideicomiso. Pero quando la condicion casual fué puesta á todos los grados, y llamados en el testamento así por institucion como por substitucion, v. g. si el testador dice: *Instituyo, y substituyo á todos mis herederos; si tal nave viniere de la América.* Se juzga repetida, y que todos son nombrados de

Menoch. ibi n. 1. (1) Leyes 73. ff. de Hæredib. inst. y 39. ff. de Condition. & demonst. (2) Ley Quæ conditio 39. ff. de Condition. & demonstration. insert.

mismo modo, porque la condicion mira á todos los grados, y personas. Si la condicion potestativa coherente á la persona fué puesta al heredero instituido, no se presume repetida en el substituto, v. g. diciendo el testador: *Instituyo mi heredero á Juan; si se casáre con Maria, y le doy por substituto á Pedro.* Pero si la que no es coherente á la persona (como la que consiste en dar) fué puesta al instituido, v. g. *Instituyo á Juan, si diere cien pesos á Antonio, y del mismo Juan nombro por substituto á Pedro.* Se entiende repetida en el substituto, y por consiguiente impuesta á Pedro la que se impuso á Juan. Y si la condicion, y gravamen se imponen despues de los grados de institucion, y substitucion, comprehenden á los instituidos, y substitutos, y se presumen juntos, y repetidos en todos, y en cada uno (1).

§. III.

Quándo se acrecerá, ó no á alguno de los herederos extraños instituidos la parte de herencia que los otros repudiaron, y no quisieron heredar, ó por otro motivo quedó vacante.

57 La materia de que intento tinturar al contador en este párrafo, es el *derecho de acrecer*, y el *de no decrecer*, que aunque hoy se usa poco en estos Reynos de Castilla (*a*) porque rara vez ocurre motivo para ello por el modo con que se ordenan las instituciones de herederos, no le dañará entenderlo, por si se le ofrece algun caso. El de *acrecer*, ó *aumentar* es un derecho de retener, u obtener, y conseguir la parte deficiente del conjunto, del que dexa de concurrir al percibo de la herencia (2). Un derecho, por virtud del qual la parte no

(1) Menoch. lib. 4. præsumpt. 178. (2) Ley Qui es duabus, §. 1. ff. de Acquirend. hæredit. y ley unica, §. Si vero, Cod. de Caducis tollend. Spin. in Speculat. glos. 5. n. 9. Richard. in §. Si eadem res, Instit. de Legat. n. 27. & in Relection. ad tit. de Acquir. hæredit. cap. 29. n. 6. Cano. part. 3. Var. cap. 22. n. 2 y 3.

(*a*) Poquisimas veces ocurre, segun nuestra actual Jurisprudencia, el exercicio de estos derechos de acrecer y de no decrecer, y siempre es con arreglo á la voluntad del testador, lo que debe servir solamente de norma. Con todo se ha dexado la doctrina de este párrafo para que se entiendan los Autores que tratan esta materia si ocurre algun caso.

aceptada, ó la que fué, y despues se repudia, ó falta, y caduca, se acrece y comunica á la aceptada, ó á la persona que la aceptó, y la tiene por suya (1).

58 Y el derecho de *no decrecer*, ó no disminuir es aquel, en fuerza del qual la porcion, ó parte no aceptada por uno de los conjuntos, que es llamado á la herencia, ó legado, queda en el otro conjunto que tiene la otra parte, por lo que no decrece la que le toca, y retiene la del coheredero, ó legatario que no concurre; de suerte que todo queda en él, pero á concurrir el otro, se dividirá entre los dos, v. g. diciendo el testador: *Lego á Pedro, y Juan tal finca: ó los instituyo por mis herederos.* Si se inspecciona la propiedad de las palabras, es llamado cada uno solo al legado, ó herencia; pero si despues concurren ámbos á ésta, ó á aquel, se dividirá con igualdad entre ellos (2).

59 Se diferencian el derecho de acrecer, y el de no decrecer: Lo I, en que á los que vienen por el de acrecer no se acrece contra su voluntad la porcion del que no la quiere. Lo que es al contrario á los que vienen por el de no decrecer, pues aquel, á quien desde el principio se dexó el todo, no puede aceptar, ó repudiar parte, sino el todo, ó nada: y de no hacerlo, no será admitido (3). Lo II, en que los que vienen por el de acrecer, están obligados á aceptar la parte deficiente, ó defectuosa con su gravamen, y cargas, y á sufrir éstas; y los otros no (4). Y lo III, en que el de acrecer tiene lugar entre los conjuntos en la cosa; y el de decrecer entre los que lo son en la cosa, y palabras, ó solamente en éstas (5). Y quáles se llamen así, y quándo se dice de-

(1) Leyes 2. y 4. ff. de Usufruct. accrescend. ley Si servus communis, §. fin. ff. de Acquirend. hæredit. ley Si ex pluribus, ff. de Legitim. hæredib. Petr. Gregor. part. 3. Sintagm. jur. lib. 46. cap. 11. n. 2.

(2) Ley Mœvio al princip. vers. Totus, ff. de Legat. 2. ley Conjunctim, ff. de Legat. 3. ley Legata inutiliter, §. fin. ff. de Legat. 1. ley Cum quæstio, Cod. de Legat. ley Si separatim, vers. Totus, ff. de Condition. & demonstration. ley unica, §. Ubi autem, Cod. de Caducis tollend. §. Si eadem res, Institut. de Legat. y ff. Si plures, instit. Hæredib. instituend. Canc. ibi, n. 4. Petr. Greg. ibi n. 3 (3) Dicha ley unica, y §. Ubi autem, ley Si minor 25. annis, ff. de Acquirend. hæredit. ley Neminem, ff. de Legat. 2. y ley Cum fundus, ff. de Conditionib. & demonstrationib. Jason, in leg. Re conjuncti, n. 5. ff. de Legat. 3. (4) Ley unica, y §. cit. vers. fin. y §. Pro secundo.

(5) Dicha ley y §. Petr. Greg. ibi n. 4.

fectuosa, ó caduca la parte que se ha de acrecer, lo explicaré desde el n. 78. al 89.

60 Tres son las razones inductivas de este derecho, ó las causas por qué se estableció: La I, para que el testador no muera en parte testado, y en parte intestado (1) (*a*). La II, para que el heredero represente en todo al difunto como debe: y si son muchos, todos, y cada uno por su parte; pues de no acrecérsele los demás bienes del testador, sería representado pareial, y no totalmente éste (2). Y la III, porque esta institucion se amplía, y estiende virtualmente á los bienes de que el testador no dispuso, á fin de que el heredero particular, ó instituido en una cosa sola, se vea, y estime instituido simple, y universalmente en todos, como si de la señalada no hubiese hecho mencion el instituyente (3).

61 Para la mas perceptible inteligencia de este derecho, y que el contador sepa quando habrá, ó no lugar, procederé con distincion de casos. Caso 1.° Instituyendo el testador á un extraño por heredero en cierta qüota, ó cosa particular, y falleciendo sin nombrar heredero universal, ni disponer del residuo de sus bienes, debe percibir éste el instituido en aquella, no por derecho de acrecer, sino por virtud, y extension de la institucion, del mismo modo que si en todos lo hubiera sido, porque el que lo es en cosa cierta sin haber otro coheredero, se entiende serlo universal segun derecho (4). Y si nombra coheredero del resto de sus bienes, los llevará, y

(1) Ley Jus nostrum 7. ff. de Regul. jur. (2) Ley Hæres, y ley Hæreditas, ff. Usucapion. ley Hæres quoque, ff. de Acquirend. hæreditar. ley Cum à matre, Cod. de Reivindication. ley 2. Cod. de Hæreditar. actionib. y ley 2. §. fin. & ibi glos. ff. de Prætor. stipulation. Gom. lib. 1. Var. cap. 10. n. 8. y 9. (3) Ley 1. §. Si ex fundo, ff. de Hæredib. instituend. Salic. & Imol. in leg. Quotiens, Cod. eod. tit. (4) Ley 14. tit. 3. Part. 6. dicha ley 1. §. Si ex fundo, ley Quotiens 9. §. Si duo, ley Si alterius 10. ley Ex facto 35. vers. Ita igitur, ley Si quis ita scripserit 36. al fin, y ley Si ita quis hæres 66. ff. de Hæred. instituend. ley Quotiens 13. Cod. y §. Hæreditas, vers. Et si unum, Instit. eod. tit. Covar. in cap. Raynutius, §. 1. n. 9. Card. de Jure accrescend. illat. 25. n. 41. Ayllon ad Gom. lib. 1. Var. cap. 2. n. 22. y 23. y cap. 10. n. 10. Gratian. regal. 357. n. 3.

(*a*) Esta primera razon es tomada absolutamente del derecho y sutilezas romanas, que son el principal fundamento de todo el párrafo actual. Lease el número que sigue, y se formará idea de lo que vale esta razon para nosotros.

el instituido en cosa cierta se entenderá legatario de ella solamente. Previniendo que si el coheredero universal es instituido baxo de condicion, no puede el instituido en cosa cierta ocupar, ni apoderarse de los demás bienes de la herencia, pendiente la condicion (1).

62 Si el testador no solo no dispone del resto de sus bienes, ni nombra coheredero universal, sino que prohibe expresamente, ó manda que no se acrezcan, ni los lleve el instituido en cosa cierta, ¿se duda si no obstante esta prohibicion, se le acrecerán? Acerca de lo qual hay dos sentencias diametralmente opuestas, la una dice que vale la prohibicion, y se vicia la disposicion: y que por consiguiente se estimará haber muerto abintestato por la perplexidad, y repugnancia que incluye de querer que el heredero perciba cierta parte de sus bienes, y que no lleve los demás, ni se le acrezcan, respecto no dexarlos á otro (2).

63 Y la otra (que es la mas segura, y corriente) afirma que sin embargo de la prohibicion se le acrecerán por necesidad de derecho, porque el testador no puede prohibir, ni impedir que las leyes tengan fuerza, y vigor contra su disposicion, ni contra el derecho de acrecer, para que no muera en parte testado, y en parte intestado, ni su voluntad tiene virtud contra ellas (3): y porque todo pacto, ó protestacion contra la naturaleza, y substancia del acto no lo vicia, ántes bien el mismo pacto es el viciado (4); y así en este caso se vicia la prohibicion, y no la principal institucion, y disposicion (5).

54 Lo qual se entiende, quando el heredero fué instituido por palabras directas, v. g. diciendo el testador: *Nombro, ó instituyo por mi heredero en tal cosa á Juan.* Y se limita:

(1) Rota apud Farinac. part. 1. decis. 265. n. 9. Surd. de Aliment. tit. 2. quæst. 15. n. 98. Ayllon, dicho cap. 10. n. 10. vers. Item adde quod cum y Item adde quod si quis. (2) Ley Quotiens, ff. de Hæred instituend. y ley Si Titius, ff. de Conditionib. institution. (3) Ley 32. tit. 9. Part. 6. ley Nemo potest 55. ff. de Legat. 1. y ley Si ita quis hæres 74. ff. de Hæredib. instituend. glos. in leg. Si servus communis ab extero. ff. de Acquirend. hæreditat. (4) Ley Cum precario 12. ff. de Precario. (5) Ley Si ita quis hæres 74. ff. de Hæred. instituend. Imol. en la l. 8. Si ex fundo, ff. cod. tit. Gom. lib. 1. Var. cap. 10. n. 10. vers. Quæro tamen, y n. 11. vers. Tamen prima opinio, & ibi Ayllon n. 10. y 11.

Lo I, si lo fué por palabras obliquas, v. g. *Dexo, ó lego á Juan tal cosa*, ó por otras semejantes; en cuyo caso se reputa por mero legatario, mas no, si estas palabras *dexo, ó lego* apelan, ó recaen sobre la universidad de bienes, v. g. *Dexo, ó lego á Juan mis bienes.* Pues inducen institucion directa, y es lo mismo que si dixera: *Instituyo, ó nombro á Juan por heredero de mis bienes.* Y lo II, quando el testador le dió coheredero universal en el residuo, ó en qüota cierta de sus bienes, en cuyo caso se estima tambien como mero legatario: y así los llevará el coheredero, á ménos que éste repudie la herencia, ó muera sin haberla percibido, pues entónces viene á ser como si no hubiera sido instituido; por lo que se acrecerá al que lo fué en cosa cierta, para que el testador no muera en parte testado, y parte intestado (1).

65 Siendo muchos extraños instituidos desigualmente en cierta qüota, ó parte de bienes, y no habiendo coheredero universal, se acrecerá á cada uno el resto de ellos á proporcion de lo que en la qüota le toca (2); lo que al contrario siéndolo en cosa cierta particular, y cada uno en diversa porcion de ella, pues entónces los demás bienes se acrecen a todos con igualdad, sin atencion al valor de la parte señalada á cada uno en la cosa, bien que de ésta percibirá la que le señaló expresamente el testador; y la razon es, porque el legado de la cosa, y la qüota, ó parte asignada á cada uno en ella, se detrae de derecho de la institucion, como si de ella ninguna mencion se hiciera, y por eso todos se gradúan instituidos simplemente, y como tales con igualdad (3).

66 Caso 2.º Instituyendo el testador á algun extraño por heredero universal de todos sus bienes, si éste admite, ó acepta alguna cosa, ó parte de su herencia, es visto aceptarla toda: y así conseguirá las demás partes, no por derecho de acrecer própia, y rigorosamente, sino por el de la institucion, y por la verdadera disposicion, y expresa voluntad

(1) Gom. ibi n. 12. y 13. y cap. 2. n. fin. & ibi Ayllon n. 22. hasta el fin. (2) Ley Quamquam, Cod. de Testament. milit. & ibi DD. ley Sed si plures, ff. de Vulgar. & pupillar. substitution. y ley 1. Cod. de Impuberum, & aliis substitutionib. (3) Ley Quotiens 9. §. Si duo, y ley Si alterius 10. ff. de Hæred. instituend. y ley Quotiens 13. Cod. eod. tit. Gom. dicho cap. 10. n. 14.

del difunto (1); y la razon es, para que sea representado éste en el todo, y no en parte solamente (2): y porque la aceptacion de la herencia consiste en el animo: y quando el heredero hace acto, ó gestion, que con arreglo á derecho no puede practicar sino como tal, es visto conformarse con éste, y aceptar en el todo la herencia. Y lo própio milita, quando es sucesion universal, abintestato, y acepta solamente una parte de ella (3).

67 Lo explicado en el n. inmediato procede, y há lugar en seis casos: El I, no solamente quando es instituido simple, y universalmente, sino por partes distintas, y separadas, v. g. en una cláusula, y oracion en la mitad, tercera, quarta, quinta ú otra parte, ó quota, y en otra, ú otras cláusulas en el residuo de la herencia, pues entónces admitiendo la una, es visto admitir las demás, y así se le acrecen (4).

68 El II, aunque en una parte sea instituido puramente, y en otra á cierto dia, ó con condicion; pues admitiendo la pura, se constituye heredero igualmente de la condicional, que ha de recaer en él con el tiempo, ya se cumpla, ó no la condicion; y así en vano es esperar el cumplimiento de ésta, respecto á que nada obra, ni impide la adquisicion que es necesaria, pues siendo eventual, la suspende solamente (5).

69 Pero si en la parte condicionada tuviere substituto, se debe esperar el cumplimiento de la condicion, pues no verificándose, la llevará éste, y si se verifica, toca al heredero, al qual se acrecerá sin nueva aceptacion, mediante haber aceptado la parte pora. Y aunque se verifique despues de su muerte, la llevará su heredero, y no el substituto, no por virtud de la institucion condicional, porque ésta no es trans-

(1) Ley 1. y ley Si ex asse 10. ff. de Acquirend. hæredit.
(2) DD. in dict. leg. 1. (3) Ley Pro Hærede 20. y ley Scrit. 88. ff. de Acquirend. hæreditat. y ley Si avia 6 y ley fin. Cod. de Jure deliberand.
(4) Ley 2. ff. de Acquirend. hæreditat. y ley Quidam ch. 20. 20. Cod. de Jure deliberand. & ibi DD. (5) Ley Cum hæres, §. fin. ff. de Acquirend. hæredit. y ley Si quis ita scripserit, ff. de Hæredib. instituend. & ibi DD. Gom. dicho cap. 10. n. 17. Gevell. quæst. 807. n. 3. Mascard. litter. A. conclus. 45. n. 6. Mantic. de Conjectur. lib. 12. n. 19.

misible, sino por la del derecho de acrecer despues que la condicion se verificó (1).

70 El III, aun quando el tal heredero acepte una parte, y repudie expresamente la otra, pues se constituye heredero por el todo y por derecho de acrecer consigue la repudiada; y lo mismo procede en los legados (2).

71 El IV, sinembargo de que el heredero instituido en partes diversas, ó separadas, tenga substituto vulgar en la que quiere repudiar, pues aun entónces si aceptó la una, no puede repudiar la otra, ántes bien ya quiera, ó no, debe llevarlas ámbas (3), y la razon es, porque el difunto debe ser representado en el todo uniformemente, y con la misma qualidad, y no con qualidades diversas, ó contrarias en su representacion, como lo son los grados de institucion, y substitucion (4).

72 El V, aunque el tal heredero sea substituto pupilar de un hijo del testador; pues una vez que admitió la herencia por haber fallecido el hijo en la pupilar edad, no puede repudiarla despues (5). Y el VI, en el hijo respecto de su lelegitima, pues no puede admitirla sola, y repudiar los demás bienes (6).

73 Caso 3.° Instituyendo directamente el testador á dos, ó mas extraños por sus herederos, ó sucediéndole abintestato como parientes suyos, si el uno acepta su parte, y el otro repudia la suya, ó por haber premuerto, ú otro motivo falta su persona para poder percibirla, se acrece al aceptante (7).

(1) Ley 53. ff. de Adquirend. hæredit. & in ea, glos. & DD.

(2) Glos. in leg. 2. ff. de Acquirend. hæredit. Gom. ibi n. 19. Connan. Comentar. lib. 10. cap. 8. n. 6. Pichard. in Relection. tit. de Acquirend. hæreditat. cap. 28. (3) Ley 8. ff. de Adquirend. hæred. (4) Ley Si solus, ff. de Acquirend. hæredit. & ibi DD. Gom. dicho cap. 10. n. 20. Duaren. de Jure accrescend. cap. 3. Gutier. in leg. unic. Cod. Quando non petentium partes, n. 10. (5) Ley Quidam, elogio 20. Cod. de Jure deliberand. Fusar. de Substitution. pupillar. quæst. 151. Pichard. dicho cap. 28. n. 75.

(6) Bart. en la ley Gerit, ff de Acquir. hæred. col. 6. n. 22. Gom. dicho n. 20. vers. Quinto extende. Ceball. quæst. 711. ex n. 3. Pichard. ibi ex num. 57. (7) Ley 9. ff. de Suis & legit. hæredib. ley Hæredes sine partib. 63 y ley Si ita quis hæredes instituerit 66. ff. de Hæredib. instituend. ley Hæc scriptura, §. 1. ff. de Conditionib. & demonstrationib. ley Servus communis 67. ff. de Acquirend. hæreditat. y ley Testamento jure facto 6. Cod. de Impuberum, & aliis substitutionib.

74 Lo qual se entiende, no habiendo substituto nombrado por el testador, como lo dice la ley 18. tit. 6. Part. 6. en las palabras: *Pero quando dos omes fuesen establecidos en uno por herederos, y el uno de ellos otorgase que lo queria ser, é el otro non la quisiese, non habiendo substituido, decimos que éste que la entró, en su escogencia es de tomar la parte del otro, é debe toda la heredad, ó dexar la suya, que habia entrada.* Pues habiéndolo, es preferido al conjunto (1), por ser mas poderosa que el derecho de acrecer no solo la substitucion expresa, sino tambien la tácita (2). Y la razon es, porque el substituto vulgar viene á heredar por própia y expresa voluntad del testador, y el conjunto por la tácita y presunta (3).

75 No solo milita, y se entiende lo expuesto en la substitucion vulgar expresa, sino en la tácita comprehendida en la pupilar, por lo que si el testador instituye dos, ó mas hijos suyos por herederos, de los quales el uno es impubero, y lo substituye pupilarmente, y repudia su parte de herencia, ó por otro motivo falta, la llevará el substituto por virtud de la substitucion vulgar comprehendida tácitamente en la pupilar, y no el coheredero, ó conjunto por el derecho de acrecer (4).

76 Lo mismo que queda sentado en el número precedente, procede quando en testamento perfecto instituye muchos herederos, y los substituye mútua ó recíprocamente; pues si los unos admiten sus partes ó porciones, se les acrecen las de los que repudian las suyas; y así deben aceptarlas, ya quieran, ó no, porque el derecho de acrecer ha lugar tambien entre los instituidos, y mútuamente substituidos (5).

77 Procede tambien lo expuesto en el n. 66. en los fideicomisos universales; por lo que si el testador instituye á uno por

(1) Ley Æquissimum 2. §. Si duo 8. ff. de Bonorum posses secundum tabul. ley penult. ff. de Injusto rupto testament. Authent. Hoc amplius, Cod. de Fideicommiss. y ley unica, §. In primo, y §. Pro secundo, Cod. de Caduc. tollend. (2) Dicha ley 2. y §. Si duo, y ley unica, §§. cit.

(3) Ley Hæredes 1. y ley Si in testamento 5. ff. de Vulgar. & pupil'ari substitution. (4) Ley ultim al fin, Cod. de Hæredib. instituend. Gom. dicho cap. 10. n. 36. ex vers. Et in tantum hoc est verum. Sr. Larrea, decis. 61. Cancer. part. 3. Var. cap 3. n 228. (5) Dicha ley Testamento 6 Cod. de Impuber. & aliis substitution. ley unic. cit. §. 10. ley unic. Cod. Quando non petentium partes, ley 1. Cod. de Successorio edict. ley Si quis hæres 35. ff. de Acquirend. hæreditat. y ley Si ex plurib. ff. de suis, & legitim. hæredib.

heredero con la obligacion y gravámen de restituir la herencia á dos ó mas, y uno de éstos repudia su parte, no la llevará el fiduciario, (que es el instituido, y gravado á su restitucion) ántes bien pasará al fideicomisario conjunto que aceptó la suya (1); y no solo procede entre los conjuntos instituidos, sino tambien aun quando entre ellos ninguna conjuncion haya (2).

78 Y para que el contador sepa quáles se llaman en derecho conjuntos, y de quántas maneras lo son, y quáles no: debo advertirle que unos lo son con conjuncion *real* y *verbal*, que es en la cosa, ó herencia, á cuyo goce son llamados, y en las palabras: otros lo son solamente *en la cosa*: y otros *en las palabras*: y otros omnimodamente *disyuntos* ó separados. *Conjuntos real y verbalmente son*, y se llaman los que el testador instituye simplemente por sus herederos ó legatarios en una misma cláusula, y oracion sin asegurarles la parte ó porcion que han de percibir de la herencia ó legado (3).

79 *Conjuntos* solamente *en la cosa* son aquellos, á quienes el testador dexa una misma herencia ó legado en diversos periodos ó cláusulas, v. gr. si en una dice: *Instituyo á Juan por mi heredero.* Y despues en otra: *Instituyo á Pedro por mi heredero.* Pues como dexa la herencia á cada uno de por sí separadamente, y ninguno puede titularse, ni entenderse heredero universal, porque dos ó mas no pueden ser dueños por el todo: de necesidad se deduce que deben dividirla, y concurrir á su percibo por mitad: y por consiguiente que son *conjuntos en la cosa* solamente, ya que en las palabras, ó modo de ser instituidos fueron separados, y en distintas cláusulas nombrados al goce y obtencion de la misma cosa (4).

80 *Conjuntos solo en las palabras* se llaman aquellos á quienes el testador en una misma cláusula ú oracion instituye, (ya

(1) Ley Filius familias 114. §. Divus Severus, ff. de Legat. 1. y dicha ley unica, §. 11. Cod. de Caduc. tollend. Gom. dicho cap. 10. num. 23. (2) Ley unica, §. His ita definitis, Cod. de Caducis tollend. (3) Ley Re conjuncti, ff. de Legat. 3. ley Triplici 142. ff. de Verbor. significat. & ibi glos. & DD. ley Unica, y §. His ita definitis cit. y §. Si eadem res, Institut. de Legat.

(4) Ley Re conjuncti cit. y ley Conjuncti, ff. de Legat. 3. ley Triplici cit. dicha ley unica, §. His ita definitis, y §. Ubi autem legatarii, Cod de Caduc. tollend. ley 1. §. Interdum, ff. de Usufruct. accrescend. y § Si eadem res cit. Gom. dicho cap. 10. n. 24. vers. Conjuncti re tantum. Menchac. de Succession. progres. §. 21.

sea, ó no igualmente) por sus herederos ó legatarios, señalando á cada uno, y separandole con ellas la parte ó porcion que ha de percibir de la herencia ó legado, y no simplemente, sin señalarsela, v. gr. diciendo: *Instituyo á Juan y Francisco por mis herederos en partes iguales.* Pues éstos por ser instituidos en una misma cláusula y oracion, se llaman *conjuntos en las palabras*; y por no serlo simplemente en quanto al percibo de la herencia, sino en diversas y separadas partes ó porciones aunque iguales, no se gradúan, ni titulan conjuntos en la cosa (1).

81 Y sinembargo de que quando el testador hace la institucion con igualdad, parece no hay diferencia entre los conjuntos en la cosa, y palabras, ó en estas solamente, pues aunque no diga: *Por iguales partes ó porciones*, se entiende por derecho, porque en los contratos, sentencias, y últimas disposiciones la conjuncion *y*, puesta entre las personas, divide igualmente entre estas los efectos de la disposicion (2): no obstante, como falta la division del hombre, y solo interviene la de la ley, no se llaman conjuntos en la cosa y palabras, como quando hace simplemente la institucion.

82 Y omnímodamente, ó del todo disyuntos y separados son aquellos á quienes el testador dexa la herencia, ó legado en diversas cláusulas y oraciones, y en distintas y separadas partes ó porciones, v. gr.: *Instituyo á Juan por mi heredero en la mitad de mis bienes ó herencia, y á Pedro en la otra mitad* (3).

83 Se amplía lo explicado en el núm. 66. aunque los herederos conjuntos, ó disyuntos resistan, ó no quieran percibir aquella parte que falta, por estar gravada, ó por ser repudiada, ó por otro motivo; pues si han aceptado la suya, deben aceptar tambien la otra (4) Y la razon concluyente es, porque los

(1) Ley Si ita quis hæredes 66. ff. de Hæredib. instituend. y ley Re conjuncti cit. ibi: *Item verbis, non etiam re: Titio, & Sejo fundum pro æquis portionibus do, lego.* (2) Ley Reos, §. Cum tabulis, ff., ley Si mihi, & Titio, ley Stipulatio ista, §. Alteri, vers. Eum, qui, y ley Eum, qui, ff. de Verbor. obligation ley Si quis testamento Titio, ff. de Legat. 1. ley Si pluribus, ff. de Legat. 2 ley Paulus 43. ff. de Re judicat. ley Si non singuli 1. Cod. Si plures una sententia, y ley Si fundus hipothecæ 16. §. Si duo 8. ff. de Pignorib. Gom. ibi n. 26. (3) Ley Et Proculo, ff. de Legat. 2. glos. fin. in leg. 1. §. fin. ff. de Usufruct. accrescendo, Gom. ibi n. 25. vers. Omnimodo vero disjuncti. (4) Ley unic. Cod. de Caduc. toll. Ley 53. Qui ex duabus, §. 1. ff. de Adquir. hæred.

herederos deben representar necesariamente en el todo al difunto: si son muchos, cada uno por su parte, y todos juntos por el todo: y si es uno solo, en el todo (1): y esta representacion no puede hacerse en parte, y en parte no, porque así como el hombre no puede estar naturalmente vivo en parte, y en parte muerto; así tampoco por la ficcion de la ley, que imita a la naturaleza, puede ser representado en parte, y en parte no, pues lo que es imposible naturalmente, lo es fictamente (2). Y no solo debe ser representado como quiera, sino uniformemente, y con la misma qualidad, y no otra; porque al modo que estando vivo no recibe qualidades diversas, ni contrarias, tampoco muerto debe recibirlas en su representacion (3). Bien que aunque la parte repudiada, ó defectuosa se acrezca por derecho al aceptante, que resiste percibirla: no obstante, si este quiere repudiar la que aceptó, para que no le compelan a admitir la otra, puede; pero de no, la ha de tomar precisamente (4).

84 *Herencia caduca* es aquella que del legítimo heredero pasó al extraño (5): y como la caducidad puede verificarse en todo, ó parte de ella, y quando son dos, ó mas los instituidos, deseará saber el Escribano de quántas maneras se induce, para su instruccion digo, que la parte que se ha de acrecer al conjunto, se puede llamar defectuosa ó caduca de tres modos: el I, quando se tiene por no escrita, v. gr. si el testador instituye por sus herederos á dos ó mas, de los quales el uno ya habia muerto naturalmente al tiempo del testamento: pues su porcion se acrece al otro, y se estima del própio modo que si no hubiera sido instituido (6). Y lo mismo procede si estaba muerto civilmente, v. gr. por haber sido deportado, ó condenado a mi-

(1) Ley Hæres, & Hæreditas, ff. de Usucapion. ley Cum à matre, Codic. de Reivindication. ley 2. Cod. de Hæredit. action. ley 2. §. fin. ff. de Prætor. stipulation. ley Pacto successorum 26. Cod. de Pact. ley Neque æquam 1. Cod. Si certum petatur, ley Et quæ, ley Licet, y ley Hæredes, 6. An ea stipulatio, ff. Familiæ erciscund y ley 2. ff. de Verbor. obligat. (2) Ley Gallus, § Si ejus, & ibi glos. & communis opinio, ff. de Liber. & posthum. ley Lex Cornelia al fin ff. de Vulgat. & pupillar. substitution. y ley 3. ff. Pro socio.

(3) Ley Eum qui ædes, ff. de Usucapion. Aretin. in leg. 1. ff. de Acquirend. hæredit. col. 2. (4) Ley Cum hæreditas, ff. de Acquirend. hæreditat. y ley 18. tit. 6. Part. 6. Glos. cap. 10. cit. numer. 27. vers. Unde dico.

(5) Rubios in Dictionar. ad Nebrijam ff. C. ante A. verb. Caducus.

(6) Ley unica, §. Et cum triplici modo, y §. Primo itaque, Cod. de Caduc. tollend.

nas, ó cárcel perpetua (1): ó si era Religioso profeso de San Francisco, que nada puede poseer, ni heredar; pues su parte se tiene por no escrita, y se acrece al coheredero (2); ó si era hijo indigno, é incapaz de heredar, aunque sin delito personal, (como sucede á los nefarios, y demás espurios) y paladinamente fué instituido, en cuyos casos tambien se tiene por no escrita su parte, y se acrece al conjunto coheredero en defecto de substituto, pues este es preferido como expresamente llamado por el testador á su obtencion, y el conjunto por tacita voluntad suya, y derecho de acrecer, por lo que entrará despues del substituto, si este no la quiere, ó falta, ó no puede obtenerla (3); y faltando uno y otro, pasa á los herederos abintestato del instituyente (4).

85 Pero si clandestina, ú ocultamente instituye al indigno, v. g. nombrando á otro, y encargándole reservadamente que entregue aquella parte al hijo incapaz de heredar, se le debe quitar, y aplicar al fisco; y no al conjunto (5). Y lo própio milita quando por delito del instituido falta su porcion, pues tampoco pertenece al conjunto, ni á los herederos abintestato abinstituyente, sino al Fisco (6).

86 Y para mayor inteligencia de lo expuesto en el n. 34. digo: que si el testador dexa su herencia al que es incapaz absolutamente de suceder en ella, v. g. al Religioso ó convento de San Francisco, ó al que está muerto, se gradua por nula la institucion: es lo mismo que si no se hiciera, y se tiene por no escrita (7), y así debe pasar á los herederos abintestato del instituyente, no habiendo conjunto, ó substituto, del mismo modo que si no hubiera semejante institucion (8). Pero si la dexa al indigno, no sucederá lo própio, porque éste es capaz de do-

(1) Ley Si in metallum 3. ff. de His quæ pro non scriptis habentur, ley 1. y ley Quo loco 20. §. fin. ff. de Hæredib. instituend. (2) Arg. Clementin. Exhibi, de Verbor. signification. (3) Arg. Authent. Quibus modis naturales efficiunt. sui, cap. final, collat. 7. y Authent. Ex complexo, Cod. de Incestis & inutilib. nupt. (4) Ley Non intelligitur, §. Si quis pallam, ff. de Jure Fisci.

(5) Ley in fraudem, ley Hæres, y ley Eum qui tacitum, ff de His quæ ut indign. y ley 1. y quasi todo el tit. ff. de Jure Fisci. (6) Ley Si Titio 7. ff. de Legat. 2. ley Aufertur, ff. de Jure Fisci, & utrobique, y ley Hæreditas, C. de His quibus ut indign. Gom. dicho cap. 10. n. 26. y 30.

(7) Ley 1. Cod. de Hæredib. instituend. y ley 25. ff. de Acquirend. vel omitend. hæred. (8) Portugal. de donat. part. 3. cap. 29. n. 3. y 8. y otros que cita.

minio, aunque el Fisco le prive de él en pena del delito, y puede suceder, y adquirir no obstante que está privado de retener lo que adquiere; lo qual no milita para con el incapaz, pues este no puede adquirir, ni tener lo adquirido (1). De lo qual se sigue que la herencia dexada al incapaz, se queda en el estado que tenia ántes de la institucion: y el testamento en que ésta se hizo, en el en que se hallaba ántes de hacerla, y con el vigor que tendria, si no la contuviese, y por consiguiente no puede ser caduca, ni erecticia: caduca, porque en su principio fué nula; y erecticia, por carecer de delito, y no ser indigno el instituido, pues el derecho de suceder por virtud de los testamentos, y el de poderlos romper, tienen tanta estrecha conexion, y coherencia entre sí, que el que no puede suceder por ellos, carece de potestad para romperlos (2), como expuse en el núm. 2. y se sigue tambien que para llamarse caduca con propiedad la herencia, ha de ser dexada al que puede adquirirla, y despues por su muerte civil ó natural, ó por no aceptarla, no la obtuvo, pues si es incapaz de adquirir al tiempo de la institucion, será nula ésta, y no habrá caducidad de herencia, sino nulidad de institucion. Que si es dexada al indigno con delito personal, la llevará el Fisco, y no el conjunto, ni los parientes del instituyente: y si no cometió delito, se acrece al conjunto en defecto de substituto, y á falta de estos la llevarán los herederos abintestato del testador, excepto en el caso propuesto en el n. 85. pues entónces toca al Fisco por el fraude que cometió el instituyente, en dexársela clandestina, ú ocultamente en cabeza de otro.

87 El II modo es, quando aquella parte ó porcion se hace, y constituye quasi caduca, v. g. por haber instituido el testador por herederos á dos ó mas, de los quales el uno vivia al tiempo de la institucion, pero estaba muerto al de su fallecimiento; en cuyo caso se acrece al coheredero, como si en todo lo hubiera sido solo (3).

88 Y el III es quando caducó, v. g. por haber instituido

(1) Cujat. in lib. 6. Cod. tit. 24. ibi: *Indignus est capax jure, incapax effectu: incapax vero est incapax jure, & effectu.* (2) Ley Suus haeres, Cod. de Repud. haredit. ley Si post mortem, §. Liberi, ff. de bonor. posses. contra tabul. Sr Molin. de primogen. lib. 2. cap. 9. num. 42. y 43. (3) Ley unica, §. Pro secundo, Cod. de Caduc. tollend.

dos ó mas herederos, de los quales el uno estaba vivo no solo al tiempo del testamento, sino al del fallecimiento del testador, pero despues repudió su parte, ó murió sin aceptarla; en cuyo caso no pudo transmitirla, ó transferirla á sus herederos, porque por la repudiacion, ó falta de adicion no la hizo suya, y así se acrece al coheredero conjunto (1).

80 Pero siendo mas de dos los coherederos, ¿quál será preferido en este derecho? Y digo que al modo que en la sucesion abintestato obtiene prelacion la doble ó geminada conjuncion ó vínculo de la sangre: quiero decir, que el hermano ó hermanos enteros, se prefieren á los medios hermanos (2), segun he sentado en el cap. 7. de este libro, nn. 40. 41. y 57.: del mismo modo los conjuntos real y verbalmente, prefieren al que en una de estas dos cosas lo es solamente; por lo que si el testador en una misma cláusula, y oracion instituye por sus herederos á Pedro y á Juan, y en otra á Diego: y uno de los dos primeros repudia su parte, ó por alguno de los motivos expuestos falta ó caduca, se acrece al otro, y no al Diego, porque los primeros son conjuntos real y verbalmente, que es en la cosa, y palabras, y el segundo no lo es mas que realmente, que es en la cosa, ó herencia, y por tácita, y presunta voluntad del testador se conceptúa predilecto, y primeramente llamado á la obtencion de la parte vacante (3).

90 De lo expuesto en el número inmediato se deduce: Lo I, que si el testador instituye á uno, v. g. á Pedro, y á sus hijos, ó á los de otro heredero que nombra: (en cuyo caso Pedro se estima instituido en la mitad, y sus hijos, ó los del otro heredero en la otra mitad (4), á menos que entre ellos medie el órden de caridad y necesidad, pues entonces es visto instituirlos por órden sucesivo, y no simultáneo (5), v. g. si instituye á un hijo suyo próprio, y á los de éste, que son sus nietos), y uno

(1) Ley Si ex pluribus, ff de Suis, & legitim. hæredib. y dicha ley Unica, §. In novissimo, y §. Cum autem, Cod. de Caduc. tollend. (2) Ley 5 al fin, tit. 13. Part. 6. Authent. Itaque mortem, Cod. Communia, de Succession. Authent. Cessante, Cod. de Legitim. hæred. Authent. de Consanguineis, & uterinis fratribus, cap. 1. §. 1. collat. 6. (3) Ley Re conjuncti 89. vers. Præfertur, ff de Leg. 3. (4) Ley Interdum, ff. de Hæred. instituend. y ley Si quis Titio, ff. de Usufruct. accrescend. (5) Glos. fin. in leg. Gallus, §. Quidam recte, ff. de Liberis, & posthum. & ibi DD.

de los hijos, y herederos llamados colectiva y copulativamente, repudia su parte, ó por otra causa falta, se acrece á los otros hijos y herederos juntamente llamados, y no á Pedro instituido por sí solo; porque aunque todos son conjuntos real y verbalmente; pero lo son con mayor conjuncion los hijos y herederos, por ser llamados no solo juntamente, sino con modo colectivo (1).

91 Se deduce lo II, que si alguno fallece abintestato dexando un hijo vivo, y nietos hijos de otro hijo premuerto, (al que suceden representativamente) y uno de estos nietos repudia su parte, ó por otra causa falta, se acrece á sus hermanos, y no á su tio hermano de su padre, porque aunque todos son llamados, y conjuntos con conjuncion legal por el abintestato, mediante la disposicion de la ley, son no obstante mas conjuntos entre sí los nietos, por estar llamados con modo colectivo: estimarse por uno: ocupar todos un lugar: y ser parientes mas propincuos; y así procede entre ellos el derecho de acrecer por naturaleza de la sucesion, para que se observe la prerogativa del grado de parentesco que ocupan (2).

92 Y se deduce lo III, que si el padre fallece dexando dos ó mas hijos de una muger, y otros dos, ó mas de otra, y uno de ellos repudia su parte, y de otra suerte falta: parece deberá acrecerse solamente á los hermanos germanos, porque se juzgan conjuntos entre sí con doble vinculo y conjuncion, y no á los medio hermanos (3). Pero sinembargo no será así, pues todos serán admitidos á su percibo, y á todos se acrecerá con igualdad, porque respecto de la sucesion paterna todos son igualmente conjuntos. Y aunque es constante que muerto uno de ellos, son preferidos los hermanos germanos, y le suceden, segun los textos citados, y otros: esto se entiende en la herencia que ya tienen adquirida, y es suya própia, mas no en la que no adquirieron, y les proviene por sucesion, y derecho de acrecer de la persona de su padre, pues entónces todos son

(1) Ley Re conjunct. col. 7. vers. Secundo principaliter, y col. sign. n. 30. Jason. ibi col. 33. n. 121. Crot. col. 14. n. 46. (2) Sr. Castill. de Usufruct. cap. 48. n. 39. y sign. Cancer. part. 3. Var. cap. 22. ex n. 32. (3) Authent. Cessante, y Authent. Post fratres autem, Cod. de Legitim. hæredib. y Authent. Itaque mortuo, Cod. Communia de Succession.

admitidos, y se les acrece con igualdad, porque respecto de su padre todos son igualmente conjuntos (1).

93 Lo própio milita en la substitucion *breviloqua*; por lo que si el padre teniendo hijos de mugeres, los substituye mútuamente, y la parte del uno es repudiada, ó caduca, no se contemplan instituidos en ella, y llamados solamente los hermanos enteros, sino indistintamente todos los habidos, y procreados en ámbas mugeres (2). Y lo mismo sucede en la *pupilar*, pues substituyéndolos pupilarmente, y muriendo alguno en esta edad, le sucederán igualmente por virtud de ella todos los hermanos enteros, y medios sin preferencia (3).

94 Siendo conjuntos dos ó mas en las palabras, v. g. quando el testador dice: *Instituyo á Pedro y Juan por mis herederos en iguales partes.* Y otro en la cosa, ó herencia, porque en otra cláusula, y oracion dice simplemente: *Instituyo á Francisco por mi heredero*, (en cuyo caso todos se conceptúan instituidos por terceras partes): si uno de los dos primeros repudia su porcion, ó por otro motivo falta, ó caduca, parece por una parte que se debe acrecer al conjunto en las palabras: Lo I, porque la conjuncion verbal se causa por la própia, é inmediata voluntad del testador, y la real por la unidad y socidad de la cosa (4). Y lo II, porque los mere conjuntos verbalmente se reputan una misma persona, y cuerpo (5). Y por otra parte parece debe obtener la prelacion el realmente conjunto, y no el verbal, porque viene por derecho de no decrecer: y así á primera vista ecupo llamado á toda la herencia, ó cosa *absolutamente*, porque por concurrir con otros no lleve mas que una parte, si falta la de alguno, retendrá la suya, y obtendrá la de éste, porque al parecer le asiste derecho mas poderoso que á él (6).

95 Pero sinembargo de todo lo expuesto (que muchos han

(1) Gom. lib. 1. Variar. dicho cap. 10. n. 31. vers. Sed in hoc contrarium. Sr. Cov. Pract. cap. 38. n. 2. Matienz. en la ley 5. tit. 8. lib. 5. Rec. glos. 1. n. 10. (2) Ley 1. Lucius, ff. de Vulgar. & pupillar. substitut. col. penultim. quæst. fin. & ibi DD. Gom. cap. n. y vers. cit. (3) Aretin. in dict. leg. Lucius, col. fin. Sr. Covar. y Gom. locis citat. Menoch. præsumpt. 75. ex n. 8. lib. 4. Ayllon ad Gom. in dict. n. 31. (4) Arg. leg. In conditionibus primum locum, ff. de Condition. & demonstration. (5) Arg. leg. Plene 34. al principio, ff. de Legat. 1. y ley unica, §. His ita definitis 10. vers. Hoc ita tamen variæ, Cod. de Caducis tollend. (6) Arg. leg. unic. cit. §. Ubi autem legatarii.

creido y seguido) ninguno de los dos se preferirá al otro, ántes bien serán admitidos ámbos igualmente al percibo de la parte defectuosa, ó vacante: Lo I, porque como en virtud de la institucion, y por voluntad del testador tienen ámbos en el afecto iguales partes en la herencia, les debe tocar por la própia razon, y voluntad la misma porcion en la vacante en virtud del derecho de acrecer. Y lo II, porque en derecho no está dispuesto que uno prefiera al otro, ni que una conjuncion tenga mas vigor que la otra (1).

96 Concurriendo un conjunto de qualquiera de los tres modos explicados, y otro omnímodamente disyunto, será preferido aquel á éste. Y si todos omnímodamente disyuntos, ninguno obtendrá la prelacion; por lo que se dividirá entre todos la parte vacua, ó caduca (2). Y la razon es, para que el testador no muera en parte testado, y en parte intestado, la qual tiene bastante virtud y eficacia para inducir el derecho de acrecer en la sucesion por testamento.

97 Muerto uno de los herederos instituidos despues de haber admitido su parte de herencia, ó ántes que espire el tiempo legalmente concedido para su admision; si el coheredero ántes ó despues de la muerte del otro repudia la suya, ó por otro motivo falta, se acrece á los herederos del muerto (3): Lo I, porque las razones inductivas del derecho de acrecer expresadas en el n. 60. versan, y tienen lugar en este caso, para que el testador no muera en parte testado, y en parte intestado. Lo II, porque este derecho tiene su tendencia á la parte admitida, y á su qualidad; y así la defectuosa la sigue, y se le acrece, y ámbas se consolidan, y constituyen de una misma qualidad y naturaleza. Y lo III, porque quando la porcion, ó lucro se defiere inmediatamente á alguno por la ley, se transfiere á sus herederos, aunque no la haya aceptado (4).

(1) Ley 66. ff. de Hæred. instituend. Gom. ibi n. 31. vers. Sed his non obstantibus. Ayll. ad Gomez, ibi. (2) Ley 63. ff. de Hæred. instituend. Gom. ibi n. 33. y 34. Cancer. part. 3. Var. cap. 22. n. 176. Duaren. de Jure accrescend lib. 2. cap. 4. Menoch. de Succession. creation. § 10. n. 152. Sr. Castillo de Usufruct. dicho cap. 48. n. 39. y sig. (3) Ley Si ex pluribus, ff. de Suis, & legitim. hæredib. y ley Hæc scriptura. §. 1. ff. de Conditionib. & demonstrationib. y ley unic. y §. His ita definitis cit. (4) Ley Edicto Divi Trajani 13. §. Ad hæredes 4. ff. de Jure Fisci. Gom. dicho cap. 10. n. 35. Man-

93 El derecho de acrecer se transfiere, y pasa á los herederos, por lo que si el heredero á quien compete, ó puede competir, fallece despues de aceptada su parte, ó dentro del tiempo en que puede transmitirse, entónces ya sea repudiada, ó defectuosa la del coheredero ántes ó despues de la muerte del aceptante, se acrece, y transmite á los de este (1). Y las razones son: La I, porque las inductivas del derecho de acrecer tienen lugar en este caso. La II, porque este derecho mira á la parte aceptada, y su qualidad; por lo que la defectuosa, ó repudiada despues, la sigue, y se constituye de una misma naturaleza, y qualidad, y se le acrece y consolida con ella (2). Y la III, porque quando la parte, ó lucro se defiere inmediatamente por la ley, se transmite á los herederos, aunque no esté aceptada (3).

tic. de Conjectur. lib. 4. tit. 5. n. 13. art. 7. y tit. 12. n. 16 Gutier. in leg. unic. Cod. Quando non petentium partes. (1) Ley Si ex plurib. 9. ff. de Suis, et legit. hæredib. Dicha ley Hæc scriptura y ley unic. §. His ita difinitis cit. ibi. *Etiam si jam defuncti sint, acquiratur*, y §. fin. Iastit. ad Orphitian.

(2) Ley Si totam, ff. de Acquirend. hæredit. y ley Si Titio al fin, ff. de Usufruct. (3) Dicha ley Edicto, y §. Ad hæredes. Gom. lib. 1. Var. cap. 10. y n. 35. dichos & ibi Ayllon. adiccion. al Gom. lib. 1. Var. cap. 10.

CAPITULO IX.

POR QUÉ CAUSAS SE PUEDEN IMPUGNAR, Y rescindir las particiones; y quándo habrá, ó no lugar á la eviccion de los bienes de la herencia ó legado.

§. I.

Por qué causas se pueden rescindir, y anular las particiones de bienes de difunto.

1 Hecha la particion judicialmente ya sea por los peritos electos por las partes, ó por los partidores nombrados públicamente en donde los hay, y presentada al Juez de la testamentaría del difunto debe darlas traslado de ello, para que estando arreglada, la consientan, y si no lo está, deduzcan los errores, y agravios que contenga, aunque juntos no lleguen á la sexta parte del total de su respectivo haber; y tambien se les debe comunicar al mismo fin, siendo mayores, quando la hacen los contadores que elige el testador para que la executen; y siendo menores, á sus tutores, ó curadores, bien que aunque estos la consientan en sus nombres, podrán aquellos decir de agravios de ella dentro de los 4 años siguientes á los 25 de su edad, como en el núm. 16. diré. Y así lo mismo es que la aprueben, que no, si los contiene; pues ni la permision concedida á los testadores para que los nombren, ni su nombramiento les dá facultad para agraviarlos, ni les priva de usar de su derecho, porque todo esto sería iniqüo, y solo sirve para libertarlos de gastos inútiles, y perjuicios que se les irrogarian procediéndose judicialmente. Si la consienten, ha de proceder á su aprobacion; pero si alguna dice de agravios, debe comunicarlos á las otras, á fin de que expongan lo que las convenga, los quales consistiendo en hecho, se han de ventilar en via ordinaria; y si en derecho, debe el Juez decidirlos en vista de lo que aleguen, porque en materia de derecho no hay prueba que hacer, por estar resuelto en él lo que debe determinar; y de la sentencia que profiera, puede apelar el agraviado dentro de los cinco dias legales en la forma regular; y hasta que se executoría, y deshace el agravio, no se expide,

ni debe expedir á los interesados el testimonio de su respectiva adjudicacion.

2 Por varias causas se pueden impugnar, y rescindir las particiones: La I, siendo hechas ante Juez del todo incompetente, é improbable (1); cuya nulidad se puede alegar en todo tiempo, pues es tan grande, que impide la execucion, aunque sea de tres sentencias conformes (2); y no solo se anula la sentencia, sino todo lo obrado ante él (3), lo qual no se puede subsanar, ni aun por rescripto del Principe.

3 La II causa por qué se pueden impugnar las particiones, y alegar su nulidad, es por defecto de citacion de los interesados, cuyo defecto como que tiene su tendencia á la defensa que proviene del derecho natural, es la mas poderosa entre todas, y no se debe omitir (4); porque á nadie se ha de negar la defensa (5).

4 La III, es por la razon de lesion en mas, ó ménos de la mitad del justo precio, ó en la sexta parte de lo que tocó al damnificado. Previniendo que no basta que lo sea en la de una cosa sola, sino que precisamente ha de ser en la sexta de todo su legítimo haber, porque si lo es solamente en una, se compensa la lesion de ella con el mayor valor de otra, y así no ha lugar á su admision (6).

5 Lo qual procede, ya provenga la lesion de error substancial sin intervencion de dolo: ó si por dolo, ó ignorancia se omitió colacionar alguna cosa: ó los contadores irrogaron agravio en el modo de liquidar, y deducir: ó por otro motivo (pues la ley no distingue), excepto que sobre el error, y agravio haya recaido transacion, ó sentencia exêquible dada en contradictorio juicio con pleno conocimiento de causa (7). Y

(1) Ley 1. & per tot. Cod. Si à non competent. judic.

(2) Glos. in Clementin. unic. de Sequestr. possess. verb. Non obstante. Felin. in cap. Ea, quæ, col. 2. de Re judicat. (3) Ley Secundum, col. 2. vers. Item nota, Cod. de Donation. Gamm. decis. 219.

(4) Ley Defensionis facultas, Cod. de Jure Fisci, Ley Unius, §. Cognitorum, ff. de Quæstion. y cap. Cum inter, de Exception.

(5) Rot. dec. 364. Vancio de Nullitate ex defectu citationis, ex n. 2.

(6) Ley Unde si neruæ, y ley Quid enim 81. ff. Pro socio. Pinel. in leg. 2. Cod. de Rescind. vendit. part. 2. c. 10. n. 3. Ciriac. controv. 315. n. 28.

(7) Ley Si soror tua, Cod. de Collationib. & ibi DD. ley 1. & ibi DD. Codic. de Error. calculi, ley Majoribus, Cod. Communia utriusque judic. y ley Cum putarem, ff. Familiæ erciscund. Ayor. part. 3. q. 7. Guerreir. de

procede tambien, ya la particion sea hecha por el Juez, ó por árbitro, ó con el que en realidad no es heredero (1). Previniendo que la lesion en mas, ó ménos de la mitad se entiende, siendo hecha la particion por convenio de los interesados (2), pues, quando lo es por contadores, basta que sea en la sexta parte (3); y así se puede pedir reduccion de ella á alvedrío de buen varon (4).

6 La IV, es por lesion enormísima, pues interviniendo esta, se presume que hubo dolo, el qual en todo acto, y disposicion se entiende exceptuado, por ser contra derecho (5); en cuyo caso será oido el perjudicado, aunque sea mayor, y jure no contravenir las particiones (6), porque esta lesion no se comprehende en la general renunciacion (7): y así se deben volver á hacer, si los errores, y lesion son substanciales, y tan enormes, que de otro modo no se pueden enmendar, pues pudiendo, se deben reformar, y permitir al demandado la eleccion de que se deshagan, ó se supla el engaño (8). Y sinembargo de que algunos no asienten al suplemento, pero es lo mas equitativo para evitar nuevos dispendios, y dilaciones á los interesados. Y si la lesion proviene de mero error de cálculo, entónces como no es substancial, ni mira á perjudicar á las partes en sus derechos, sino puramente material en quanto á la qüota, no se deben deshacer las particiones, sino por medio de notas, ó prevenciones las equivocaciones padecidas en la suma, ó cantidad, expresándolo en la sentencia de aprobacion, para que no se dude que estuvieron presentes, é insertándolas en cada testimonio de adjudicacion ó hijuela.

Divis. lib. 8. cap. 5. n. 4. y 7. Menoch. cons. 91. Decio cons. 351. Valenz. consil. 129. n. 80.

(1) Dicha ley Cum putarem, y ley Si post divisionem 4. & ibi Menes. Cod. de Juris, & facti ignorant. (2) Ley 2. Cod. de Rescindend. vendition. y ley 1. Cod. Communia utriusque judic. y glos. en la ley 3 Cod. eod. tit.

(3) Dichas leyes Majoribus, y Quid enim. Ayor. dicha part. 3. q. 6.

(4) Valasc. de Partit. cap. 39. n. 9. al 14. (5) Ley Si Superstite, Cod. de Dolo, ley Creditor, §. Lucius, ff. de Mandati, Ley Omnes, §. Lucius, ff. Quæ in fraudem creditor. Menoch. de Arbitr. q. 71. n. 18. Gamm. decis 94. n. 3. y decis. 198. n. 1. Aflict. decis. 403. n. 11.

(6) Cov. in cap. Quamvis pactum, part. 2. §. 4. n. 5. Gamm. decis. 95. n. 4 y dec. 198. n. 2. Pinel. in leg. 2. Cod. de Rescind. vend. part. 3. n. 7.

(7) Gutierrez in Repet. cap. Quamvis pactum, n. 92. (8) Valasc. dicho cap. 39. n. 76. y 77. Guzman de Eviction. q. 116. n. 18. Guerreiro de Div. lib. 8. cap. 19. n. 1. al 21. Ayor. part. 3. q. 10.

7 Pero si las particiones son nulas por derecho, se deben hacer de nuevo, porque lo que de derecho es nulo, se estima por no hecho, y ningun efecto surte; y así no puede rescindir, ni enmendar (1). Y sobre quál se llama lesion enormísima, hay variedad de opiniones, por lo que se debe dexar al arbítrio del Juez imparcial, docto y prudente.

8 Procede lo explicado en el n. 6. aunque el cálculo y particion se aprueben por las partes, porque esta aprobacion se presume faláz, y hecha sin voluntad, ni conocimiento, y por razon del cálculo, y division nula: por lo que no impide su retractacion siempre que se advierta (2); pues con el mismo error con que el cálculo y division se hicieron, se entiende hecha su aprobacion: y así una, y otra se retractarán, y enmendarán (3).

9 Lo V es, quando por error, olvido, engaño ú ocultacion se dexó de colacionar, y dividir alguna cosa de la herencia; en cuyo caso el que debió traerla á colacion, si no lo hizo, podrá ser compelido á ello de oficio, y se dividirá (4), pues en este juicio nada debe dexar proindiviso el Juez (5). Pero es de advertir que por esto no se deben rescindir las particiones hechas, ni ser oido el que pretende su rescision; y sí solo dividirse lo que no se dividió (6), porque como dice el derecho (7), lo útil no se vicia por lo inútil.

10 Se amplía lo expuesto en el número inmediato, aunque la particion se haya hecho por arbítrio, y en el compromiso impuesto pena contra el que la impugnase (8): pues no obstante, puede el interesado sin medio de incurrir en la pena impuesta, pretender que se dividan las cosas omitidas, porque por este hecho no impugna la particion, y solo intenta

(1) Ley Nam etsi sub conditione, §. Post defectum, ff de Injusto Rupto testamento. ley Si aut nullum, Cod. de Legitim. haredib. c. Ad disolvendum, de Dispensation. impuber. y regla Non præstat, de Regul. jur. n. 6.
(2) Ley Unica, Cod. de Errore calculi, & ibi DD.
(3) Ley Doli mali, §. Diversum, ff. de Donation. Bart. & DD. in leg. Si quis cum aliter, ff. de Verbor obligation. Decio consil. 60. n. 6.
(4) Ley Si soror, Cod. de Collationib. y leyes 1. y 3. Cod. Familiæ erciscund. (5) Ley Hæredes ejus 25. §. Si filius 10. y §. Judex 20. ff. Familiæ erciscundæ. (6) Dicha ley Si soror. Valasc. dicho c. 39 n. 58. y 59.
(7) Regla Utile per inutile, de Regul jur. in 6. (8) Ley Si soror cit. al fin. y ley Qui Romæ, §. Duo fratres, ff. de Verbor. obligation.

que lo omitido se parta, y el juicio se perfeccione, y concluya, lo qual es muy diverso (1). Al modo que quando el Juez dexa de declarar, ó determinar en la sentencia acerca de algunas de las pretensiones de los contadores, se le pide declare, y determine sobre lo que omitió; pues en lo omiso no se puede decir conclusa totalmente la instancia (2).

11 Y si las cosas no se omitieron por error, ó ignorancia, sino que se ocultaron por algun heredero, mucho ménos se incluirán en el pacto penal de no contravenir á la particion (3). A mas de que en todo negocio, y contrato, aunque se celebre con las palabras mas ámplias, siempre se entiende exceptuado el dolo malo (4).

12 Pero es de advertir que si las particiones se hicieron judicialmente, se ha de proceder por la accion de dividir en comun, y no por la de familia sobre las cosas que no se dividieron (5): lo qual será al contrario habiéndose formalizado extrajudicialmente entre los herederos, pues entónces se puede proceder por esta accion (6).

13 Y la VI causa por qué se pueden impugnar, y rescindir las particiones, es, por haber sido hechas con el que por ningun título era heredero (7). Lo qual se entiende, aunque se imponga pena al que las contravenga, pues no obstante esta, quedará impune, y no podrá ser compelido á parar por ellas, porque el error quita el consentimiento, é impide la adquisicion de dominio (8). Pero si lo fueron con el putativo, y se confirmaron por sentencia, no se pueden impugnar por

(1) Dicha ley Heredes, y §. Si filius. Valasc. ibi n. 60. y 61.

(2) Ley Si autem, §. fin. ff. de Negot. gest. in leg. Si ex testamento, ff. de Exception. rei judicat. Valasc. ibi n. 62. (3) Ley Tres fratres, ff. de Pact. arg. leg. Qui cum tutoribus, §. Qui per fallaciam coheredes, ff. de Transaction. Valasc. ibi num. 63. (4) Ley final, §. Lucius, ff. Mandati, Gom. en la 77. de Toro n. 5. Valasc. ibi n. 64. (5) Ley Si filia nupta 20. §. Familiæ 4. ibi: *Quod si quædam res indivisæ relictæ sunt, communi dividendo de eis agi potest*, glos. in leg. 1. Cod. eod. tit. & ibi DD.

(6) Ley Si non 1. Cod. Familiæ erciscundæ. Mev. es. in leg. Si post divisionem, Cod. de Juris, & facti ignorantia, n. 4. Valasc. dicho c. 39. n 65. y 66. (7) Dicha ley Si post divisionem 4. Cod. de Juris, & facti ignorant. y ley Servum communem 22. Cod. Familiæ erciscundæ.

(8) Paul. in leg. fin. §. Item quæsitum, ff. de Condition. indebiti, Decio cons. 408. n. 1. y cons. 600. n. 3. Valasc. dicho cap. 39. n. 69. y 75.

esta causa, porque la division hecha de este modo impide la repeticion de lo pagado como no debido (1).

14 Se pueden deshacer los agravios cometidos en las particiones por via de apelacion de la sentencia; cuyo remedio sirve para corregir la iniquidad, ó impericia de los Jueces (2), pues no hay duda que se puede apelar así de las particiones hechas por el ordinario, como por los partidores electos por las partes (3). Porque en quanto á las formalizadas por estos quando se nombran extrajudicialmente, concibo no puede haber apelacion, por no ser Jueces, ni dar sentencia, sino solo su parecer como peritos, excepto que estén nombrados en los términos, y con las facultades que expuse en el lib. 1. c. 2. n. 32. de este tratado.

15 Tambien se pueden deshacer por via de restitucion por entero con pretexto de lesion en mas, ó ménos de la mitad del justo precio, siendo menor de 25 años el perjudicado (4). Advirtiendo que aunque está prohibida al menor la division de la herencia ó cosa comun, sin que intervenga el decreto del Juez, y la autoridad de su tutor, ó curador, porque es especie de enagenacion (5), esto se entiende quando todos los partícipes son menores, porque á ninguno se permite provocar al otro al juicio por sí solo (6). Pero si el menor es provocado á la division por el sócio, ó partícipe mayor de 25. años, valdrá esta con sola la autoridad de su tutor, ó curador (7), porque seria injusto que el mayor que no contraxo con el menor, estuviese contra su voluntad en comunion con él, y esperase hasta que fuese de edad cumplida; y así ni en este caso, ni quando el testador dexa nombradas personas que le executen, es necesaria la intervencion judicial.

(1) Ley Si divisionem 15. Cod. y ley Cum putarem 36. ff. Familiæ erciscundæ. Merchac. de Succes. creat. §. 1. n. 47. Socin. cons. 23. n. 6. y cons. 25. n. 12. lib. 4. Alex cons. 186. col. 1. lib. 5. Valasc. ibi n. 67. al 69.

(2) Ley 1. ff. de Appellation. (3) Bart. in leg. fin. col. 3. ff. de Appellat. recipiend. glos. & DD. in leg. Qui gravatos 5. Cod. de Censib. y en la 1. Cod. de Discussoribus. Valasc. ibi n. 30. (4) Ley ult. Cod. Communi. divid. Ley final, ff. Familiæ erciscundæ. (5) Ley Inter omnes, Cod. de prædiis & aliis rebus minorum. Narbona de actate anno 25. q. 52. n. 6.

(6) Dicha ley Inter omnes, y ley Si pupillorum, ff. de reb. eorum.

(7) Dicha ley Si pupillorum y ley Apud Julianum, ff. Ex quibus caus. in possession. eatur. Norbona ibi q. 51. n. 1. Altimar. de nullitat. Rubr. 1. part. 2. q. 29. n. 27.

16 De este remedio resultan varias utilidades: La I, que por él debe ser restituido el menor, aunque la lesion sea módica, ó poca (1); excepto que por la restitucion de cosa, ó cantidad mínima se irrogue perjuicio al mayor, pues entónces se le deniega (2). Y para llamarse módica, ó inmódica, se debe considerar en sí la cosa, ó suma que pretende se restituya, y no comparativamente á otra cosa, ó suma mayor, v. g. la lesion de 50 respecto de mil es módica, y respecto de sí misma es grave (3). La II, que esta restitucion contra las particiones no se restringe hasta los 25 años, ántes bien dura hasta los 29. que son 4. despues (4); lo qual no sucede en otras alegaciones de lesion contra ellas. Y la III es, que opuesta la lesion por restitucion, impide la execucion de la sentencia, y por consiguiente de las particiones hechas, y aprobadas por ésta (5): de suerte que movido pleyto, tiene fuerza, y eficacia para impedirla, y hacer que no se innove hasta que el pleyto se termine, pero mientras dura este, no se revoca la execucion hecha (6); ni se suspenderá la que no lo está, si la restitucion se pide maliciosamente, para impedirla, ó diferirla (7).

17 No será restituido el menor, si le tocó por suerte la parte, ó cosa en que fué damnificado, sin intervenir fraude, ni colusion; y la razon es: Lo I, por la incertidumbre de á quién tocaria, por la qual muchas cosas se admiten, que de otra suerte no se admitirian (8). Y lo II, porque hizo lo que el mayor diligente, y sagáz haria: y porque quien esta á la utilidad, debe estar á la pérdida: y en donde puede resultar da-

(1) Ley 2. Cod. Si adversus venditionem. Alex. cons. 67. lib. 5. Cost in leg. Gallus, §. Et quid si tantum, n. 76. ff. de Liber. & posthum.

(2) Ley Scio, ff. de In integrum restitut. Decio in cap. Majoribus, de Præbend. & in cap. de Appellationibus, de appellation. Cost. n. cit Tiraq. in leg. Si unquam, verb. Omnia, vel partem, n. 15. Cod. de Revocand. donation. Valasc. ibi n. 38. al 41. (3) Menoch. lib 2. Centur. 1. casu 72. n. 5. Covar. lib. 1. Resolut. Var. cap. 3. n. 11. (4) Ley fin. Cod. de Tempor. in integr. & ibi DD Valasc ibi n 42. (5) Ley unica, Cod. de In integrum restit. Doctor. in leg. Si causa cognita, verb. Suspensa, Codic. de Transact. Marant. Specul. aur. part. 6. membr ult. n. 58. Valasc ibi n. 43 y 44.

(6) Valasc ibi n. 48. (7) Socin. in leg. 1. §. Si servus, n 1.. de Acquirend. posses. Alex. ibi n. 12. y 26. Marant. dicho n. 58. Valasc ibi n. 49.

(8) Ley 1. Cod de Pact. ley de Fideicommiso, Cod. de Transaction. ley Si ea lege, Cod. de Usur. y ley Si pater, Cod. de Inofficios. testam. Gom. lib. 2. Var. cap. 14. n. 4.

ño, y lucro, no se debe pedir restitucion, nulidad, ni otro remedio por la lesion eventual (1), pues así como por ella fué damnificado, pudo serlo el mayor, y él no (2). Y lo própio milita quando todos los interesados lo fueron en la estimacion de los bienes que se les adjudicaron, pues guardando igualdad, por ninguno se puede decir de lesion, ya sea mayor, ó menor (3).

18 La particion que se hizo entre los hermanos, se puede reformar quando se dió al uno mas que lo que se le debia dar: en cuyo caso no se ha de deshacer, ni retratar, y sí solo resarcir el daño, ó lesion á arbitrio del Juez (4). Pero la hecha por el padre entre sus hijos se debe observar, sin embargo de que haya dado mas al uno que á los otros (5), y así no pueden quejarse de ella, ni contravenirla (6), porque este se entiende mejorado; excepto que lo que mas le dió, exceda de su legítima, y mejora, pues en este caso restituirá el exceso á los coherederos, como en varios lugares de este libro dexo sentado. Advirtiendo que la particion hecha justamente entre los hermanos mayores de 25. años aunque no conste por escrito: no se puede deshacer, y mucho ménos si en virtud de ella tomaron posesion de lo que les tocó (7), como he sentado en el cap. 1. n. 1. de este libro.

19 Los coherederos, que en virtud de la division nulamente hecha, y pendiente el pleyto sobre validacion, ó nulidad de ella recibieren sus porciones en bienes, que sin su culpa perecieron ántes de concluirse éste, no tendrán obligacion de colacionar su valor al tiempo que se haga nuevamente; y la razon es, porque por la division, y contrato nulo no se transfiere el dominio, y qualquiera cosa perece para su dueño

(1) Ley 6. al fin, tit. 19. Part. 6. Ley Si jactum retis, ff. de Action. emot. ley Nec emptio, ff. de Contrahend. emption ley Non videtur, Cod. de in Integrum restitut. Olea de Cession jur. tit. 6. q. 10. Ciriac. Controvers 1. Hermosill. en la ley 56. tit. 5. Part. 5. glos 11. y 12.

(2) Ley 1. Cod. Quando, & quibus quarta pars, & ibi DD.

(3) Ayor. part. 1. cap. 3. n. 31. y 32. (4) Ley 1. Cod. Communi divid. Gozadin. consil. 44. n. 15. (5) Ley Ex parte 39. §. ultim. & ley Quæ pater 50. ff. Familiæ erciscund. Alex. cons. 77. lib. 3.

(6) Corn. consil. 228. col. 2. y consil. 273. col. 7. lib. 4. Decio consil. 254. n. 2. París consil. 34. n. 27. lib. 2. (7) Ley 8. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real, y ley Divisionem, Cod. Familiæ erciscund.

y así los bienes perecerán para la herencia en comun, y no para los coherederos á quienes se aplicaron, y estos recibirán nuevamente sus partes, como si la division no se hubiera executado, bien que si alguna cosa enagenaron, y recibieron su precio, será este lo único que colacionen (1). Tampoco tendrán obligacion de conferir los frutos percibidos de ellos, porque fueron poseedores de buena fé en virtud de título á lo ménos putativamente válido, qual es el de la division; y los que poseen de esta suerte, no están obligados regularmente á la restitucion de frutos (2).

§. II.

Quándo habrá, ó no lugar á la eviccion de los bienes quitados en juicio á alguno de los herederos, ó al legatario, á quien se adjudicaron.

20 Sucede á veces que despues de hechas judicial, ó extrajudicialmente las particiones, y dada á cada heredero la posesion de la herencia que le tocó, se le quita en juicio por un tercero alguna de las cosas que se le adjudicaron: en cuyo caso este heredero, á quien se quitó, si luego que el tercero le mueve pleyto sobre ella, hace que se cite de eviccion á los coherederos, para que salgan á su defensa, y á mas de esto defiende diligentemente la causa sin dolo, ni calumnia, y siendo condenado en primera instancia, apela, y prosigue la apelacion, y dada executoria condenándole, entrega en su virtud la cosa demandada, será oido contra los coherederos, los quales ya se hayan obligado, ó no á eviccion, deberán reintegrarle de lo que por ellos satisfizo (3); y la razon es, porque la division se juzga, y estima como permuta, y tácita compra de la porcion que competia al coheredero en cada una de las co-

(1) Barbos. in leg. 2. Cod. de Rescind. vendit. n. 144. Guerreir. de Div. lib. 8. cap. 15. n. 3. y 4. Faber. de Errorib. decad. 8. error. 4. Hermosill. en dicha ley 56. glos. 10. num. 6. (2) Guerreir. dicho c. 17. n. 5.

(3) Ley Emptor, Cod. de Eviction. ley Habere licere, ff. eod. tit. ley Si familiæ, Cod. Familiæ erciscund. ley Hæres, §. fin. ff. eod. tit. ley Si venditor, ff. de Eviction. ley Si fratres, Cod. Communia utriusque judic. & ibi DD. Gom. lib. 2. Var. cap. 2. n. 33. vers. Sexto infertur.

sas que existian proindiviso, y cada interesado tiene derecho á qualquiera mínima parte de la alhaja, ó alhajas que están sin dividir (1); y el contrato de permuta es de tal naturaleza que si la cosa recibida en trueque, falta, ó por eviccion se quita al permutante, tiene el regreso para recuperar la que dió, ó dimitió (2).

21 Y aunque contra lo expuesto se alegue que en las últimas voluntades no debe tener lugar la eviccion, porque en virtud de ellas se adquieren por titulo lucrativo las cosas dexadas, y porque seria gravosa, y nociva al donante su liberalidad (3): no obsta, pues esto se entiende quando la donacion empieza por tradicion hecha de cosa agena, ya sea con cierta ciencia, ó ignorancia de que lo es, y no por promesa (4): y en las dexadas en testamento mas parece haber empezado por esta, que por aquella (5); y el testador obligado al coheredero á su eviccion, no es porque el testador lo estuviese por lo que dexó, ó legó liberalmente, sino porque quiso que cada heredero llevase su porcion íntegra; por lo que si otro extraño se la quita, se debe componer de modo que la voluntad del difunto se cumpla, y mucho mas si la alhaja quitada se dió al hijo en pago de su legítima, porque esta se llama quasi débito (6), y se tiene en lugar de cosa agena (7).

22 Lo qual milita, y se entiende en quanto á la legítima, no solo en el caso de que sea adjudicada por el Juez en la particion, ó extrajudicialmente entre los hijos, sino en el de que sea señalada por el padre en su testamento, ó entregada á cuenta de ella en su vida; pues si en juicio la quitan, el hijo tendrá la accion de eviccion con los coherederos (8). Pero si los herederos pactan expresamente que aunque la cosa adju-

(1) Ley Cum pater, §. Hæreditatem, ff. de Leg. 2. ley Si filia, §. Si pater, ff Familiæ erciscund. (2) Leyes 1. y 5. Cod. de Rerum permutation. Roxas Allmans. de incompatibil. disp. 3. q. 6. n. 17.

(3) Ley Aristo ait, §. fin. ff. de Donation. ley Ad res donatas, ff. de Ædilicio edict. (4) Ley 1. Cod. de Jure dot. Gom. ibi n. 35.

(5) Ley Cum hæredes, ff. de Acquir. posses. (6) Glos. in leg. Si emancipati, Cod. de Juris, & facti ignorant. (7) Ley Papinianus, §. Si quis impubes, ff de Inofficios. testam. y ley Scimus, vers. Quærebatur, Cod. eod. tit. Valasc. de Partition. c. 37. n. 1. al 6. (8) Alberic. in leg. Hæredes, §. fin. ff Familiæ erciscund. Roman. in leg. Aristo, §. fin. ff. de Donation. Valasc. ibi n. 6.

dicada al uno se le quite, no ha de haber lugar á la eviccion, no se le dará esta accion (1).

23 Ha lugar la eviccion en la division hecha por los hermanos; por lo que si al uno se quita en juicio alguna cosa de las que se aplicaron, están obligados los demás á prorrata á sanearsela, de modo que queden iguales (2). Lo que al contrario, quando el padre dividió sus bienes entre sus hijos, pues entónces aunque al uno se quite por un tercero alguna cosa de las que su padre le dió, no há lugar su eviccion (3).

24 Se limita en quanto á los hermanos la conclusion sentada en el número inmediato: Lo I, quando estipularon que ninguno habia de quedar obligado á eviccion al otro, porque entónces todos tienen el mismo peligro: por lo que sin embargo de que al uno se quite alguna de las cosas que se le aplicaron, no puede reconvenir de eviccion al otro (4).

25 Lo II, quando la misma cosa por su naturaleza se pierde, v. g. si á un hermano se adjudicó el feudo, y habiendo muerto, dexando una hija que no podia obtenerlo, se lo quitó un tio suyo, pues la hija no puede usar de la eviccion contra este. Y lo próprio milita en los bienes sujetos á fideicomiso, si por la razon de éste se quitan al que los tiene (5).

26 Lo qual procede, y se entiende, quando por razon del feudo, ó fideicomiso intervino el justo precio, ó se estimó en ménos de lo que valia, por el peligro y gravámen, porque este disminuye el valor, y es parte de precio (6); pues si no se tuvo consideracion al gravámen y se estimó por todo lo que valia, como si no lo tuviera, habrá lugar la eviccion: por cuya razon el pacto de *retroventa* hace que la cosa vendida con él, valga ménos (7).

27 Y lo III, quando la misma cosa ó finca que se dudaba perteneciese á la herencia, se dividió igualmente entre todos los hermanos, pues entónces aunque se quite al uno su par-

(1) Ley Si familiæ, Cod. Familiæ erciscund. Velasc. ibi n. 7.
(2) Dicha ley Si familiæ, & ibi glos. & DD. (3) Ley 9. tit. 15. Part. 6. Ley Cum pater 77. §. Evictis, ff. de legat. 2. (4) Dicha ley Si familiæ.
(5) Clos. & DD. in dict. leg. Si Pam. Menoch. cons. 67. n. 78. lib. 1.
(6) Ley 1. §. Si hæres, ff. ad Trebellian. ley Fundi partem, & ibi glos. & DD. ff. de Contrahend. emption. (7) Matienz. en la ley 1. tit. 11. lib. 5. Recop. glos. 2. ex n. 26. Ayor. part. 3. q. 9. n. 19.

te, no habrá lugar la eviccion, porque en el mismo peligro están todos, y por el mutuo riesgo á que se hallan expuestos es visto haber guardado igualdad entre ellos en la division que se hizo de la finca, ó cosa, y así no será oido. Y lo mismo procede aunque no se dudase que era del difunto, si al principio del juicio amenaza el mismo peligro á todos (1).

28 Pero esta tercera limitacion se entiende, excepto que el hijo á quien se quitó su parte, fuese gravado por esta razon en su legítima, pues entónces deben completársela los coherederos (2): ó que conste que la voluntad del testador fué que se observase toda la igualdad entre todos, v. g. quando dixo que cada uno llevase todo lo que le correspondia (3): ó en la cosa poseida por el mismo testador, mas no si no la poseia (4).

29 En quanto á si competirá, ó no al legatario la accion de eviccion contra los herederos del legante por el legado que en juicio se le quitó, se han de distinguir quatro casos: El I, quando el legado fué específico de cierta alhaja, ó cosa que el legante poseia como suya; en cuyo caso no le compete, aunque se le quiten, y sea conjunto del legante (5): y la razon es, por la congetura de su voluntad, que en duda no se presume legar lo que no es suyo, ni ser liberal con lo ageno, y sí solo haber legado lo que tenia, y su posesion (6).

30 Pero si sabia que era agena, y no obstante la legó, competirá al legatario su repeticion, no por razon de eviccion, sino como legado de estimacion en que se resuelve, y convierte. Y lo mismo procede, quando hace el legado á conjunta persona, v. g. á un hijo, aunque en este caso sepa que es ageno lo que lega (7).

(1) Paul. in leg. Si familiæ cit. Guerreir. lib. 8. y cap. 18. cit. n. 10. y 14. Menoc. præsumpt. 118. n. 20. Michalor. de Fratrib. part. 3. cap. 29. n. 9. Hermosill. en la ley 32. tit. 5. Part. 5. glos. 1. n. 114. (2) Ley Scimus, Cod. de Inofficios. testam. (3) Decio consil 349. in secundo dubio. Alciat. in leg. Qui Romæ, §. Duo fratres, n. 36. vers. Quod si jus integrum, ff. de Verbor. obligat. (4) Ley Cum pater, §. Evictis, ff. de Legat. 2. Sr. Gregor. Lop. en la ley 9. tit. 15. Partid. 6. glos. 2. (5) Ley Si is qui, ff. de Eviction. ley Si à substituto, §. 1. y ley Si legati servi nomine, ff. de Legat. 1. & ubique DD. glos. in leg. Si domus, §. de Evictione, ff. eod. tit. (6) Ley Si pignore, §. de Furt. ley Quum ex familia, §. Si rem, ff. de Legat. 2. (7) Ley Cum alienam, Cod. de Legat. y ley cum pater, §. Evictis, ff. de Legat. 2. Gom. lib. 2. Var. cap. 2. n. 36. Valasc. dicho capitulo 37. n. 8. al 13.

31 El II, quando el legado es genérico, en cuyo caso le compete la accion de eviccion (1). El III, quando el testador lega cosa, que sabe ciertamente que es agena: y entonces el heredero está obligado á eviccion, y por consiguiente á redimir, ó comprar la cosa pagando á su dueño lo que valga, y entregándola al legatario, pues se convierte igualmente en legado de estimacion. Y para saber si es agena, ó própia del testador, lo debe probar el legatario, y no probando, nada llevará, á menos que sea conjunto suyo, v. g. muger, hijo, ó otro pariente (2).

32 Y el IV, quando el testador lega ignorantemente á conjunta persona, v. g. á un hijo la cosa agena, creyendo que es suya; en cuyo caso vale el legado, y así el coheredero está obligado á eviccion, si en juicio la quitan al legatario, porque se presume de la voluntad del testador, que quiso en todo evento beneficiar al legatario como tan conjunto, y que aunque supiera que era agena, se la hubiera mandado dar, ó otro tanto de sus bienes (3).

33 No ha lugar la eviccion quando el legatario es extraño, y el testador le legó cosa que sabia era agena, y la razon es, por defecto de voluntad de este, pues no se presume haber querido legarle su estimacion, porque no media la aficion que al conjunto, para que se conceptúe que en todo evento quiso beneficiarle como á éste (4); y así no vale el legado.

34 Tampoco ha lugar en la cosa, que el padre en el concepto de ser suya, prelegó con título de mejora, ó fideicomiso á algun hijo suyo, aunque en juicio se la quiten (5).

35 Lo mismo procede quando lega alguna cosa en que le compete solamente el derecho de prenda, porque es visto legar

(1) Ley Hæres servum, ff. de Eviction. ley Si à substituto, §. 1. y ley Si ha res generaliter, ff. de Legat. 1. y leg. Qui concubinam, §. Heres, ff. de Legat. 3. Gom. dicho cap. 2. n. 5. (2) Ley 10. tit. 9. Part. 6. Dicha ley Cum alienam, ley Hujusmodi, §. Qui servum, ff. de Legat. 1. y §. Non solum, Institut. de Legat. Paul. in leg. Si domus, §. de Evictione, ff. de Legat. 1. n. 6. vers. In tertio casu.

(3) Ley Cum alien. cit. Paul. ubi sup. fin Valasc. c. 37. cit. n. 9. y 13.

(4) Gom. lib. 2. Var. c. 2. n. 36. vers. Si vero erat aliena. Val. ibi n. 14.

(5) Ley cum Pater 77. §. 8. ff. de Legatis 2.

esta, y no la misma cosa (1): ó quando lega aquella en que solo le tenia en esperanza, porque se presume legar la de que la cosa llegaria á ser suya, y no ésta (2): ó quando lega á conjunta persona la cosa agena, creyendo ser suya por alguna causa, la qual era nula, v. g. porque la habia comprado á pupilo sin la solemnidad legal, pues no vale el legado, ni por consiguiente ha lugar la eviccion; lo que al contrario, quando simple, y absolutamente creia ser suya (3): ó si lega alguna cosa, juzgando ser suya, por alguna causa, la qual espiraba con su muerte, y él lo ignoraba; pero, no, si lo sabia (4).

(1) Abb. in cap. Filius, n. 4. & ibi Domin. Cov. n. 3. de Testam. Alex. cons. 47. n. 4. lib. 3. (2) Ley Cum alienam, Cod. de Legat. Rom. cons. 38. n. 5. Alex. consil. 11. n. 17. lib. 3. Ruin. consil. 212. n. 7. lib. 1.
(3) Ley Cum alienam, citada ya. (4) Menoch. part. 2. lib. 4. præsumpt. 118. Guerreir. de Divis. lib. 8. c. 18. y 19. Valasc. de Partit. cap. 37. Hermos. ley 39. tit. 5. Part. 5. glos. 1.

CAPITULO X. Y FINAL.

DE LA FORMA DE ESTENDER EL INVENTARIO, y tasacion de bienes de difunto, y hacer la particion de ellos entre sus herederos, y el sobreviviente.

Del inventario.

§. I.

Expliqué latamente en el cap. 1.° libro 1.° de este tratado, qué cosa es inventario: qué personas estan, ó no obligadas á su confeccion: ante quáles, y dentro de qué término debe hacerse: por quién se deben tasar los bienes del difunto: y otras cosas muy útiles, y dignas de saberse; y en el número final del referido capítulo remití al Lector á este, para que se tinturase del modo de estenderlo. Digo pues ahora que el que se haga inventario se puede pedir por qualquiera de los interesados en la herencia, ó por todos, ó por sus testamentarios y comisarios, y hacerse á su instancia, ó de oficio de la Justicia, por muerte abintestato de alguno, cuyos herederos se ignoran, ó son menores, ó incapaces, ó aunque capaces, están ausentes, á fin de evitarlos el extravío de sus bienes, quando el difunto no diputó quien los custodiase; pues habiendo elegido persona á este efecto, no debe mezclarse el Juez en ello, porque le está prohibido interponer de oficio su autoridad á la utilidad privada, ni contravenir el precepto del testador, sino ántes bien hacer que se observe, porque siendo justo, tiene fuerza de ley.

Inventario á instancia de parte.

Pedimento.

Francisca Lopez vecina de esta Villa, y viuda de Manuel Rodriguez, ante V. m. como mas haya lugar, digo: que el citado mi marido falleció tal dia baxo del testamento que tenia otorgado en tantos de tal mes de este año ante F. Escribano,

por el qual instituyó por sus únicos, y universales herederos á Nicolasa Rodriguez nuestra hija menor de doce años, procreada en nuestro matrimonio, y á Manuel, y Lorenzo Rodriguez tambien sus hijos, habidos en el primero que contraxo con Angela Fernandez, mayores de veinte y cinco años, segun se acredita del referido testamento, de que con la solemnidad necesaria presento copia testimoniada, y para que se sepa qué bienes dexó, y á su tiempo se dividan entre todos los interesados, aceptando como acepto á nombre de la citada mi hija la herencia con beneficio de inventario, y no de otra suerte = A. V. m. suplico se sirva haber por presentado el relacionado testamento, y por aceptada por mí en dicho nombre la herencia con el beneficio expresado: y en su conseqüencia mandar que con citacion de los interesados se inventarien, y tasen por peritos que elijamos, todos los bienes del difunto; pues evacuado, protesto pedir lo que corresponda en justicia, que es la que solicito y para ello, &c.

Otrosí: Respecto carecer de edad competente la expresada Nicolasa Rodriguez mi hija, para nombrar por sí curador para este pleyto, A. V. m. suplíco se sirva proveerla del que sea de su agrado, con cuya citacion, ó asistencia se practíque todo: pido como arriba.= Francisca Lopez.

Auto. Por presentado el testamento que se refiere, y por aceptada la herencia en la forma que se expresa, con citacion de los interesados se haga inventario, y tasacion de todos los bienes, caudal y efectos que dexó Miguel Rodriguez, á cuyo fin nombren tasadores; y mediante la edad pupilar de Nicolasa Rodriguez, se nombra por su curador para pleytos á Pedro Sanchez Procurador de este Juzgado: notifiquésele, acepte cargo, jure, se obligue y dé la fianza por derecho necesaria; y discernido que le sea dicho cargo, se practique todo con su asistencia por ante qualquier Escribano de S. M. á quien para ello se comisiona en forma; y evacuado, pidan las partes lo que las convenga. El Señor Don F. Corregidor de esta Villa de tal lo mandó á tantos, &c.

Notificacion, aceptacion, juramento, obligacion y fianza del curador.

En tal parte á tantos de tal mes y año, yo el Escribano de

su Número hice notorio el auto anterior á Pedro Sanch z Procurador de su Juzgado en su persona, quien enterado del nombramiento que contiene, dixo: acepta el cargo de curador para los pleytos de Nicolasa Rodriguez pupila hija de Miguel Rodriguez, difunto; y baxo de juramento que hizo por Dios nuestro Señor, y una señal de Cruz en forma de derecho, se obliga á usar bien, y fielmente su oficio, y defender á la denunciada menor no solo en el inventario, tasacion y particion de los bienes de su padre, para que no sea perjudicada en su haber legítimo, sino en todos los pleytos, causas y negocios civiles, y criminales que tenga al presente, y en lo sucesivo se la ofrezcan con qualesquiera personas, y comunidades eclesiásticas, y seculares de todos Estados, y Dignidades, siendo actora, ó demandada, hasta conseguir plenamente lo que intente en su utilidad; y á este efecto hará, y practicará quantos pedimentos, recursos, actos, autos y diligencias judiciales, y extrajudiciales sean necesarias, y practicaria por sí dicha menor si fuera mayor, de modo que por su culpa, omision ó negligencia no quede indefensa, ni experimente el mas leve detrimento; y para ello se aconsejará de letrados, y personas de ciencia y conciencia. Y si por no cumplir lo prometido se la irrogáre algun daño, lo satisfará, y resarcirá el própio curador con sus bienes, á lo que quiere, y consiente ser apremiado por todo rigor legal. Y para mas exâcto cumplimiento de lo expresado, ofrece por su fiador á Juan de tal, que está presente, el qual dixo que se constituye por tal, y promete, y se obliga á que el nominado curador cumplirá como debe, todo lo que ha ofrecido con la mayor actividad, y en su defecto pagará á la menor todos los daños que la ocasione, y no lo haciendo, los satisfará el otorgante como su fiador llano, hecha prévia excusion en sus bienes, á cuyo fin hace suya própia en este caso la responsabilidad y deuda agena. Y á todo lo referido se obligan ámbos con sus personas y bienes muebles, raíces, derechos y acciones presentes y futuros; dan amplio poder á los Señores Jueces de S. M. y especialmente á los de esta Villa, para que á todo los compelan, como por sentencia difinitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, que por tal reciben; renuncian las leyes de su favor, y así lo otorgan, y firman, á quienes doy fé conozco, siendo testigos F. I. y F. vecinos de esta Villa.

Discernimiento de curaduría para pleytos.

En tal Villa á tantos de tal mes y año, el Señor Don F. Corregidor de ella habiendo visto la notificacion, aceptacion, juramento, obligacion y fianza anteriores, dixo, que discernia, y discierne el oficio, y cargo de curador para los pleytos de la persona y bienes de Nicolasa Rodriguez, pupila, á Pedro Sanchez Procurador del número, y Juzgado de ella, y le confiere ámplio poder, con libre, franca y general administracion, y tan bastante facultad, como por derecho se requiere, para que la defienda así en el juicio de inventario, y particion de los bienes de Miguel Rodriguez su padre, como en todos los pleytos, causas y negocios civiles, y criminales que tenga actualmente, y en lo sucesivo la ocurran, siendo actora ó demandada, con qualesquiera personas, y Comunidades eclesiasticas, y Seculares de todos Estados, y dignidades, en todos los Tribunales superiores, é inferiores que convenga, y sea preciso, poniendo demandas, contextando las que pongan á la menor, presentando pedimentos, memoriales, escrituras y otros documentos justificativos, pidiendo execuciones, prisiones, solturas, embargos, desembargos, ventas, y remates de bienes, requerimientos, notificaciones, citaciones, protextas, recusaciones, juramentos, y presentando alegatos, oposiciones, consentimientos, apartamientos, probanzas, ratificaciones, y abonos de testigos, comprobaciones de instrumentos, de letras, y de firmas, y nombramientos de peritos para ellas, y para otras cosas, y reconocimiento que se ofrezcan: forme artículos, é introduzca recursos, los que prosiga, ó se aparte de su prosecucion: decline jurisdiccion de los Jueces incompetentes: acuse rebeldías: pretenda y goce, ó renuncie términos, y prorrogaciones de ellos, redargoya de falsos, civil y criminalmente los instrumentos que produxeren los colitigantes: tache, y contradiga todo lo que por estos se presentare, dixere, y alegare: concluya, oyga autos, y sentencias interlocutorias, y difinitivas; consienta las favorables y apele, y suplique de las gravosas y perjudiciales: gane Reales Provisiones, sobrecartas, paulinas, censuras y otros despachos, los que haga leer, é intimar en donde, y á las personas contra quienes se dirijan: y haga, y practique finalmente todos los pedimentos, actos, autos y diligencias judiciales,

y extrajudicialmente, que se requieran, y debe practicar como buen curador para pleytos en utilidad de su menor, hasta conseguir executoria con execucion de ella, tomando consejo en lo que el suyo no baste, de letrados, y personas de ciencia, y experiencia que sepan dársele, para el acierto, y mayor defensa de la referida su menor, de modo que á esta no se irrogue detrimento por su culpa, ni morosidad, pena de los daños; pues para todo lo referido, y lo anexo y dependiente, le confiere dicho Señor Juez poder ámplio, con facultad de que por su cuenta, y riesgo pueda substituir esta curaduría en quien, y las veces que quisiere, revocar los substitutos y elegir otros; y á todo lo que practicáre en utilidad, y defensa de la citada menor, y de sus bienes, interpone su autoridad, y decreto judicial quanto ha lugar en derecho, y lo firma.=Don F.=Ante mi F.=

Nota I. La curaduría para pleytos no es otra cosa que un poder que el Juez como padre de menores confiere al curador, para que los defienda en quanto se les ofrezca judicialmente, mediante á que por su menor edad no pueden defenderse por sí en juicio. Quando existen en la pupilar, les debe proveer de él de oficio; pero en llegando á la pubertad, que en las hembras empieza desde los 12 años cumplidos, y en los varones desde los 14, han de nombrarlo por sí, y proponérselo por pedimento, para que precedidas las solemnidades del juramento, obligacion y fianza, lo apruebe, y confirme (que es el discernimiento del cargo) y las diligencias se estienden en la forma que las precedentes; y evacuadas se practican las de inventario, y tasacion con su citacion en representacion del menor, y de los demás interesados, quienes si quieren asistir, pueden, pues para ello se les cita, y si no, no debe por eso el Escribano comisionado dexar de hacer el inventario, porque la citacion les perjudica, como si lo presenciáran. Si algun heredero se halla ausente en parage de donde pueda regresar prontamente, se le cita por requisitoria, principiando el inventario dentro de los 30 dias legales, para cumplir con el precepto de la ley, y señalandole el competente término segun la distancia, á fin de que venga á presenciarlo, ó confiera poder bastante á quien en su nombre lo presence, apercibiéndole que pasado el término sin haber comparecido, se con-

tinuará el inventario; y le parará el perjuicio que haya lugar. Y si se ignora su paradero, se le cita por edictos: y nombra defensor, que viene á ser lo mismo que el curador para pleytos, pues se diferencian solamente en la voz, y en que el defensor se nombra regularmente para defender en juicio los bienes del ausente, ó del concursante, ó la herencia yacente, á fin de que no se menoscaben; y el curador para pleytos para defender en juicio al menor, y asimismo al que es loco, fatuo ó desmemoriado en sus causas y negocios civiles y criminales, y á sus bienes, aunque sean mayores de 25 años; por lo que la defensoría se estiende del modo que la curaduría para pleytos, mudando solamente las voces.

Citaciones. En tal parte á tantos de tal mes y año, yo el Escribano cité para proceder al inventario que expresan el pedimento y auto precedentes, á Francisca Lopez viuda de Miguel Rodriguez, á Manuel y Lorenzo Rodriguez hijos de éste, y á Pedro Sanchez curador para pleytos de Nicolasa Rodriguez en sus personas, quienes respondieron están prontos á asistir á él, señalándoles dias y horas; en vista de cuya respuesta les señalé para desde mañana, que se contarán tantos de este mes, desde tal hora por la mañana hasta las doce, y por la tarde desde tal á tal hora, y así los demás dias sucesivos hasta su conclusion, de que quedaron enterados, doy fé.=F.

Primer dia de inventario.

En tal parte á tantos de tal mes y año, yo el Escribano estando en la casa en que vivió, y murió Miguel Rodriguez, en uso de la comision que por el auto que motiva estas diligencias, me está conferida, hallándose presentes Manuel y Lorenzo Rodriguez sus hijos mayores (que dixeron aceptan la herencia de su padre con beneficio de inventario, y no de otra suerte) y Pedro Sanchez curador para pleytos de Nicolasa Rodriguez menor, que tambien lo es suya, requerí con el referido auto á Francisca Lopez su viuda, á cuyo pedimento fué proveido, á fin de que pusiese de manifiesto los bienes que dexó, para inventariarlos; y en cumplimiento de lo mandado manifestó, y por ante mí se pusieron por inventario los siguientes:

Una mesa de nogal de vara y media de largo, y una de an

cho, con dos caxones, cerraduras y llaves, y sus travesaños de hierro.

Una papelera de lo mismo, hechura antigua, con tantas gabetas, y tantos caxones, con sus cerraduras y llaves.

Seis taburetes de lo própio para asientos de hombre, hechura de moda, cubiertos de damasco de lana, &c.

Aquí se irán poniendo con separacion los demás bienes que se inventarien en el dia, y luego proseguirá:

Y por ser tal hora de la tarde de este dia, se cesó en este inventario, á fin de proseguirlo mañana á las mismas horas; y los bienes inventariados quedaron en la casa mortuoria, de los que se constituyó depositaria por convenio de todos los interesados la nominada viuda, la qual se dá por entregada de ellos con renunciacion de las leyes de este caso, y se obliga á custodiarlos, tenerlos en depósito y fiel encomienda, y no entregarlos á persona alguna sin especial mandato del Señor Juez, que de estos autos conoce, ú otro competente, pena de pagarlos de los suyos, y de incurrir en las impuestas por derecho contra los que no dan cuenta de los depósitos que la Justicia fia á su cuidado, y demás que haya lugar, á lo qual obliga todos los suyos, muebles, raices, presentes y futuros; da poder á los Señores Jueces que de esta causa deben conocer, para que á ello la compelan, como por sentencia difinitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, que por tal lo recibe, renuncia las leyes de su favor, y así lo otorga y firma con los demás interesados, á todos los quales doy fé conozco, siendo testigos F. F. y F. vecinos de esta Villa.

Nota II. Puse en las citaciones el señalamiento de dias y horas para evitar diligencias, y aunque lo regular es ponerlo con separacion, y luego hacerlo saber á las partes, pero esto es arbitrario, y así cada uno lo hará como quiera respecto á que en nada se altera la substancia. Puse tambien en el primer dia la aceptacion de la herencia con beneficio de inventario de los dos hijos mayores, para que no fuesen tal vez perjudicados, mediante no haber dado el pedimento pidiéndolo: ni por consiguiente aceptádola en estos términos; y aunque de su mera confeccion no se induce la aceptacion llana, como sentè en el cap. 1. num. 10. lib. 1. de este tratado, pero

para evitar dudas, lo mas acertado es que se exprese, ya sea en pedimento, ó en el primer dia, ó en diligencia separada, porque lo que abunda siendo para utilidad, no daña, y jamás perjudican las precauciones.

Nota III. Con arreglo á este primer dia de inventario se han de estender y continuar los demás, poniendo los bienes por clases, y por menor, sin pasar á otra hasta concluir la principiada, aunque los de esta se hallen en distintas piezas y parages; y asimismo se han de poner los raices con sus linderos, cabida, sitio y señales, por donde puedan ser conocidos, pues así lo exîge el buen órden y método de claridad, como expuse en dicho cap. 1. num. 16. y 17. y para cesar en el inventario no es necesario auto, aunque el Juez asista, como en algunas partes se practica, basta expresar la causa por qué se cesa; ni tampoco para, concluida una clase de bienes, pasar á inventariar la otra, porque el inventario de todas es una diligencia continuada en diversos dias, y para evacuarla es suficiente el primer auto. Concluido el inventario de bienes muebles, raices, y semovientes, se procede al reconocimiento de papeles, y se inventarian por menor, y con separacion los créditos á favor del caudal, y despues las deudas que resulten contra él; y sinembargo de que estas, y aquellos no consten en los libros, papeles, ni asientos del difunto, si el inventariante, ya sea su viuda, hijo, criado ú otro que esté en su compañía, los sabe, se deben poner por via de declaracion suya, por los motivos expresados en el citado cap. num. 18. y 19. Y despues de evacuado todo, y en seguida de la diligencia del último dia, ó en otra separada, se cierra, y finaliza el inventario con el juramento, y protesta del inventariante, que por último requisito expliqué en el referido capítulo num. 40. ha de contener, lo qual es para excluir la presuncion de ocultacion, y exîmirse de incurrir en la pena de los ocultadores, y no para otro efecto; por lo que no es de esencia para su validacion segun nuestro derecho, como algunos ignorantes piensan, y la diligencia se entiende así.

Conclusion del inventario, juramento y protesta del inventariante.

Y en la forma expuesta se concluyó el inventario de los

bienes, créditos, caudal y efectos, que se hallaron pertenecer al mencionado Miguel Rodriguez, los quales quedaron en la casa en que vivió y murió, al cargo y cuidado de la nominada Francisca Lopez su viuda; la qual constituyó depósito de los inventariados en este dia en los própios términos que de los que lo fueron en los precedentes; y baxo de juramento que ante mi hizo por Dios nuestro Señor, y una señal de Cruz en forma de derecho, declaró no tenia noticia de otros, y protestó, y se obligó baxo del própio juramento, á que siempre que la tenga, los manifestará, y aumentará este inventario, para que los interesados no experimenten perjuicio en su importe, y lo firma con los demás, siendo testigos F. F. y F. vecinos de esta Villa.

Tasacion de bienes.

Al inventario se sigue la tasacion de los bienes inventariados, para que se sepa su valor, y con arreglo á él se puedan distribuir y aplicar; bien que para evitar tantos gastos, mejor es hacerlo todo á un tiempo, como en esta Corte se practica. No habiendo peritos diputados públicamente, deben hacer la tasacion los que lo sean en cada clase, y nombren las partes, y estas proponerlos al Juez por pedimento, ó al Escribano que entiende en el inventario, sin que para ella, siendo separada, se necesiten testigos como en el inventario, porque no es mas que una declaracion de cada perito, y en las declaraciones no debe haberlos; y la diligencia de nombramiento se estiende en esta forma.

Nombramiento de tasadores.

En tal parte á tantos de tal mes y año, ante mi el Escribano y testigos, Francisca Lopez viuda de Miguel Rodriguez, Manuel y Lorenzo Rodriguez sus hijos, y Pedro Sanchez curador para pleytos de Nicolasa Rodriguez tambien su hija, dixeron que mediante ser preciso tasar los bienes inventariados para efecto de saber su valor, y poder dividirlos (si á un tiempo se hiciere el inventario y tasacion) dirá: *Que para que el inventario y tasacion se evacuen á un tiempo, y con mayor prontitud,* nombran uniformemente para el aprecio de las tierras, viñas y olivos á F. Agrimensor; para las casas á F. Maestro Alarife;

para trastos de madera á F. Maestro Carpintero; para dorado y pintura á F. Maestro de exercicio Pintor, &c. á quienes quieren se haga notorio este nombramiento, á fin de que lo acepten. Esto dixeron, y que están prontos á asistir á la tasacion á las horas señaladas, y lo firman, doy fé. =

Notificacion á un tasador.

En tal parte á tantos de tal mes, y año, yo el Escribano hice notorio el anterior nombramiento á F. Maestro Carpintero en su persona, el qual enterado, dixo acepta el encargo que le está hecho, y se obliga á evacuarlo bien, y fielmente segun su inteligencia sin agraviar á los interesados; esto respondió, y lo firma, doy fé. =

Primer dia de tasacion.

En tal Villa á tantos de tal mes, y año, estando en la casa en que vivió, y murió Miguel Rodriguez, á efecto de tasar los bienes que dexó, y están inventariados, hallándose presentes Francisca Lopez su viuda, Manuel, y Lorenzo Rodriguez sus hijos, y Pedro Sanchez, curador para pleytos de Nicolasa Rodriguez menor tambien su hija, yo el Escribano recibí juramento por Dios nuestro Señor, y una señal de Cruz en forma de derecho de F. Maestro Carpitero, nombrado para valuar los trastos de madera, quien lo hizo como se requiere y baxo de él prometió hacer el aprecio, y segun su leal saber, y entender sin causar agravio, y reiterando la aceptacion que de este encargo tiene hecha ante mí, y haciéndola nuevamente en caso necesario, tasó, y valuó por sus respectivos precios los bienes siguientes:

Una mesa de nogal de vara y media de largo, y una de ancho, con dos caxones, cerraduras, llaves, y sus travesaños de hierro, en cincuenta reales..... ₰050.

Una papelera de lo mismo, hechura antigua, con tantas gabetas, y tantos caxones con sus cerradaras, y llaves en ciento y veinte reales..... ₰120.

Aquí se irá poniendo por menor la tasacion de cada cosa por este orden, y forma, y luego concluirá la de cada dia en la siguiente.

Importan los bienes tasados en este dia (si se inventariarén y tasaren á un tiempo, se dirá: *Inventariados, y tasados*) tantos reales de vellon, salvo error, los que declaró el referido tasador haber estimado, y apreciado bien, y fielmente segun su inteligencia baxo del juramento hecho en que se afirma y ratifica y lo firma con los interesados que presenciaron, y expresó ser de tantos años de edad poco mas, ó menos, de que doy fé. ==

Nota IV. Las diligencias de los dias sucesivos se han de formalizar con arreglo, y por el órden que la precedente, mudando lo que deba mudarse. Y prevengo lo I, que en la mera tasacion no son necesarios testigos como en el inventario, porque esta es una declaracion, en la qual no se ponen, como queda expuesto, ni hay ley que lo mande; lo que al contrario si á un própio tiempo se inventarian y tasan los bienes, pues entonces son precisos, y el depósito en la forma explicada. Lo II, que si el tasador no sabe firmar, se ha de expresar así, pues por este defecto no se anulará la tasacion, si procede en ella con rectitud. Lo III, que si está diputado públicamente para tasar, y tiene jurado (como es regular) al tiempo de su ingreso, y recepcion, no es necesario recibirle el juramento, ni está obligado á jurar en cada tasacion que haga, si no quiere, como he sentado en el referido capítulo n. 116. ni tampoco poner la edad que tiene, pero si no lo está, es preciso uno, y otro. Lo IV, que si los perítos nombrados por las partes discordaren en el aprecio de alguna, ó algunas cosas, han de nombrar tercero, y no lo haciendo, nombrarlo el Juez de oficio, y se han de estender las declaraciones de todos separadas, y practicarse lo que dexo explicado en el citado cap. 1. desde el num. 126. al 131. segun el caso ocurra. Lo V, que del inventario, y tasaciones se ha de dar traslado á los interesados, para que expongan lo que les convenga, así acerca de si algunos bienes se omitieron ó no, como de si los inventariados fueron, ó no apreciados por lo justo; y no diciendo cosa alguna contra ellos dentro de tres dias siguientes al de la notificacion del traslado, proveerá auto, aprobándolo todo, y mandándoles estar, y pasar por ello, con lo qual ya no pueden reclamarlo pasado el término de apelar; bien que si los interesados lo presenciaron, no es

para trastos de madera á F. Maestro Carpintero; para dorado y pintura á F. Maestro de exercicio Pintor, &c. á quienes quieren se haga notorio este nombramiento, á fin de que lo acepten. Esto dixeron, y que están prontos á asistir á la tasacion á las horas señaladas, y lo firman, doy fé. =

Notificacion á un tasador.

En tal parte á tantos de tal mes, y año, yo el Escribano hice notorio el anterior nombramiento á F. Maestro Carpintero en su persona, el qual enterado, dixo acepta el encargo que le está hecho, y se obliga á evacuarlo bien, y fielmente segun su inteligencia sin agraviar á los interesados; esto respondió, y lo firma, doy fé. =

Primer dia de tasacion.

En tal Villa á tantos de tal mes, y año, estando en la casa en que vivió, y murió Miguel Rodriguez, á efecto de tasar los bienes que dexó, y están inventariados, hallándose presentes Francisca Lopez su viuda, Manuel, y Lorenzo Rodriguez sus hijos, y Pedro Sanchez, curador para pleytos de Nicolasa Rodriguez menor tambien su hija, yo el Escribano recibí juramento por Dios nuestro Señor, y una señal de Cruz en forma de derecho de F. Maestro Carpitero, nombrado para valuar los trastos de madera, quien lo hizo como se requiere y baxo de él prometió hacer el aprecio, y segun su leal saber, y entender sin causar agravio, y reiterando la aceptacion que de este encargo tiene hecha ante mí, y haciéndola nuevamente en caso necesario, tasó, y valuó por sus respectivos precios los bienes siguientes:

Una mesa de nogal de vara y media de largo, y una de ancho, con dos caxones, cerraduras, llaves, y sus travesaños de hierro, en cincuenta reales..... @050.

Una papelera de lo mismo, hechura antigua, con tantas gabetas, y tantos caxones con sus cerraduras, y llaves en ciento y veinte reales..... @120.

Aquí se irá poniendo por menor la tasacion de cada cosa por este ordon, y forma, y luego concluirá la de cada dia en la siguiente.

Importan los bienes tasados en este dia (si se inventariaren y tasaren á un tiempo, se dirá: *Inventariados, y tasados*) tantos reales de vellon, salvo error, los que declaró el referido tasador haber estimado, y apreciado bien, y fielmente segun su inteligencia baxo del juramento hecho en que se afirma y ratifica y lo firma con los interesados que presenciaron, y expresó ser de tantos años de edad poco mas, ó menos, de que doy fé. =

Nota IV. Las diligencias de los dias sucesivos se han de formalizar con arreglo, y por el órden que la precedente, mudando lo que deba mudarse. Y prevengo lo I, que en la mera tasacion no son necesarios testigos como en el inventario, porque esta es una declaracion, en la qual no se ponen, como queda expuesto, ni hay ley que lo mande; lo que al contrario si á un própio tiempo se inventarian y tasan los bienes, pues entonces son precisos, y el depósito en la forma explicada. Lo II, que si el tasador no sabe firmar, se ha de expresar así, pues por este defecto no se anulará la tasacion, si procede en ella con rectitud. Lo III, que si está diputado públicamente para tasar, y tiene jurado (como es regular) al tiempo de su ingreso, y recepcion, no es necesario recibirle el juramento, ni está obligado á jurar en cada tasacion que haga, si no quiere, como he sentado en el referido capítulo n. 116. ni tampoco poner la edad que tiene, pero si no lo está, es preciso uno, y otro. Lo IV, que si los peritos nombrados por las partes discordaren en el aprecio de alguna, ó algunas cosas, han de nombrar tercero, y no lo haciendo, nombrarlo el Juez de oficio, y se han de estender las declaraciones de todos separadas, y practicarse lo que dexo explicado en el citado cap. 1. desde el num. 126. al 131. segun el caso ocurra. Lo V, que del inventario, y tasaciones se ha de dar traslado á los interesados, para que expongan lo que les convenga, así acerca de si algunos bienes se omitieron ó no, como de si los inventariados fueron, ó no apreciados por lo justo; y no diciendo cosa alguna contra ellas dentro de tres dias siguientes al de la notificacion del traslado, proveerá auto, aprobándolo todo, y mandándoles estar, y pasar por ello, con lo qual ya no pueden reclamarlo pasado el término de apelar; bien que si los interesados lo presenciaron, no es

necesario comunicarles traslado, pues ellos expondrán lo que se les ofrezca, y así en esta Corte no se les comunica, aunque nada presencien, ni las leyes lo mandan: por lo que no es de esencia para su validacion. Y lo VI, que para el valor por qué se han de inventariar los bienes muebles, y raices que cada cónyuge lleva á su matrimonio, ó durante este, hereda, ó le donan, se ha de distinguir de clases, y del estado en que se hallen. Si son tierras labrantías, se deben estimar por el que tenian entónces, ya sea mayor, ó menor, porque su dueño conserva su dominio, y el incremento, ó decremento que tengan por solo el tiempo, es própio, y privativo suyo como intrinseco, y no comunicable al otro cónyuge, segun senté en el cap. 4. n. 9. lib. 1. de este tratado. Si son edificios, viñas, olivares, huertas con árboles, &. que no se mejoraron, ni deterioraron durante el matrimonio, (lo qual resultará por el contexto con los títulos de propiedad, y reconocimiento que se haga) se ha de practicar lo própio; pero si se acreditáre que hubo mejoras útiles, se han de valuar estas con separacion, especificando en qué consisten, para que su importe se divida, y lo mismo se ha de practicar si hay pérdidas, ó menoscabos conocidos, y resultan gananciales, porque antes de dividir estos, se debe reintegrar cada cónyuge del fondo que puso en la sociedad. Los diamantes, piedras preciosas y otros bienes muebles, que no se consumen, ni deterioran con el uso, se han de inventariar, y aplicar por el valor que tenian quando los entró su dueño en el matrimonio. Pero sin embargo de lo expuesto, si las partes se conformaren expresamente en que se tasen nuevamente, y apliquen por el precio que se les dé, prevalecerá su convenio, y se estará á él, y una vez prestado su consentimiento expreso, ya no podrán apartarse de él: lo que tendrá presente el Escribano para advertírselo, y evitar pleytos.

Inventario de oficio por muerte abintestato de alguno.

Si muere alguno sin disposicion testamentaria, ya sea repentinamente, ó de enfermedad que le perturbó el juicio, y privó de hacerlo, y dexa hijos menores, ó herederos ausentes conocidos, ó ignorados, debe providenciar el Juez la custodia de

sus bienes á fin de evitar su ocultacion, y de que sus herederos sean defraudados: y aun poner guardas de vista dentro, y fuera de su casa mientras está enfermo, si es comerciante, ó acaudalado, sin embargo de que tenga muger própia; porque de omitir esta precaucion, peligran los bienes. Si la muerte fué repentina, no solo ha de procurar evitar el estravio de sus bienes, sino mandar justificar la identidad de su persona: para que se le pueda dar sepultura eclesiástica, y hacer que lo reconozcan Médico, y Cirujano, á efecto de inquirir si la muerte fué, ó no violenta; y en caso de haberlo sido, proceder contra los agresores. Pero si fué natural, y porque la gravedad de la enfermedad le perturbó la cabeza, ó porque sin embargo de estar capáz, y muchos dias enfermo, no quiso testar, (pues hay personas de esta tenacidad) entonces es superfluo el reconocimiento de Médico, y Cirujano, basta justificar su christiandad, ó que certifique su Párroco de ella, sin causar mas gastos, para que se le entierre en sagrado, ni en el auto se debe mandar, porque no hay presuncion de violencia, ni perpetracion de homicidio, ni en que fundarla; y las diligencias de prevencion de abintestato se principian por un auto de oficio á la similitud del siguiente.

Auto para prevenir un abintestato.

En tal Villa á tanto de tal mes y año, por ante mí el Escribano el Señor Don F. Corregidor de ella, dixo se le acaba de dar noticia, que F. ha fallecido de accidente repentino á tal hora, dexando hijos menores, (ó sin herederos conocidos) sin haber hecho testamento. Y para evitar la ocultacion de sus bienes, averiguar la causa de su muerte, justificar la identidad de su persona, y proceder á lo demas que haya lugar, hizo poner este auto de oficio por cabeza de proceso; y en su virtud manda á qualquier alguacil de este Juzgado, que en mi compañía pase á su casa, y constando ser difunto, recoja todas las llaves, seqüestre sus bienes, y los custodie en donde no se extravíen, y proceda el exámen de testigos, Médico y Cirujano que reconozcan el cadáver, á cuyo efecto nos da comision en forma; y evacuado todo, se traiga para en su vista providenciar lo conveniente; y por este su auto así lo provee, manda y firma, de que doy fé. =

Fé de muerte del sugeto y requirimiento á la viuda para la entrega de llaves.

Incontinenti el citado Alguacil pasó conmigo á la casa donde viviendo habitaba F., que está en tal calle, y en tal pieza de ella le hallamos al parecer cadáver, y conocí ser el mismo que en vida tenia tratado; en cuya vista el mencionado Alguacil requirió con el auto anterior á mi presencia á F. su viuda, para que le entregase todas las llaves de los cofres, arcas, papeleras y demas trastos en donde están custodiados sus bienes muebles, y papeles; y en su cumplimiento le entregó tantas que dixo ser todas las que hay de los cofres, arcas y papeleras, con las que se abrieron, y volvieron á cerrar, y además de esto en una pieza que está ácia tal parte, hizo meter todos los muebles que en otras habia, la que dexó tambien cerrada, y recogió su llave, y lo firma, de que doy fé. =

Informacion acerca de la identidad del difunto.

En tal Villa á tantos de tal mes y año, por ante mí el Escribano, F. Alguacil de su Juzgado en uso de la comision que le está conferida, recibió juramento por Dios nuestro Señor, y una señal de cruz en forma de derecho de M. vecino de ella, quien lo hizo como se requiere, y baxo de él prometió decir verdad, y lo que supiere sobre lo que fuere preguntado; y siéndolo por mí al tenor del auto que vá por principio de éstos, dixo: que conoció de vista, trato, y comunicacion á F. el qual oyó decir falleció en este dia, á tal hora de accidente repentino, sin haber hecho testamento, dexando tantos hijos menores, y sabe que el citado F. era christiano, temeroso de Dios, porque le vió oir misa muchas veces, y freqüentar los Santos Sacramentos de la Penitencia, y Eucaristía. Todo lo qual declaró ser la verdad, y lo que puede decir baxo el juramento que dexa hecho: en que se afirmó, y lo firma con el citado Alguacil, y expresó tener tantos años de edad, de que doy fé. =

Nota V. Segun queda ordenada esta declaracion, se han de ordenar las de otros dos, ó mas testigos. Si la muerte fué re-

pentina, han de reconocer el cadáver Médico, y Cirujano, y sus disposiciones estenderse con los términos facultativos que digan, y resultando por estas haber sido natural, se provee auto para que se dé sepultura eclesiástica al cadáver, y se continúan las diligencias de inventario, nombrando curador para pleytos á los menores, si exìsten en la edad pupilar, ó defensor á los herederos ausentes, con cuya citacion, y con la de la viuda, si la hubiere, se practica todo, librando requisitorias, y fixando edictos, llamando á los parientes que deben heredar abintestato al difunto por falta de herederos legítimos.

Auto para que se dé sepultura al cadáver, y se inventarien los bienes.

Por lo que resulta de las precedentes diligencias, se dé tierra sagrada al cadáver de F. en la Iglesia Parroquial de donde fué feligrés, á cuyo fin se saque testimonio de este auto, que se entregue á su Párroco; (si hubiere Provisor, ó Vicario en el Pueblo, se dirá: *Con el que se acuda al Señor Vicario de esta Villa, para que conceda á su Párroco la competente licencia*) y hecho, se inventarien, y tasen los bienes que dexó, con citacion de los interesados, los quales nombren tasadores que los valúen; y mediante la pupilar edad de M. y N. hijos menores del nominado F. se nombra por su curador para pleytos á F. Procurador de este juzgado, con cuya citacion, precedidas las solemnidades de su juramento, obligacion, fianza y discernimiento, se practique todo. El Señor Don F. Corregidor de esta Villa de tal lo mandó á, &c.

Nota VI. Resultando haber sido natural la muerte, no es necesario que el Escribano asista al entierro del cadáver, ni hay para qué; pero si resultase que fué violenta, en este caso, como que tiene principio el cuerpo del delito, y es preciso proceder criminalmente, á fin de que no queden impunes los homicidas, se le debe mandar en este auto que lo presencie, y forme pieza separada, poniendo fé del parage, y sepultura en que se le enterró, hábito que llevaba, y demás señales, y circunstancias correspondientes para que si conviniese desenterrarlo, y volverlo á reconocer, no se dude que es el mismo, ni del homicidio por lo que influyan los re-

conocimientos, y demás diligencias, é inquisiciones que se hagan.

Nota VII. Sobre declarar á un pariente del difunto por su heredero abintestato.

No habiendo dexado hijos, ni otros herederos forzosos el difunto, se ha de nombrar defensor á los bienes yacentes, fixar edictos en los parages públicos de su Pueblo, y expedir requisitorias á él en donde se tenga noticia que hay parientes suyos, para que se fixen allí tambien, llamándoles, y á sus acreedores con término perentorio; y si alguno pretende derecho á la herencia, ha de dar pedimento, presentando las Partidas de bautismos, casamientos, testamentos y demás documentos que acrediten el grado de parentesco que tenia con él, y pedir que á mayor abundamiento se le reciba informacion de ello, y se le dé la posesion de todos los bienes. A esta pretension debe mandar el Juez, que con citacion del defensor se le reciba la informacion; y que evacuada, se le comuníque traslado de todo. El defensor responderá conformándose con la pretension, si no duda de las justificaciones; ó expondrá lo que segun lo resultante de autos se le ofrezca; y no habiendo oposicion, ó aunque la haya, vencidas que sean las dificultades que proponga éste, se declarará al pretendiente por heredero abintestato del difunto, y mandará darle la posesion de sus bienes, con obligacion de hacer por su alma los sufragios correspondientes á su calidad, y haberes, y de dar cuenta al Juez de haberlo practicado; (pues si no se le precisa á ello en el auto, es regular que nada haga, y que solo piense en disfrutar la herencia) y para la entrega de los bienes, que se requiera al depositario, al qual con testimonio de haberla hecho, se dará por libre del depósito constituido. Y si dexáre el difunto hijos, ú otros ascendientes legítimos, pretenderán se les declare por herederos, haciendo la informacion de testigos, y presentacion de documentos, y se les declarará baxo la misma obligacion; y en este caso no es menester nombrar defensor, porque la herencia no está yacente, ó vacante sin tener quien la represente, como en el anterior. Esto es en substancia lo que se practica

para declarar á alguno por heredero abintestato de otro pariente suyo; y por ser de fácil ordenacion, omito estender las correspondientes diligencias.

Forma de estender los autos de tutela, y curaduría de bienes.

Pedimento.

María Fernandez, viuda de Antonio Albarez vecino que fué de esta Villa, ante V. m. como mas haya lugar: digo: que el expresado mi marido falleció tal dia baxo del testamento que otorgó ante F. Escribano Real, en el que instituyó por sus herederos á Joseph, y Antonio Albarez nuestros hijos procreados en nuestro matrimonio, que se hallan en la edad pupilar, y por una de sus cláusulas me nombró por tutora, y curadora de las personas y bienes de ámbos, relevada de fianzas, segun se acredita del testimonio que presento: en cuya atencion: á V. m. suplico se sirva haberlo por presentado, y por lo que resulta de la cláusula en él inserta, discernirme el cargo de tal tutora y curadora con la expresada relevacion, y mandar se me dé el testimonio competente de dicho discernimiento para mi resguardo; pues así es justicia que pido, y para ello, &c. = María Fernandez.

Auto. Por presentado el testimonio que se refiere, y por lo que de él resulta, se aprueba el nombramiento con relevacion de fianza hecho por Antonio Albarez en esta parte de tutora y curadora de los bienes de Joseph, y Antonio Albarez menores, hijos de ámbos: notifiquésela acepte, jure, y se obligue, y hecho se traiga para discernirla el cargo. El señor Don F. Corregidor de esta Villa de tal lo mandó á tantos, &c.

Notificacion, aceptacion, juramento, y obligacion de la curadora.

En tal parte á tantos de tal mes, y año, yo el Escribano hice notorio el auto anterior á María Fernandez en él contenida en su persona, y enterada, dixo: acepta el cargo de tutora y curadora de las personas, y bienes de Joseph, y Antonio Albarez sus hijos menores, procreados en su matrimonio con Antonio Albarez su difunto marido; y baxo del ju-

ramento que hizo por Dios nuestro Señor, y una señal de Cruz en forma de derecho, se obliga á usarlo bien, y fielmente, y á que cuidará, educará y enseñará á dichos sus hijos, y administrará sus bienes como debe, arrendando los raices á las personas por los tiempos, y precios que les sean mas útiles, y ventajosos, y los defenderá en todos los pleytos que se les muevan, ó necesiten promover con qualesquiera personas, y Comunidades eclesiásticas, y seculares, practicando en su razon las diligencias conducentes; y para la mejor direccion, y acierto tomará parecer, y consejo de letrados, y personas de ciencia, y conciencia que sepan dársele, á fin de que ningun daño se irrogue á los menores, ni á sus bienes por su culpa, omision, ó negligencia: tendrá libro de cuenta, y razon de su administracion, para darla con pago siempre que se le mande: y hará todo lo demás á que un buen tutor, y curador de bienes está obligado, y lo mismo que los menores practicarian por sí mismos, si tuvieran la edad competente para gobernarse: á todo lo qual se obliga con sus bienes muebles, raices, derechos y acciones presentes, y futuros, dá amplio poder al Señor Corregidor, que es, y fuere de esta Villa, y á los demás Señores Jueces que de esta causa deban conocer conforme á derecho, para que á todo la compelan como por sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada, y consentida, que por tal lo recibe; renuncia las leyes, y fueros de su favor; y así lo otorga, y firma, á quien doy fé conozco, siendo testigos F. F. y F. vecinos de esta Villa.

Nota VIII. Si el tutor, ó curador de bienes fuese electo de oficio del Juez, ó el curador propuesto por los menores púberes, debe afianzar á satisfaccion del mismo Juez: siendo interesado en la particion alguno de los dos, se ha de nombrar curador para pleytos á los menores excepto que ya lo tengan; pero si ninguno tiene interés de bienes, es superfluo, como he sentado en el cap. de inventarios, n. 80. De las fianzas que presente el tutor, ó curador, conviene dar traslado al para pleytos si lo hay, para que oyéndolo el Juez, las ápruebe, y no quede en descubierto el Escribano, pues de recibirlas éste, sin preceder dicho requisito, puede quedar responsable, porque es visto recibirlas por su cuenta, y riesgo;

y de practicarse lo expuesto, lo quedan el Juez, y el curador para pleytos, bien que el derecho impone solamente la responsabilidad al Juez, como expuse en dicho cap. n. 77. pero lo que abunda no daña. Prevengo lo I, que las fianzas se han de proponer por pedimento, y obligarse el fiador en la aceptacion y juramento segun se ha hecho en la curaduría para pleytos, ó en instrumento separado. Y lo II, que en la obligacion anterior no puse renunciacion de las leyes del Emperador Justiniano, Senadoconsulto Veleyano, Toro, Madrid, Partida, y otras, que los Escribanos ignorantes ponen en todos los contratos de mugeres indistintamente, porque no vienen al caso, ni favorecen á la muger libre, y capáz que por sí misma se gobierna, y constituye la obligacion por su hecho própio como principal, siéndolo realmente, segun he sentado en el cap. 7. de mi primera parte adiccionada nn. 105. y 106. lo qual advierto al Escribano para que no incida en errores como hasta ahora lo hicieron todos.

Discernimiento de tutela, y curaduría de bienes.

En tal parte, á tantos de tal mes, y año, el Señor Don F. Corregidor, &c. habiendo visto la aceptacion, juramento y obligacion precedentes, dixo: discernia, y discierne á María Fernandez viuda de Antonio Albarez, el oficio, y cargo de tutora, y curadora de las personas, y bienes de Joseph, y Antonio Albarez menores, sus hijos, y la confiere ámplio poder para que miéntras subsista viuda, los gobierne, alimente, eduque y enseñe, poniéndolos con Maestro que lo practíquen en lo que por sí no pueda instruirlos: administre sus bienes, arrendando los raices á las personas, por los tiempos, precios y con los pactos que estipulare, y sean mas útiles, y cómodos á los referidos menores; y fenecidos unos arrendamientos, haga otros de nuevo, conservando á los inquilinos, y colonos, ó despojándolos siempre que haya causa legal para ello, y formalice las Escrituras de arrendamiento, y su prorrogacion con las cláusulas, y estabilidades congruentes. Para que pida, y tome cuentas á los que deban darlas á los menores, las que estando arregladas, consienta, y apruebe, y si contuvieren agravios, los expongá, y aclare hasta que que-

den sin el mas leve. Para que perciba, y cobre de su Magestad, (que Dios guarde) y de sus Tesoreros, y demás personas, todas las cantidades de maravedis, granos, aceyte, vino, lana, seda y otras especies, y semillas que toquen á los menores, y deban percibir por escrituras, arrendamientos, vales, cuentas, transacciones, compromisos, sentencias, letras, sueldos, propinas, censos, juros, efectos, consignaciones, legados, herencias, cesiones, lastos, y por otra qualquier causa, motivo, ó razon, sin reservacion, ni limitacion, aunque aquí no se exprese; y de lo que percibiere, y cobráre, formalice á favor de ellos recibos, cartas de pago, y demás resguardos que les convengan, y lastos á los que pagáren por otros como sus fiadores, ó mancomunados. Para que otorgue redenciones y subrogaciones de los censos que pertenezcan á los menores, percibiendo sus capitales, y volviéndolos á imponer sobre fincas libres productivas, seguras, y saneadas, de modo que no perezcan. Para que defienda á los expresados menores, y á sus bienes en todos los pleytos, causas y negocios civiles, y criminales que tengan y en lo sucesivo se les ofrezcan con qualesquiera personas, y Comunidades eclesiásticas, y seculares de todos estados, y dignidades, siendo actores, ó demandados, á cuyo fin comparezca en Juicio, y presente pedimentos, &c. (*proseguirá como la curaduría para pleytos*) y últimamente haga, y practique todos los pedimentos, actos, autos y diligencias judiciales, y extrajudiciales que conduzcan hasta conseguir plenamente quanto solicite á beneficio de los enunciados menores, y executoria con execucion de ella, y las que éstos, si fueran mayores, practicarian por sí sin excepcion; y en lo que su consejo no baste, lo tomará de letrados, y personas de ciencia, y conciencia, que sepan dársele; y tendrá libro de cuenta, y razon con cargo, y data, para darla siempre que se le pida, pues para todo lo expresado, y lo incidente y anexo le confiere el prenotado Señor Corregidor el mas ámplio, y eficáz poder con libre, franca y general administracion, y facultad de que pueda substituir por su cuenta, y riesgo esta curaduría, ó en virtud de ella conferir poderes especiales para las cosas en que por sí misma no pueda intervenir, revocar los substitutos, y apoderados, y elegir otros las veces que quisiere; y á todo quan-

to practique por sí, ó por medio de sus apoderados, y substitutos en utilidad de los nominados sus hijos, interpone su merced la autoridad de su oficio quanto puede, y há lugar en derecho, á fin de que tenga mayor validacion, y manda que de este discernimiento se la dán los testimonios que pida, y que estos autos se protocolicen en los registros de mí el pre ente Escribano, y lo firma, de que doy fé. =

Nota IX. El discernimiento de tutela, ó curaduría de bienes es un poder que el Juez confiere al curador, ó tutor, para gobernar, y cuidar de las personas de los menores, y sus bienes, y defenderlos en juicio, y así es mucho mas que el curador para pleytos, que solo es para los pleytos, y habiendo curador de bienes, es superfluo el para pleytos, sino que sea en los casos en que aquel es interesado con el menor, v. g. en la particion, ó en los de cuentas de su encargo, y mala versacion de él si no hay otro tutor, ó curador de bienes, y en otros semejantes, pues entónces es preciso que el menor tenga quien le defienda, porque el tutor, ó curador de bienes es parte, y colitigante con éste, y no puede hacer por él contra sí; pero para todo lo demás puede, y substituir la curaduría, ó dar poder á quien en su nombre lo practique todo, sin necesidad de gravar al menor con dietas, ó salarios ociosos del curador para pleytos, excepto en los casos expresados, como dexo expuesto. Los autos de esta curaduría deben protocolarse como los instrumentos, porque á la verdad lo son, y pueden tener tracto sucesivo por los que en su virtud se formalicen, al modo que la curaduría para pleytos queda con ellos, por limitarse á lo judicial.

Nota X. Si el menor posee algun oficio, v. g. de Escribano, Procurador, &c. que por su menor edad no puede exercer, se ha de conceder facultad al tutor, ó curador de bienes, para que durante ella nombre quien lo sirva, pues al menor, y muger no se despachan títulos en sus cabezas, por estar impedidos de servirlos. Si goza Patronatos eclesiasticos, y tiene Beneficios, ó Capellanías que presentar, tambien se le ha de conferir la de hacer por sí solo su presentacion, hasta que cumpla los siete años, y pasados, para que concurra á hacerla con el mismo menor, ó la apruebe, pues la que haga sin éste, no sirve porque en cumpliendo los sie-

te años, puede hacerla por sí, y comparecer en juicio sin autoridad del curador para las cosas beneficiales, y espirituales. Y si el menor llegó á la pubertad, no tiene potestad el tutor para presentar sin consentimiento, porque los tutores no se dan á los menores para en quanto á lo espiritual, y eclesiástico, ni en esto dependen de ellos como he sentado en el cap. 71. de mi primera parte, n. 62. y en el de inventarios n. 68.

Exemplares de particiones, á fin de que el contador se instruya en el modo de estenderlas, con sus respectivas notas para su mas clara inteligencia.

EXEMPLAR I.

Particion de los bienes que dexó el marido, entre su viuda, é hijos de ámbos con mejora y colacion.

§. II.

El Licenciado D. F. Abogado de los Reales Consejos, vecino de esta Villa de tal, contador nombrado uniformemente por Doña Clara de Vargas, viuda de D. Felipe Ximenez, por D. Joseph Ximenez, y Doña Ana Ximenez, mayores de 25 años, y esta viuda de D. Santiago Lopez, y por Antonio de Sierra, curador para pleytos de D. Juan Ximenez menor en la edad pupilar, todos tres hijos de ámbos, é instituidos por únicos, y universales herederos del citado D. Felipe en el testamento que formalizó en esta Villa á tantos de tal mes y año, ante F. Escribano de su Número, baxo del que falleció, cuyo encargo tengo aceptado, y acepto nuevamente en caso necesario; hago liquidacion, cuenta y particion de todos los bienes, créditos, caudal y efectos que dexó el expresado D. Felipe, entre su viuda y herederos, con presencia, reconocimiento y escrupuloso exámen de su testamento, inventario formalizado, y de otros papeles relativos y concernientes á su evaquacion; y para su mas perceptible inteligencia presupongo:

SUPUESTOS.

I.

Sobre la dote de Doña Clara de Vargas.

Lo I, que estando para casarse los prenotados D. Felipe y Doña Clara, formalizó aquel á favor de ésta en tal dia, mes y año ante tal Escribano carta de pago, y recibo de los bienes que traxo á su matrimonio, ascendieron á cincuenta mil reales segun sus tasaciones, inclusos diez mil que llevó en dinero efectivo, por la qual se obligó á devolverle los quarenta mil en bienes equivalentes á justa tasacion, ó en los mismos que exîstiesen, y los diez mil en dinero, siempre que el matrimonio que habian de contraer, se disolviese: y en el própio dotal contrato la ofreció en arras y donacion *propter nuptias*, ó como mas hubiese lugar en derecho, y la fuese útil, quinientos ducados de vellon, que confesó cabian en la décima parte de los bienes libres con que entónces se hallaba; y caso que no cupiesen, se los consignó en los que en lo sucesivo adquiriese á su eleccion. Y mediante haber cabido entónces, y caber tambien ahora en ella, se la bonificarán íntegramente, con la calidad de reservarlos á sus hijos, si se volviere á casar: y asímismo se la bonificará el importe de su dote; pero respecto no constar haber llevado bienes parafernales que haya entregado á su marido, ni heredado despues cosa alguna, nada mas se la abonará como patrimonio suyo puesto en la sociedad conyugal; ni tampoco vestido ordinario, por no haberse inventariado.

II.

Sobre el capital y herencia de Don Felipe Ximenez.

Lo II, que el enunciado D. Felipe despues de haber contraido su matrimonio, y en el dia tantos de tal mes y año, ante tal Escribano hizo capital de todos los bienes que á él habia llevado, y ascendieron á 120 mil reales, de los quales los 80 mil fueron en bienes raíces libres de todo gravamen, y los 40

mil en muebles, y de todos otorgó á su favor la nominada Doña Clara el resguardo congruente para que siempre constase. Y posteriormente heredó de D. Pedro Ximenez su tio 30 mil reales líquidos, baxada su parte de gastos judiciales, de cuya suma se le aplicaron en bienes tambien raices los 25 mil, y los 5 mil restantes en alhajas de plata, segun se acredita de la adjudicacion que se le formó en la division hecha por su fallecimiento con otros sobrinos coherederos, y aprobada judicialmente por sentencia proferida en tal dia por el Señor D. F. Corregidor de esta Villa, ante tal Escribano de su Número. De modo que el prenotado D. Felipe Ximenez entró en el matrimonio que contraxo con la enunciada Doña Clara, la cantidad de 150 mil reales efectivos, los 120 al tiempo de su celebracion, y los 30 mil restantes mientras duró. Y respecto haber caudal suficiente para satisfacer las deudas de la sociedad conyugal, y no constar que tuviese contra sí responsabilidades algunas, por lo que no hay méritos, ni motivos para minorar su capital, se estimarán por fondo suyo líquido puesto en ella, y se le abonarán íntegramente; previniendo que los bienes raíces, y alhajas de plata que llevó, y exîsten, se aplicarán á sus hijos como privativo patrimonio de su padre, y no á su viuda, por haber otros con que reintegrarla así de su total haber con arreglo á lo estipulado en el contrato dotal, como de luto, lecho, gananciales y demás que la corresponde por derecho, y segun la disposicion, y obligacion constituida por su difunto marido.

III.

Sobre la dote dada á Doña Ana Ximenez por sus padres quando se casó.

Lo III, que la precitada Doña Ana Ximenez contraxo matrimonio en tal dia de tal año con el enunciado Don Santiago Lopez, y á él llevó, y la dieron sus padres en dote por cuenta de ámbas legítimas 30 mil reales en diferentes bienes muebles, dinero y alhajas de plata, como se acredita del instrumento dotal otorgado por su marido en tal parte, tal dia de dicho mes y año. Y respecto á que segun real estatuto se deben deducir de los gananciales las dotes y donaciones *propter*

nuptias, aunque el padre solo las dé, ú ofrezca. y que en el caudal inventariado los hay, se la imputarán en cuenta de su haber paterno los 15 mil, mitad de los 30, y retendrá en su poder los otros 15 para colacionarlos quando se trate de dividir la herencia materna, como por derecho se ordena; y los de la paterna se separarán, á fin de no detraer de su importe mejora, ni legado de qüota, especie, ni cantidad, cumplir de esta suerte con el legal precepto, que prohibe se saquen mejoras de las dotes, y donaciones que se colacionan, y no perjudicar á la Doña Ana, ni coherederos en cosa alguna de su legítimo haber. Y deducida de lo líquido del caudal paterno la mejora de tercio y quinto, se unirán los relacionados 15 mil reales al residuo para la division igual de legítimas entre todos tres partícipes, aplicándolos en vacío, ó entrada por salida á la Doña Ana, como recibidos, y lo que la falte para completar la suya, en bienes efectivos. Y sinembargo de que su carta dotal asciende á 40 mil reales no se la cargarán ahora, ni quando su madre muera, los 10 mil restantes, á causa de no haber salido del patrimonio de sus padres, y sí proceder de dádivas, y regalos que varias personas por afecto, y no por mera contemplacion de aquellos la hicieron, como en ella se refiere, y así en ningun tiempo los deberá colacionar con sus hermanos.

IV.

Sobre el Testamento de Don Felipe Ximenez.

Lo IV, que el nominado Don Felipe falleció en esta Villa en tal dia baxo del testamento que habia otorgado en tal dia de tal mes, y año ante tal Escribano, por el qual despues de hacer la protestacion de la Fé, é invocar el patrocinio de los Santos, mandó se sepultase de secreto su cadáver sin la menor pompa, ni fúnebre aparato en su casa, ni en la Iglesia: que por su alma se celebrase misa de cuerpo presente con Diácono, Subdiácono, Vigilia y Responso en el dia de su entierro, y si no pudiese ser, en el siguiente: y por su alma, las de sus padres, y demás de su obligacion, 200 misas rezadas con limosna de quatro reales cada una, dexando al arbítrio de sus testamentarios la celebracion de las 150 en las Iglesias y Al-

tares que eligiesen, por tocar las 50 restantes como quarta parte de todas á la Parroquia. Legó por una vez para la conservacion de los Santos lugares de Jerusalen y Redencion de christianos cautivos 20 reales, y otros veinte para ayuda á la curacion de los pobres enfermos de los Reales Hospitales General y Pasion de esta Villa. Legó tambien á su muger 500 ducados de vellon en dinero, y otros 500 á su hija Doña Ana, consignando los de esta en tales bienes raices y si su tasacion excediese á ellos, mandó que se la aplicase el exceso en parte de legítima, y no completando su valor, que lo que faltase se la supliese en dinero. A Juan de tal su criado, legó 50 ducados en dinero; dos vestidos de paño de tal y tal color, quasi nuevos, y dos mudas enteras de ropa blanca interior, con dos camisolas, y dos corbatines, todo nuevo, de los de su uso, y asimismo la cama completa en que dormia, incluyendo en ella el armazon de madera, los dos colchones, quatro sábanas, quatro almohadas con dos fundas, y la manta y colcha que usaba: y á María su criada 100 en dinero, y su cama en igual forma. Declaró la dote, y capital que él, y su muger llevaron á su matrimonio, y lo que queda relacionado heredó de su tio, como tambien la dote que habia dado á dicha Doña Ana su hija en cuenta de ámbas legítimas. Mandó se cobrase lo que se le debia, y pagase lo que estuviese debiendo, todo lo qual expresó resultaria de sus papeles y asientos. Mejoró en el remanente del quinto de sus bienes á su hijo D. Joseph, y en el tercio al D. Juan, consignando á éste para parte de pago de su mejora tal y tal finca raíz; y si no la completasen, mandó se le aplicase el resto en otros bienes de su herencia. Nombró por sus testamentarios con facultad para todo, y prorogacion del término legal á D. Pedro, Sancho y Diego de tal, juntos, y por tutora y curadora del Don Juan su hijo menor á su madre, relevada de fianzas. Instituyó por sus herederos universales á sus tres hijos únicos D. Joseph, Don Juan y Doña Ana Ximenez. Y revocó y anuló todas las disposiciones testamentarias que anteriormente tuviese hechas; que es quanto substancialmente resulta del prenotado testamento, que á este efecto tuve presente. Con arreglo al qual, y al precepto legal se separará previamente el quinto de lo que le corresponda de los bienes inventariados, y no de los colacionables, y de él se baxarán lo gas-

tos de su funeral, misas y entierro, y los legados especificos, y genéricos que hizo, aplicándose á Doña Clara el suyo con la obligacion en caso de hacer tránsito á segundas nupcias, de reservarlo al D. Joseph, á quien corresponde por su mejora: y el residuo que quede de él, se adjudicara á éste; y luego del resto de los próprios bienes inventariados se deducirá el tercio, para aplicarlo al D. Juan: y el sobrante despues de deducidos quinto y tercio, se unirá á los 15 mil reales, que en parte de legitima paterna, y como recibidos, debe colacionar la Doña Ana: todo lo qual se hará un cuerpo, y dividirá con igualdad entre los tres, aplicando á ésta en vacío, ó entrada por salida los mencionados 15 mil reales, y en bienes efectivos lo que la falte para completar su legitima diminuta, y legado que la hizo su padre, como en el anterior presupuesto queda advertido.

V.

Sobre el inventario formalizado, liquidacion y division del caudal inventariado, y colacionado.

Y lo último, que en conseqüencia del fallecimiento del expresado D. Felipe acudieron la nominada Doña Clara de Vargas su viuda, y sus dos hijos mayores en tal dia ante el Señor D. F. Corregidor de esta Villa, y por la escribanía numeraria de F. con la solicitud, de que se hiciese inventario, tasacion y particion de sus bienes entre todos los interesados; y por un otrosí, con la de que se proveyese de curador para pleytos al menor á la que defirió, eligiendo por tal al prenotado de Sierra, á quien precedida la solemnidad legal, discernió el cargo; y con asistencia de todos se formalizó el inventario, y tasacion de quantos se hallaron pertenecerle, y ascendieron á 429 mil reales en esta forma: En tierras de pan llevar 30 mil reales: en viñas 20 mil: en olivares 60 mil: en casas 40 mil: en trastos de madera 8 mil: en pinturas, y dorado 6 mil: en ropa blanca usada, y en pieza 14 mil: en vestidos de lana, y seda 10 mil: en colchones, mantas y fundas 1800: en cobre, peltre y azofar 4 mil: en plata labrada sin hechuras 20 mil: en diamantes por el tercio de su tasa, segun se refiere en el inventario 18 mil: en trigo de su cosecha 12 mil: en cebada 6

mil: en garbanzos 1500: en centeno y avena 500: en algarroba 800: en vino 9 mil: en aceyte 18 mil: en aperos de labor 4 mil: en bueyes y bacas 4 mil: en mulas y yeguas, y en caballos, con sus aperos 19 mil: en paja 2 mil: en ganado lanar 34 mil: en barbechos sin sembrar 6 mil: en deudas cobrables 20 mil: y en dinero efectivo 60400; cuyas 27 partidas suman (salvo error) los mencionados 429 mil reales de vellon, total importe del caudal inventariado por muerte del enunciado D. Felipe Ximenez. De estos se harán con arreglo á ley, á lo que resulta de los documentos relacionados, y á la última disposicion de dicho D. Felipe, las deduciones generales, y particulares, y la distribucion, y aplicacion correspondientes á los interesados en ellos; y en primer lugar, y como privilegiada la de la dote de la referida Doña Clara importante 50 mil reales. En segundo la de los 10 mil que dicho D. Felipe estaba debiendo á sus criados, y otras personas quando falleció, segun por extenso se acredita en la última diligencia, y declaracion del inventario, que por estar satisfechos no se formará hijuela de deudas. Y en tercero la de los 150 mil que entró como capital en su matrimonio, cuyas tres partidas componen 210 mil reales: y baxadas del total, resultan de gananciales 219 mil; de los quales se deducen 1300, que los suman los bienes de que se compone el lecho quotidiano que ámbos ussaban, y se ha de aplicar á la Doña Clara, mediante permanecer viuda, y quedan de gananciales liquidos partibles con igualdad 217700 reales, cuya mitad son 108850. Unida la mitad de gananciales al capital del D. Felipe, es su total haber el de 258850 reales: de los quales baxados 6500, los 5500 por las arras que ofreció á su muger, y los mil por el luto ordinario, que segun costumbre deben darla sus herederos, queda reducido su haber á 252450, cuyo quinto son 50470; baxando éste, resultan de caudal 201880, de los quales el tercio son 67293 y 11 maravedis; y hecha esta deducion, queda para legítima 134586 y 23 maravedis, á los que se aumentan los 15 mil, mitad de los 30 que Doña Ana Ximenez tiene recibidos, y debe colacionar en cuenta de su legítima paterna, como se ha prevenido en el presupuesto III, y al fin del IV, y con ellos asciende el total de legítimas á 149586 reales y 23 maravedis, de cuya suma tocan á cada hijo 49862 reales, y 7 maravedis. Por lo respectivo á

la liquidacion del quinto importante los prenotados 50470 reales, se deben baxar de ellos 17671, y 26 maravedis, que los importan el funeral, misas y entierro de dicho D. Felipe, los legados que hizo, y los derechos de visitar su testamento, y queda reducido á 32798 reales y 8 maravedis, los que se aplicarán á su hijo D. Joseph, como mejorado en su residuo con el importe de su legítima. Segun esta liquidacion resulta que el haber de Doña Clara por todos sus derechos asciende á 172150 reales en esta forma: 50 mil por su dote: 108850 por su mitad de gananciales: 5500 por sus arras: 1000 por el luto: 1300 por el lecho: y 5500 por el legado que la hizo su marido. El de D. Joseph á 82660 reales, y 15 maravedis; los 49862 y 7 maravedis por su legítima, y los 32790 y 8 maravedis por el residuo del quinto. El de D. Juan á 117155 reales y 18 maravedis, los 49862 y 7 maravedis por su legítima, y los 67293, y 11 maravedis por su mejora del tercio. Y el de Doña Ana á 55362 reales, y 7 maravedis, los 49862 y 7 maravedis por su legítima; y los 5500 por el legado que la hizo su padre; y unidos estos haberes con los 10000 reales de las deudas comunes, y con el importe del funeral, misas, entierro, legados de criados, y derechos de visita del testamento: y agregados á estas partidas 200 maravedis, de que por tener incomodísima, é imposible division, y no gastar infructuosamente el tiempo en apurar quebrados, no se hizo mérito, componen 444000 reales, total caudal inventariado, y colacionado: y baxados los 15 traidos á colacion queda reducido á los 429000 inventariados; y se previene que nada se abona á la viuda por via de alimentos, ni intereses de dote retardada á causa de haber estado viviendo con sus hijos, y gastado todos de una masa desde la muerte de su marido, sin haber resultado incremento de caudal en el corto tiempo de la proindivision, segun se me ha informado. Con arreglo á todo lo qual procedo á formar el cuerpo de hacienda, liquidacion y deducciones de él en la forma siguiente.

Cuerpo de hacienda.

Se ponen por caudal treinta mil reales de vellon,
en que se han valuado las tierras de pan llevar,

inventariadas por muerte de Don Felipe Ximenez..... 30@.
Idem, veinte mil reales, á que ascienden las viñas que dexó..... 20@.
Idem, sesenta mil reales en que se valuaron los olivares que se hallaron pertenecerle..... 60@.
Idem, quarenta mil reales, total precio liquido de dos casas que poseía en tal y tal calle..... 40@.
Idem, ocho mil reales, importe de los trastos de madera, y menage de su casa..... 8@.
Idem, seis mil reales, en que se apreciaron las pinturas y dorado..... 6@.
Idem, catorce mil reales, valor que se dio á la ropa blanca usada, y en pieza..... 14@.
Idem, diez mil reales, á que ascendió la tasa de los vestidos de lana y seda..... 10@.
Idem, mil y ochocientos reales en colchones, mantas y fundas para almohadas..... 1@800.
Idem, quatro mil reales en cobre, peltre y azofar. 4@.
Idem, veinte mil reales en plata labrada sin hechuras..... 20@.
Idem, diez y ocho mil reales en diamantes por el tercio..... 18@.
Idem, doce mil reales en tantas fanegas de trigo. 12@.
Idem, seis mil reales en tantas de cebada..... 6@.
Idem, mil y quinientos reales en tantas arrobas de garbanzos..... 1@500.
Idem, quinientos reales en tantas fanegas de centeno y tantas de abena..... @500.
Idem, ochocientos reales en tantas fanegas de algarroba..... @800.
Idem, nueve mil reales en tantas arrobas de vino. 9@.
Idem, diez y ocho mil reales en tantas de aceyte. 18@.
Idem, quatro mil reales en aperos para la labor..... 4@.
Idem, otros quatro mil reales en tantos bueyes y bacas..... 4@.
Idem, diez y nueve mil reales en tantas mulas, tantas yeguas, y un caballo con sus guarniciones. 19@.

Idem, treinta y quatro mil reales en tantas cabezas de ganado lanar..... 34ℳ.
Idem, dos mil reales en tantas arrobas de paja... 2ℳ.
Idem, seis mil reales, en que se estimaron los barbechos sin sembrar..... 6ℳ.
Idem, veinte mil reales en deudas á su favor, cobrables..... 20ℳ.
Idem, sesenta mil y quatrocientos reales en dinero. 60ℳ400.

Total importe del caudal inventariado..... 429ℳ.

Asciende el caudal inventariado por fallecimiento de dicho Don Felipe Ximenez (salvo error) á quatrocientos veinte y nueve mil reales de vellon, segun aparece de la suma general de las veinte y siete partidas anteriores, y de ellos se hacen las deducciones siguientes:

Baxas comunes, ó generales.

Se baxan del cuerpo del caudal inventariado cincuenta mil reales de vellon, los mismos que consta haber llevado en dote á su matrimonio Doña Clara de Vargas, segun queda sentado en el primer presupuesto..... 50ℳ.
Idem, diez mil reales importe de las deudas contraidas durante su matrimonio con su difunto marido, segun consta de la última declaracion del inventario, que por estar ya satisfechas, no se individualizan..... 10ℳ.
Idem, ciento y cincuenta mil reales, á que ascienden los bienes que Don Felipe Ximenez llevó á su matrimonio quando lo contraxo, y heredó en su intermedio de su tio Don Pedro Ximenez..... 150ℳ.

Total de baxas comunes..... 210ℳ.

Resultan de gananciales..... 219ℳ.

Importan las baxas comunes hechas del caudal inventaria-

do doscientos y diez mil reales de vellon, que restados de los quatrocientos veinte y nueve mil inventariados, resultan de gananciales doscientos y diez y nueve mil reales de la própia especie, de los quales se hace la siguiente deduccion.

Baxa de los gananciales.

Se deducen de los gananciales mil y trescientos reales, que los importan los colchones, y demás cosas de que se compone el lecho que quotidianamente usaban el Don Felipe, y su viuda, y corresponde á esta, mediante existir sin casarse.....	1@300.
Quedan de gananciales líquidos partibles con igualdad.....	217@700.
Cuya mitad son.....	108@850.

De los doscientos diez y nueve mil reales, á que ascienden los gananciales adquiridos por los referidos Don Felipe, y su muger durante su matrimonio, baxando mil y trescientos, que los importan los bienes de que se compone el lecho quotidiano, quedan líquidos partibles entre ámbos con igualdad doscientos diez y siete mil y setecientos: cuya mitad respectiva á cada uno son ciento ocho mil ochocientos y cincuenta, segun se figura; por lo que se procede á liquidar el haber del Don Felipe, y á hacer de él las deducciones correspondientes.

Nota I. En la liquidacion precedente baxé en primer lugar la dote por las razones expuestas en el cap. 3. num. 4. lib. 1. de este tratado. En segundo las deudas contra el caudal de la sociedad, porque hasta que se pagan no hay utilidades, y el marido en caso de no haber gananciales, debe satisfacerlas del suyo, y no su muger, como he advertido en el citado capitulo, §. 3. nn. 60. 66. 67. Y en tercero, el capital del marido, porque como fondo puesto en la sociedad conyugal, que no es comunicable, ni divisible entre los cónyuges, sino privativo del que lo entró en ella, pues en este concepto, y no en el de dividirse lo puso en la sociedad, se debe deducir ántes, pa-

ra ver si hay, ó no gananciales; bien que habiendo para pagar las deudas, y partir, lo mismo es baxar ántes el capital, que estas: lo que al contrario si exceden á los gananciales, como senté en el referido capítulo §. 2. num. 59. De los que resultaron despues de hechas las tres deducciones relacionadas, deduxe el importe del lecho, con arreglo á lo explicado en el cap. 6. de dicho lib. 1. §. 3. nn. 59. y 60. y en caso de no haber gananciales, se observará lo que allí se advierte por las razones que se exponen. Previniendo que el no haber agregado al caudal inventariado los quince mil reales que los padres de Doña Ana le dieron de los gananciales, fué porque la madre está obligada á dotar de estos como el padre, y así ni hay perjuicio, ni tiene accion á reclamar su mitad: lo que al contrario si fuese madrastra, pues entónces se agregará lo que el padre entregue á sus hijos del caudal del segundo matrimonio, para que no sea perjudicada ésta en su parte de utilidades, porque no tiene obligacion de dotar, alimentar, ni hacer donacion á sus entenados. Y lo própio milita para con el padrastro, por idéntica razon.

Haber de Don Felipe Ximenez.

Á Don Felipe Ximenez, y en su representacion á sus hijos, tocan por el capital, y herencia de su tio entrados en su matrimonio ciento y cincuenta mil reales.....	150@.
Idem, por su mitad líquida de gananciales ciento ocho mil ochocientos y cincuenta reales.....	108@850.
Total haber suyo.....	258@850.

Baxas de este haber.

Por las arras que ofreció á su muger quando se casaron los dos, cinco mil y quinientos reales.....	5@500.
Por el luto ordinario que sus herederos deben darla segun costumbre, se la regu-	

lan mil reales..... 1@.

Importan estas dos deducciones..... 6@500.

Queda reducido su haber á..... 252@350.

Distribucion del caudal líquido de Don Felipe Ximenez entre sus hijos.

El caudal líquido del referido D. Felipe son doscientos cincuenta y dos mil trescientos cincuenta reales..... 252@350.

Importa el quinto de éstos..... 50@470.

Quedan del caudal para sacar el tercio de mejora..... 201@880.

El tercio de éstos son..... 67@293....11.

Quedan para legítimas..... 134@586....23.

Aumento por via de colacion á las legítimas.

Se aumentan al caudal que queda por legítimas paternas por lo que Doña Ana Ximenez tiene recibido á cuenta de la suya, quince mil reales..... 15@.

Total de legítimas..... 142@586....23.

Tocan á cada uno de los tres hijos de Don Felipe Ximenez por su legítima paterna.. 49@862....7.

Asciende el total haber de Don Felipe Ximenez á doscientos cincuenta y ocho mil ochocientos y cincuenta reales de vellon; y baxados de ellos los seis mil y quinientos importe de

las arras, y luto de su viuda, quedan líquidos doscientos cincuenta y dos mil trescientos y cincuenta, de los quales el quinto son cincuenta mil quatrocientos y setenta, y el tercio sesenta y siete mil doscientos noventa y tres reales, y once maravedís: por lo que hay para distribuir ciento treinta y quatro mil quinientos ochenta y seis reales y veinte y tres maravedís, á los que agregando los quince mil, que debe colacionar Doña Ana Ximenez, compone el total de legítimas ciento quarenta y nueve mil quinientos ochenta reales y veinte y tres maravedís, y de estos tocan á cada uno de sus tres hijos quarenta y nueve mil ochocientos setenta y dos reales, y siete maravedís.

Liquidacion y distribucion del quinto.

El quinto de los bienes de Don Felipe Ximenez asciende á cincuenta mil quatrocientos y setenta reales de vellon..... 50@470.

Baxas de él.

Se baxan mil y ochocientos reales, importe del funeral y entierro, segun consta de recibos..... 1@800.

Idem, doscientos once reales y veinte y seis maravedís, limosna de las cincuenta misas de quarta Parroquial á quatro reales y ocho maravedís de cera y oblata..... @211....26.

Idem, seiscientos reales por las ciento y cincuenta restantes á quatro reales..... @600.

Idem, veinte reales legados á las mandas forzosas..... @020.

Idem, otros veinte á los Reales Hospitales.. @020.

Idem, cinco mil y quinientos que legó á su muger..... 5@500.

Idem, otros tantos que legó á sus hijas..... 5@500.

Idem, dos mil y doscientos, importe del legado que en dinero efectivo, y otros bienes hizo á su criado..... 2@200.

Idem, mil y ochocientos por el que hizo á

su criada en dinero y cama..... 1@800.
Idem, veinte reales, importe de los derechos de visitar el testamento..... @020.

Importan estas deducciones..... 17@671....26.
Total del quinto..... 50@470.

Líquido sobrante del quinto..... 32@798....8.

El quinto de los bienes privativos de Don Felipe Ximenez suma cincuenta mil quatrocientos y setenta reales, de los quales deducidos diez y siete mil seiscientos setenta, y uno y veinte y seis maravedís, á que ascienden los gastos de su funeral, misas, entierro, y legados que hizo, quedan sobrantes treinta y dos mil setecientos noventa y ocho y ocho maravedís, los que se aplicarán á su hijo Don Joseph, como mejorado en su remanente á mas de su legítima.

Resumen y liquidacion de lo que toca á cada uno de los interesados en esta particion por todos sus derechos.

Haber de Doña Clara de Vargas.

Doña Clara de Vargas debe haber por su dote. 50@.
Idem, por su mitad de gananciales..... 108@850.
Idem, por sus arras..... 5@500.
Idem, por el luto ordinario..... 1@.
Idem, por el lecho quotidiano..... 1@300.
Idem, por el legado que su marido la hizo.. 5@500.

Total haber de Doña Clara..... 172@150.

Haber de Don Joseph Ximenez.

Don Joseph Ximenez debe haber por su legítima..... 49@862....7.
Idem, por el residuo del quinto..... 32@798....8.

Total haber de Don Joseph..... 82@660....15.

Haber de Don Juan Ximenez.

Don Juan Ximenez debe haber por su legítima.....	49@862....7.
Idem, por su mejora del tercio.....	67@293....11.

Haber de Doña Ana Ximenez.

Doña Ana Ximenez debe haber por su legítima.....	49@862....7.
Idem, por el legado de quinientos ducados que la hizo su padre.....	5@500.
Total haber de Doña Ana.....	55@362....7.

De la liquidacion, y deducciones precedentes resulta que el haber de Doña Clara por todos sus derechos son ciento setenta y dos mil ciento y cincuenta reales: el de Don Joseph ochenta y dos mil seiscientos y sesenta, con quince maravedís: el de Don Juan ciento diez y siete mil ciento cincuenta y cinco y diez ocho maravedís: y el de Doña Ana cincuenta y cinco mil trescientos sesenta y dos y siete maravedís: y con arreglo á ellas, y á lo prevenido en los presupuestos procederé á formar las respectivas adjudicaciones á los interesados.

Comprobacion de esta cuenta.

Por el importe de las deudas contra el caudal.	10@.
Por el haber de Doña Clara de Vargas.....	172@150.
Por el haber de Don Joseph Ximenez.....	82@660....15.
Por el de Don Juan Ximenez.....	117@155....18.
Por el de Doña Ana Ximenez.....	55@362.... 7.
Por el funeral.....	1@800.
Por la limosna de las doscientas misas.....	@811....26.
Por el legado hecho á las mandas forzosas...	@020.
Por el de los Reales Hospitales.....	@020.
Por el legado de su criado.....	2@200.
Por el de su criada.....	1@800.

Por dos maravedís que faltan para completar el total caudal, de los quales, por ser de incomodísima, é imposible division entre los tres herederos, y no gastar infructuosamente el tiempo en apurar quebrados, no se hizo mérito.....	∅	2.
Total caudal incluso el colacionado.....	444∅.	
Baxanse como colacionados.....	15∅.	
Quedan de caudal.....	429∅.	
Importa el inventario los mismos.....	429∅.	
Igual.....	∅.	

Nota II. Por esta segunda liquidacion advertirá el contador: Lo I, que el haber de Don Felipe Ximenez consiste en el capital, ó fondo que entró en la sociedad conyugal, y en la mitad de bienes multiplicados en su matrimonio. Lo II, que de este total, y no del cuerpo de hacienda se deduxeron como deuda privativa suya las arras que ofreció á su muger, con arreglo á lo explicado en el cap. 6. núm. 24. lib. 1. de este tratado, por haber sido prometidas solamente, y no renunciado su muger los gananciales; pero si el marido se las diere, y ella las incorporáre, ó no en el contrato de recepcion de dote, y no hubiere gananciales, ó aunque los haya, si los renunciáre la muger, se observará lo que con distincion de casos está expuesto en los números 21. 22. y 23. del mismo capítulo. Lo III, que tambien se deduxo el luto ordinario de ella, y no el de los herederos, por las razones expresadas en el citado cap. 6. nn. 54. y 55. Lo IV, que del caudal sobrante, despues de hechas las referidas deducciones, se sacó el quinto, y del residuo el tercio, segun lo dispone la ley 214. del estilo, y expliqué en el cap. 2. nn. 46. y 47. lib. 2. de este tratado; y ninguno de ellos se deduxo del total haber del Don Felipe, porque las arras y luto son débito contra él, y hasta que se separan las deudas y responsabilidades, no

hay tercio, quinto, ni herencia. Lo V, que despues de deducidos el tercio, y quinto, se aumentó al resto del haber del difunto lo colacionado por su hija; no al total haber, ni al sobrante despues de sacado el importe, de las arras, y luto, porque entónces serían mayores el tercio, y quinto, y menores las legítimas; se infringiria el precepto de la ley 25. de Toro, que prohibe sacar mejora de lo que se colaciona; y se haria de la naturaleza de mejora lo que se dió en el concepto de legítima, pues no se debe unir á otro caudal, que al destinado para legítimas, á fin de que los interesados queden igualados, y ninguno perjudicado en ellas, como sentè en el cap. 3. §. 4. nums. 139. y 140. de dicho lib. 2. Pero si precedió mejora irrevocable á la dote, ó esta fué inoficiosa, se girará la cuenta con arreglo á lo prevenido en los números 145. y 146. Y si el padre hizo donacion simple al hijo, ó le mejoró irrevocablemente en vida, entregándole el todo, ó parte de la mejora, se observará lo explicado en los núms. 151. y 156. al 158. y 163. y siguientes. Y lo VI que del total importe del quinto, y no del primitivo cúmulo de caudal del difunto se baxaron los gastos de su funeral, y misas, entierro y legados, porque entre descendientes así lo ordena la ley 30. de Toro, y queda advertido en el cap. 1. números 31. al 33. y cap. 6. n. 110. del referido lib. 2. Todo lo qual deberá observar siempre el contador en casos semejantes, para no infringir las leyes, ni perjudicar á los interesados.

Haber de Doña Clara de Vargas.

Doña Clara de Vargas viuda de Don Felipe Ximenez debe haber por su dote cincuenta mil reales..... 50@.

Idem, por su mitad de gananciales ciento y ocho mil ochocientos y cincuenta reales..... 108@....850.

Idem, por las arras que su marido la ofreció quando se casaron, cinco mil y quinientos reales..... 5@500.

Idem, por el luto ordinario mil reales..... 1@.

Idem, por el lecho quotidiano mil y tres-

cientos reales..... 1@300.
Idem, por el legado que su marido la hizo, cinco mil y quinientos reales..... 5@500.

Total haber de Doña Clara de Vargas.... 172@150.

Asciende el haber de Doña Clara de Vargas por todos sus derechos á ciento setenta y dos mil ciento y cincuenta reales de vellon, de los quales se la hará pago con los bienes siguientes.

Adjudicacion, y pago.

Se aplican á Doña Clara de Vargas quatro tierras de pan llevar, sitas en término de esta Villa, y pago llamado *N.* que están unidas, componen tantas fanegas de sembradura, y lindan por Oriente con el arroyo nombrado *M*; por Poniente con la senda que desde esta Villa vá á la de tal; por Septentrion con tierras del vínculo de F; y por Mediodia con otras de *G*; cuyas tierras adquirieron dicha Doña Clara, y su marido durante su matrimonio por venta que en precio de tres mil reales de vellon formalizó á su favor *F.* de tal vecino de esta Villa á tantos de tal mes, y año, ante F. Escribano de su Numero; las quales para esta particion se valuaron en la misma cantidad. 3@.
Idem, se la adjudican, &c. @.

Total de bienes aplicados..... 172@150.

Total haber suyo..... 172@150.

Queda pagada enteramente..... @.

Importan los bienes aplicados á Doña Clara de Vargas ciento setenta y dos mil, ciento y cincuenta reales de vellon; y

o que debe percibir por todos sus derechos, la misma cantidad, por lo que queda pagada enteramente de ellos.

Hijuela para Doña Ana Ximenez.

Doña Ana Ximenez, uno de los tres hijos, y herederos que dexó Don Felipe Ximenez, debe haber por su legítima paterna quarenta y nueve mil ochocientos sesenta y dos reales y siete maravedís.....	49@362....7.
Idem, por el legado que su padre la hizo, cinco mil y quinientos reales.....	5@500.
Total haber de Doña Ana Ximenez.....	55@362....7.

Importa el total haber de Doña Ana Ximenez cincuenta y cinco mil trescientos sesenta y dos reales y siete maravedís de vellon, de los que se la completará con los bienes siguientes:

Adjudicacion, y pago.

Se dan en pago á Doña Ana Ximenez quince mil reales de vellon, los mismos que en cuenta de su legítima paterna percibió quando se casó, segun queda sentado en el presupuesto tercero; por lo que se le aplican en vacío como recibidos.....	15@.
Item, se la aplican, &c.....	@.
Total de bienes aplicados á Doña Ana.	55@362....7.
Total haber suyo.....	55@362....7.
Queda pagada enteramente.....	@.

Ascienden los bienes aplicados á Doña Ana Ximenez a cincuenta y cinco mil trescientos sesenta y dos reales y siete maravedís de vellon, y lo que debe haber por sus derechos la

própia suma; por lo que queda pagada enteramente de ellos.

Nota III. Omití en las dos adjudicaciones anteriores insertar todos los bienes por evitar prolixidad inútil, y ser cosa puramente material que el contador puede hacer observando en todas, y cada una la porcion posible, y correspondiente al haber de cada partícipe en toda clase de bienes, y las catorce reglas prescriptas en el cap. 2. §. 2. num. 39. al 53. libro 1. de este tratado, y aplicando los bienes consignados á las personas á quienes hizo la consignacion del testador. Previniendo lo I, que lo mismo es anteponer, que posponer los bienes, con tal que los de cada clase vayan unidos, y hasta completar la suma que deba aplicarse de una, no se empiece con otra para evitar confusion, y que se sepa si se guardó la posible analogía, ó proporcion de todas. Lo II, que de los bienes raices se deben expresar sus sitios, linderos, cabida, medida, y demás señales por donde puedan ser conocidos sin equivocacion, y si se quisiere, se podrán relacionar los titulos de propiedad en cada partida, si cada finca los tiene diversos, y si no, en cada dos, ó mas que comprehendan, pero esta relacion no es precisa, ni de esencia de la particion. Y lo III, que si alguna interesada es muger casada, se le ha de hacer la aplicacion, nombrándola primero en su adjudicacion, diciendo luego: *Y en su nombre, y como su marido, y conjunta persona á F.* y que si hay menor, fátuo, loco ó desmemoriado, se le ha de nombrar tambien, y por su representacion á su tutor, ó curador de bienes que son las respectivas personas que deben percibir por ellos la herencia, las quales se mencionarán tambien en el exôrdio de la particion: y concluidas todas las adjudicaciones, se harán las declaraciones siguientes, ó otras que sean convenientes, y precisas.

Declaraciones.

I. Se declara que siempre que aparezcan algunos otros bienes, créditos y efectos correspondientes á este caudal, se deberán tener, y estimar por incremento de él, y dividirse en la forma que los inventariados entre todos los partícipes; y lo mismo deberá practicarse con los débitos, cargas y responsabilidades que resulten contra él, y por no haberse tenido pre-

sentes, no se han deducido: por lo que todos los interesados quedan respectiva, y proporcionalmente ligados, y sujetos á la solucion de éstos, al modo que con igual derecho al percibo de aquellos.

II. Igualmente se declara que si alguna, ó algunas de las fincas inventariadas, y aplicadas en el concepto de libres resultaren estar vinculadas, ó pertenecer total, ó parcialmente á tercero, y por consiguiente no ser de esta testamentaría: el importe principal de ellos, y los gastos que se originen á la persona á quien se han adjudicado, ó á la que en lo sucesivo la represente, en caso que se la mueva litigio sobre su reivindicacion, como tambien los daños que experimente, se deberán tener por ménos caudal, y los otros partícipes bonificarle sin escusa su respectiva parte, de modo que quede enteramente saneada del valor principal de ellas, y de los perjuicios; pero deberá seguir, y defender el pleyto que suscite, citando de eviccion conforme á derecho, y no de otra suerte á los demás interesados, y hasta que se executorie, no tendrá derecho á intentar el regreso, ó repeticion.

III. Asimismo se declara no se ha formado hijuela de deudas, á causa de estar satisfechas no solo las comunes que quedan deducidas, sino las del quinto, con el dinero que se inventarió; por lo que solo se hizo distribucion, y aplicacion de lo líquido que á cada partícipe correspondió.

IV. Se declara tambien, que de las escrituras, y demás documentos, y papeles de propiedad de las fincas inventariadas se deben entregar respectivamente á cada interesado los corpondientes á las que lleva adjudicadas, para acreditar su legitimidad, y para que con el testimonio de su adjudicacion les sirvan de re guardo, y título de pertenencia en todo tiempo.

V. Últimamente se declara que los derechos de inventario, tasacion, particion, testimonio de las adjudicaciones, que con insercion de los presupuestos, sentencia, y de estas declaraciones se han de dar á los interesados, papel gastado, y demás diligencias que ocurran hasta la entera evacuacion de todo, y los del curador para pleytos del menor no van considerados, ni deducidos; por lo que se deberán tasar por la persona que elija el Señor Juez de esta testamentaría, con separacion de los que corresponde á cada uno de los que en ello

intervinieron, y especificarse en la tasacion lo que á cada partícipe toca satisfacer por su parte: y á mas de los derechos comunes á todos deberá satisfacer el menor á su curador los suyos privativos. Con cuyas declaraciones concluyo esta particion, que con arreglo á los documentos que se manifestaron, y devolví á quien me los entregó, y bayo del juramento he hecho, executé bien, y fielmente segun mi inteligencia, sin causar agravio á los interesados, por lo que la firmo en esta Villa de tal, á tantos de tal mes, y año, &c.

Nota IV. Se previene que si quedáre algo sin dividir á causa de estar en litigio, ó por otra obstativa, se declara; y si hubiera motivos para hacer mas declaraciones, se harán. Y asimismo que las hijuelas de deudas se han de formar en cabeza del viudo, viuda ó hijo mayor, y mas seguro, y puntual para su pago, poniendo en primero los acreedores con individualidad, y luego los bienes que se le aplique para su satisfaccion, como se advertirá en el siguiente exemplar. El modo de hacer la tasacion de derechos lo tengo explicado en el c. 3. del lib. 1. de este tratado n. 77. al 81. §. 3. en donde se podrá enterar el tasador. El papel que corresponde á las particiones es el del sello quarto mayor; á las hijuelas sello tercero, y en el intermedio comun, y si fueren tan voluminosas que no quepan en quaderno, se pondrá en el primero un pliego del mismo sello tercero, y otro en el último; y el papel de los intermedios de estos dos quadernos, y el de los demás será comun sin sello, que es lo que se practica en esta Corte.

EXEMPLAR II.

Particion de los bienes del marido entre su viuda, é hijos de dos matrimonios con mejora, reservacion y colocacion.

Don F. vecino de esta Villa, contador unánimemente electo por Doña Juana Velazquez, viuda en segundas nupcias de Don Jorge Sarmiento: por Don Josef, y Don Juan Sarmiento y Cespedes mayores de veinte y cinco años, sus hijos habidos en su primer matrimonio con Doña Lucía de Cespedes: y por Antonio del Rio curador para pleytos de Don Isidro,

y Doña Ignacia Sarmiento y Velazquez menores, tambien sus hijos procreados en su segundo matrimonio con la prenotada Doña Juana Velazquez, todos quatro instituidos por únicos y universales herederos del citado Don Jorge en el testamento que formalizó en esta Villa á tantos de tal mes y año, ante tal Escribano, baxo del que falleció (cuyo encargo tengo aceptado, y siendo preciso lo acepto nuevamente): Hago liquidacion y division de todos los bienes, créditos, caudal y efectos que dexó el referido Don Jorge, con vista y reconocimiento exâcto de su testamento, inventarios formalizados por su muerte, y por la de su primera muger, cartas de dote de ámbas, capitales del difunto llevados á sus respectivos matrimonios, y de otros papeles concernientes á su arreglada y perfecta evacuacion; y para su debida claridad presupongo.

Presupuestos acerca del matrimonio primero.

I.

Sobre la dote de Doña Lucía de Cespedes, muger primera de Don Jorge.

Lo I, que en tal dia de tal mes y año, el expresado D. Jorge hallandose próximo á contraer matrimonio con la referida Doña Lucía de Cespedes, otorgó á su favor ante tal Escribano carta de pago, y recibo de los bienes y efectos, que á él llevó por dote, y caudal suyo própio, y ascendieron á treinta mil reales segun su tasacion; de los quales los veinte y quatro mil consistieron en tierras y viñas, sitas en tales parages, término de tal Pueblo, y los seis mil en ropas, y otros muebles, y se obligó á devolverle la relacionada suma en esta forma: los veinte y quatro mil en los própios bienes raices, y los seis mil en muebles á justa tasacion siempre que el matrimonio se disolviese por qualquiera de las causas prescritas por derecho; y en el mismo dotal contrato la ofreció en arras, y donacion *propter nuptias*, ó como mas hubiese lugar, doscientos ducados de vellon, que confesó cabian en la décima parte de los bienes libres con que á la sazon se hallaban; y en caso de no caber, se los consignó en los que en lo sucesivo ad-

quiriese á su eleccion. Y respecto haber cabido entónces, y al tiempo que falleció, se la abonarán; pero mediante á que los bienes raices se pusieron por el total de su tasa, sin deducir los gravámenes á que eran responsables, á causa de ignorarlo el D. Jorge, y no haberlo expresado la Doña Lucía, y que tenian contra sí un censo de doscientos ducados de principal al quitar á favor de tal Capellanía, se baxarán éstos del importe dotal para hacer del residuo como líquido la distribucion y aplicacion, y quedará reducido á veinte y siete mil y ochocientos reales, los que se conceptuarán dote efectiva de la citada Doña Lucía, y como tal por ser los que real y verdaderamente puso por fondo, y entró en la sociedad conyugal, y no los treinta mil, se la abonarán con las arras; y en atencion á no constar haber heredado cosa alguna despues de casada, ni llevado bienes parafernales que haya entregado á su marido, ningun abono se la hará por esta razon.

II.

Sobre el capital que Don Jorge llevó á su primer matrimonio.

Lo II, que habiendo contraido su matrimonio el mencionado Don Jorge Sarmiento, formalizó en tal dia, mes y año, ante tal Escribano capital de todos los bienes que á él habia llevado, y á su favor otorgó la enunciada Doña Lucía su muger el correspondiente resguardo, cuyos bienes consistieron en plata, dinero y otras cosas muebles, y ascendieron á quarenta mil reales, los que se obligó á tener por caudal del citado su marido, para que se deduxese su importe despues de su dote, y deudas de su matrimonio, si las hubiese, y ántes que los gananciales; lo qual se practicará así, mediante haber sido efectivos, y declarado con juramento el D. Jorge no tener contra sí deuda, ni responsabilidad alguna, ni haber resultado despues; pero no se le abonará otra cosa como fondo puesto en la sociedad conyugal, á causa de no constar la haya entrado en ella, ni heredádola en su intermedio.

III.

Sobre el testamento de Doña Lucía de Cespedes, primera muger de D. Jorge Sarmiento.

Lo III, que hallándose gravemente enferma la nominada Doña Lucía, otorgó su testamento en tal dia, mes y año, ante tal Escribano, por el qual ordenó fuese amortajado su cadáver con tal hábito, y sepultado en público en su Parroquia con tal fúnebre aparato: Que en el dia de su entierro siendo hora, y si no, en el siguiente se celebrase por su alma misa cantada de cuerpo presente, con Diácono, Subdiácono, vigilia y responso: que lo mas breve que fuese posible, se le dixesen cien misas rezadas, dando por la limosna de cada una tres reales, de que sacada la quarta parroquial, las restantes las mandasen celebrar sus testamentarios en donde les pareciere. Legó por una vez quatro reales á las mandas forzosas y acostumbradas, y otros quatro á los Reales Hospitales de esta Corte. Legó á su marido quinientos ducados de vellon tambien por una vez. Mejoró en el tercio y remanente del quinto de sus bienes á Doña Micaela Sarmiento y Cespedes su hija, de edad de quatro años, en atencion á estar sin criar, y ser muger, consignándole la mejora en bienes raices de los que habia llevado en dote quando se casó, y en los demas raices, que por razon de gananciales pudiesen corresponderla. Nombró por sus testamentarios á dicho su marido, y á D. F. y F. juntos: instituyó por sus únicos y universales herederos á los expresados D. Joseph, D. Juan, y Doña Micaela Sarmiento y Cespedes sus tres hijos, habidos en su matrimonio con el prenotado D. Jorge Sarmiento su marido. Y revocó, y dió por nulas todas sus disposiciones testamentarias precedentes; segun mas difusamente resulta todo del relacionado testamento; con arreglo al qual, y á la ley se harán las deducciones y aplicaciones correspondientes, como se advertirá en el siguiente presupuesto.

IV.

Sobre el inventario y distribucion de los bienes que dexó Doña Lucía de Cespedes.

Lo IV, que habiendo fallecido la nominada Doña Lucía baxo del relacionado testamento, solicitó el D. Jorge su marido se hiciese inventario de todos los bienes que habian quedado, á fin de que jamás fuesen perjudicados sus hijos: y con efecto por auto que proveyó el Señor D. F. Teniente Corregidor de esta Villa en tantos de tal mes y año, ante tal Escribano de su Número, defirió á su solicitud; y en su conseqüencia se formalizó ante tal Escribano en diferentes dias, y los bienes inventariados ascendieron á ciento cincuenta y dos mil y doscientos reales en esta forma: En tierras tanto: en olivares tanto, &c. *Se pondrán por clases, y por mayor los bienes, como en el último presupuesto del exemplar primero.* En cuyo estado se quedó, y los bienes en poder del mencionado D. Jorge, el qual declaró á su final no haber deudas algunas contra el caudal, por lo que se baxarán solamente de ellos los doscientos ducados, que se deben considerar por ménos dote, por no haberse rebaxado quando el inventario, sino ántes bien puesto por el total de sus tasas los bienes á ellos hipotecados; y quedará reducido el caudal inventariado por fallecimiento de la Doña Lucía á ciento y cincuenta mil reales, de los quales se deducen sesenta y siete mil y ochocientos, los veinte y siete mil y ochocientos por su dote líquida, y quarenta mil por el capital de su marido, y restados del cuerpo efectivo del caudal, resultan de utilidades en su conyugal sociedad ochenta y dos mil y doscientos, cuya mitad son quarenta y un mil y ciento. Segun esta liquidacion asciende el haber de D. Jorge á ochenta y seis mil y seiscientos reales, los quarenta mil por su capital, los quarenta y un mil y ciento por su mitad de gananciales, á que se agregan los cinco mil y quinientos del legado que le hizo su difunta muger, y con ellos se compone la misma suma: y baxados de ella dos mil y doscientos por las arras que ofreció á su muger, queda reducido á ochenta y quatro mil y quatrocientos, incluso dicho legado: y deducido el

mporte de éste, por deber reservarlo á sus dos hijos, como adelante se dirá, es el líquido, y privativo haber de D. Jorge sin gravámen de restitucion, ni reserva la cantidad de setenta y ocho mil y novecientos. Previniendo no se le abona luto por no acostumbrarse darlo á los viudos de los bienes de sus mugeres, ni de otra parte, y sí únicamente á éstas, siendo viudas; ni tampoco lecho quotidiano, por haberse casado otra vez, tener otro y no conceder dos el derecho, y porque aunque si se hubiera conservado viudo, ó si mientras lo tuvo, se hubiera hecho la particion, se le debia abonar; pero mediante deber volverlo á la masa comun para su division con los herederos, con arreglo al precepto de la ley, por haberse vuelto á casar, lo qual es lo mismo que no haberlo recibido; por eso nada se le abona por razon de él. Y el haber de Doña Lucía importa setenta y un mil y cien reales: los veinte y siete mil y ochocientos por su dote líquida: los quarenta y un mil y ciento por su mitad de gananciales, y los dos mil y doscientos por las arras que la ofreció su marido. De estos setenta y un mil y cien reales el quinto son catorce mil doscientos y veinte, y el tercio deducido con arreglo á la ley, diez y ocho mil novecientos y sesenta: por lo que hay para legítimas treinta y siete mil novecientos y veinte, y á cada uno de sus tres hijos tocan por esta razon doce mil seiscientos y quarenta: y á la Doña Micaela por su legítima, y mejora corresponden quarenta y cinco mil ochocientos y veinte; pero baxando de ellos seis mil setecientos veinte y cinco y treinta maravedís; los novecientos por el funeral, y entierro de su madre: los trescientos y cinco con treinta maravedís por la limosna de las doscientas misas rezadas que mandó celebrar: los ocho que legó á las mandas forzosas, y Hospitales: los doce que consta haberse pagado por visitar su testamento: y los cinco mil y quinientos restantes por el legado que de esta suma hizo á su marido; queda reducido el haber líquido de Doña Micaela á treinta y nueve mil y noventa y quatro reales con treinta maravedís; á que agregados veinte y cinco mil doscientos y ochenta, importe de las legítimas de sus dos hermanos, componen el total que tocó á los tres hijos de la precitada Doña Lucía de Cespedes por su herencia materna, la cantidad de sesenta y quatro mil trescientos setenta y quatro

reales y quatro maravedís, de los quales debió responderles su padre, por haber entrado en su poder, y tambien debió reservarles no solo lo que le tocó á la Doña Micaela, y recayó en él por su muerte abintestato sin sucesion, sino igualmente los quinientos ducados que le legó su muger, pues en pena de haberse vuelto á casar, perdió el dominio, y propiedad de todo; y así deberá responder á sus dos hijos D. Joseph, y D. Juan de sesenta y nueve mil ochocientos setenta y quatro reales y quatro maravedís, y quedarán reducidos los ciento y ochenta mil reales que D. Jorge entró en su segundo matrimonio, á ciento diez mil ciento y veinte y ocho reales y treinta maravedís líquidos: los setenta y ocho mil y novecientos por su capital, y mitad de gananciales, deducidas las arras ofrecidas á su muger; y los treinta y un mil doscientos veinte y cinco con treinta maravedís, que aparece haber heredado durante su viudedad de su tio D. Alexandro Sarmiento: y se tendrá por capital suyo efectivo la cantidad referida, como se dirá en el siguiente presupuesto.

Presupuestos acerca del segundo matrimonio.

V.

Sobre la dote de Doña Juana Velazquez, muger segunda de D. Jorge Sarmiento: capital que éste llevó á su matrimonio; y arras que la ofreció.

Lo V, que hallándose viudo el referido D. Jorge, trató contraer segundas nupcias con Doña Juana Velazquez de estado doncella, la qual traxo á su poder por dote, y caudal própio hasta en cantidad de veinte mil reales en bienes muebles, y dinero, de cuya suma formalizó á su favor en tal dia, mes y año ante tal Escribano el competente recibo, y resguardo, obligándose á su restitucion en qualquiera de los casos prevenidos por derecho. Y en consideracion a sus loables prendas la ofreció en arras, y donacion *propter nuptias*, ó como mas útil la fuese, la décima parte de los bienes líquidos, y efectivos, cuyo pleno dominio tenia entónces: y posteriormente estando ya casados, hizo su capital de los que así suyos

privativos, como de sus tres hijos entró en su matrimonio, y ascendieron á ciento y ochenta mil reales, inclusos treinta y un mil doscientos veinte y cinco con treinta maravedís, que durante su viudedad parece heredo D. Alexandro Sarmiento su tio, de los quales los sesenta y quatro mil trescientos setenta y quatro y quatro maravedis pertenecian á sus tres hijos, y los cinco mil y quinientos procedian del legado que su primera muger le habia hecho, y por haberse vuelto á casar, debia reservar á la mejorada en el quinto, del que se habian deducido; por lo que solo eran própios del D. Jorge los ciento diez mil ciento veinte y cinco reales y treinta maravedís, como se ha especificado en el anterior presupuesto, cuya décima son once mil y doce reales con veinte maravedis: y de todos otorgó á su favor dicha Doña Juana el competente instrumento, obligándose á tenerlos por capital, y fondo puesto por su marido en la conyugal sociedad, y á que despues de separada su dote, y deudas de su matrimonio, si las hubiese, se baxaria su importe ántes que el de los gananciales. Con arreglo á cuyos contratos matrimoniales, y á lo que por derecho está ordenado se practicará la respectiva liquidacion, y deduccion, segun se patentizará en el presupuesto último, y se estimaran por líquido efectivo, y único capital de D. Jorge los ciento diez mil ciento veinte y cinco reales y treinta maravedis, como entrados realmente en su segundo matrimonio, para no perjudicar á su viuda en su mitad de ganancias, mediante á que el resto hasta los ciento ochenta mil, aunque lo entro en el quando se casó, lo extraxo despues como deuda que tenia contra sí, y satisfizo, y es lo mismo que si no lo hubiera llevado. Y por razon de arras, y responsabilidad de reservar su importe la Doña Juana á los quatro hijos de su marido, si se volviere a casar, se la abonaran únicamente los once mil y doce reales y veinte maravedis, décima parte de los bienes que éste tenia, y eran suyos propios quando se casó con ella: y nada de los que adquirió despues, por haberse circunscripto, y limitado a ellos su oferta, y no ampliado á los que posteriormente adquiriese, ni dexado á su arbitrio la eleccion de los dos tiempos.

V I.

Sobre el fallecimiento de Doña Micaela en su menor edad, y distribucion entre sus hermanos de lo que heredó de su madre.

Lo VI, que despues de haber contraido matrimonio D. Jorge Sarmiento con Doña Juana Velazquez, y en tal dia de tal mes, y año falleció en la edad pupilar Doña Micaela Sarmiento y Cespedes su hija, procreada en su primera muger Doña Lucía de Cespedes, por cuyo fallecimiento intestado por falta de capacidad legal para testar, todos los bienes que por la herencia materna la correspondian, recayeron en su padre, y los estuvo usufructuando; pero mediante haberse vuelto á casar, y por este hecho perdido, ó no adquirido su dominio, se dividirán con igualdad entre los otros dos hijos de su primer matrimonio D. Joseph, y D. Juan, como hermanos enteros de la Doña Micaela, por haber sido instituidos en esta forma por su madre; y en su consequencia percibirán los treinta y nueve mil y noventa y quatro reales y quatro maravedís, que por su legítima, y mejora la debian tocar: y de los raices que exîsten, y llevó en dote la Doña Lucía á su matrimonio, ni de los demás adquiridos en él, que la debian corresponder, y en que consignó la mejora, nada tocará ni se aplicará á la actual viuda, ni á sus hijos, respecto de que no exîsten entre los inventariados á causa de habérselos dado su padre en el concepto de ser suyos, y que aun quando exîstieran, debian volver á ellos como dueños, sin embargo de que podia usufructuar los reservables, mientras viviese: ni tampoco llevarán cosa alguna del legado de quinientos ducados que su madre hizo á su padre, por haberse baxado del quinto, y tocarles por idéntica razon que el tercio, y legítima de la mejorada, á la qual debian devolver si viviera, como se ha sentado en el presupuesto quarto.

VII.

Sobre lo que dió Don Jorge á los dos hijos de su primer matrimonio, durante el segundo.

Lo VII, que con motivo de haber tomado estado de matrimonio D. Joseph, y D. Juan Sarmiento y Cespedes, hijos del Don Jorge, y de su primera muger Doña Lucía, se pactó habia de dar quarenta mil reales á cada uno para ayuda á superar sus cargas en cuenta de ámbas legítimas; y con efecto por escritura que otorgaron á su favor en tales dias de tales meses, y años ante tal Escribano, confesaron haber recibido del citado su padre ochenta mil reales por mitad, á quarenta mil cada uno en los bienes raices que su madre llevó en dote, y en otros tambien raices de los que la podian tocar por mitad de utilidades de su conyugal sociedad, y asimismo en muebles, y dinero; y de ellos le dieron el correspondiente resguardo, obligándose á colacionarlos por su muerte en la forma, y concepto en que se los habia entregado: previeniendo que respecto no haber hecho particion por muerte de su madre, é ignorarse por lo mismo si todo les cabria, ó no por los derechos de esta: si excediesen á lo que les podia tocar por ella, se les imputaria como recibido en parte de la legítima paterna; y si faltase para completarles la materna, se les habia de suplir hasta cubrirla. Y con efecto practicada ahora la correspondiente liquidacion, resultó que lo que ámbos debian haber por la materna, eran veinte y cinco mil doscientos y ochenta reales, á doce mil seiscientos y quarenta cada uno, á que agregados treinta y nueve mil y noventa y quatro con quatro marevedís, importe del de su hermana Doña Micaela, y cinco mil y quinientos del legado que su madre hizo á su padre, (cuyas dos últimas partidas debió reservarles éste) componen todas la de sesenta y nueve mil ochocientos sesenta y quatro con quatro marevedís, que restados de los ochenta mil, asciende lo que percibieron á cuenta de la paterna á diez mil ciento y veinte y cinco reales y treinta marevedís, los quales se estimarán como ganados en el segundo matrimonio, pues se extrageron del fondo de

las utilidades de él, y á no haberlos dado á sus hijos, existirian, y esto mas habria de caudal: y para que la muger segunda no sea perjudicada en su mitad, se unirán á lo inventariado, como en el último presupuesto se expresará, porque no está obligada á dotar, ni hacer donacion á sus entenados, como si fuera su madre.

VIII.

Sobre el testamento de Don Jorge Sarmiento.

Lo VIII, que D. Jorge Sarmiento falleció en tal dia de tal mes, y año, baxo del testamento que tenia formalizado, y queda relacionado en el exórdio de esta particion, y por él ordenó fuese amortajado su cadáver con tal Hábito, y sepultado con tal fúnebre aparato, y acompañamiento. Que el dia de su entierro, siendo hora, y si no, en el signiente se celebrase por su alma misa cantada de cuerpo presente con Diácono, Subdiácono, Vigilia y Responso: y por su intencion doscientas misas rezadas, su limosna á quatro reales, de que sacadas las cincuenta, quarta parte correspondiente á la Parroquia, las otras ciento y cincuenta se dixesen en tales iglesias, y altares quanto ántes fuese posible. Legó por una vez diez reales á las mandas forzosas, y otros diez á los reales Hospitales de esta Corte. Dexó el usufructo del remanente del quinto de sus bienes á Doña Juana Velazquez su segunda muger, y se lo consignó en raices con la expresada calidad, y prohibicion de que jamás habia de poder disponer de ellos, gravarlos, hipotecarlos, ni enagenarlos, ántes bien por su muerte habian de volver á sus hijos procreados en sus dos matrimonios con igualdad; y si alguno falleciese, sin dexar sucesion legítima, se habian de repartir entre los que le sobreviviesen, y no pasar á otro su parte: y dexándola, llevar la que á su ascendiente tocaria, á no haber premuerto. Legó á su criada María Lopez cincuenta ducados de vellon en dinero por una vez. Mejoró en el tercio de sus bienes por mitad á D. Isidro, y Doña Ignacia Sarmiento y Velazquez sus dos hijos menores, y de la prenotada Doña Juana Velazquez su segunda muger. Declaró quanto habia dado á los hijos de

su primer matrimonio en cuenta de sus legítimas, y haber fallecido sin testamento, ni sucesion la Doña Micaela, por cuya muerte habian recaido en él todos los derechos maternos que la competian. Declaró asimismo estaba debiendo varias cantidades á diferentes personas, las que mandó se pagasen, y que se cobrasen las que tenia á su favor, pues todas constaban de sus papeles, y asientos. Nombró por sus testamentarios con facultad á cada uno para todo á D. F. y D. F. á quienes prorrogó el término legal para cumplir lo que dexaba dispuesto. Instituyó por sus universales herederos á sus quatro hijos D. Joseph, D. Juan, Don Isidro, y Doña Ignacia Sarmiento, procreados en sus dos matrimonios con Doña Lucía de Cespedes, y Doña Juana Velazquez. Y revocó todas las disposiciones testamentarias anteriores. Que es quanto relativo, y concerniente á esta particion resulta en substancia del citado testamento: con arreglo al qual, á los inventarios, y demás papeles y documentos que se han tenido presentes, y á la disposicion legal, se harán con separacion, distincion y claridad las liquidaciones, deducciones y repartimiento del caudal de ámbos matrimonios entre la actual viuda, y los expresados quatro hijos; y mediante quedar explicado en el quarto presupuesto lo correspondiente al del primero, se tratará únicamente de lo respectivo al segundo en el siguiente.

IX.

Sobre el inventario hecho por muerte de Don Jorge Sarmiento, y liquidacion, y distribucion de su caudal.

Lo IX, y último presupongo que todo el caudal que dexó Don Jorge Sarmiento, y se inventarió por su fallecimiento, ascendió á trescientos y setenta mil reales en esta forma: En tierras tanto: en viñas tanto: en casas tanto: en ropa blanca tanto, &c. (*Se expresarán las clases de bienes, y su importe como en el primer exemplar*) cuyas tantas partidas suman los referidos trescientos y setenta mil reales, á que unidos diez mil ciento y veinte y cinco, y treinta maravedís, que anticipó á los dos hijos de su primer matrimonio en cuenta de su legítima paterna miéntras estuvo casado segunda vez (por lo que salieron del fondo del segundo, y se deben estimar por

incremento, y utilidad de él, como queda sentado en el presupuesto séptimo) compone todo el caudal del referido matrimonio tocante á entrámbos cónyuges, trescientos setenta mil ciento veinte y cinco reales y treinta maravedís; de los quales en observancia de lo dispuesto por ley, y con arreglo al testamento del citado Don Jorge se practicarán las liquidaciones, y division correspondientes entre los interesados: y en primer lugar se baxan veinte mil reales, importe de la dote de Doña Juana Velazquez: en segundo, treinta mil, á que ascienden las deudas de su matrimonio: y en tercero, ciento diez mil ciento veinte y cinco y treinta maravedís, total capital líquido, y efectivo que como suyo llevó á él dicho Don Jorge, y estas tres partidas suman la de ciento y sesenta mil ciento y veinte y cinco reales y treinta maravedis, que restados de los trescientos setenta mil ciento y veinte y cinco maravedís, resultan de utilidades adquiridas en el segundo matrimonio doscientos y diez mil; y deducidos de ellos novecientos por el lecho quotidiano, quedan de gananciales partibles igualdad entre D. Jorge, y su viuda doscientos nueve mil y cien reales, cuya mitad son ciento quatro mil quinientos y cincuenta. Unida esta mitad al capital que Don Jorge entró en su matrimonio, suma su total haber doscientos y catorce mil setecientos setenta y cinco reales y treinta maravedís, y baxando de ellos once mil seiscientos y doce con veinte maravedís, los once mil y doce con veinte maravedís, por las arras que ofreció á su muger, y los seiscientos por lo que costó el luto de esta, hay para distribuir entre sus quatro hijos doscientos tres mil y sesenta y tres reales y diez maravedís, de los quales para efecto de deducir la mejora con arreglo á la ley, se separan los diez mil ciento y veinte y cinco reales y treinta maravedís que anticipó á los dos hijos de su primer matrimonio, y quedan ciento noventa y dos mil novecientos treinta y siete con catorce maravedís, cuyo quinto son treinta y ocho mil quinientos ochenta y siete, y diez y seis maravedis y dos quintos de otro, y el tercio baxado el quinto cincuenta y un mil quatrocientos quarenta y nueve reales y treinta y tres maravedís y un quinto, por lo que quedan para legítimas (agregando los diez mil ciento y veinte y cinco reales y treinta mars. que anticipó á los referidos su dos

hijos, y separaron, á fin de sacar la mejora) ciento y trece mil veinte y cinco reales y veinte y ocho maravedís, y dos quintos, que divididos entre los quatro, tocan á cada uno por su legítima veinte y ocho mil doscientos cincuenta y seis reales con quince maravedís y tres quintos. Por lo que mira á la liquidacion del quinto, se baxan de su importe dos mil trescientos noventa y tres reales y veinte y seis maravedís, los mil por los derechos del funeral, y entierro de Don Jorge: doscientos once y veinte seis maravedís, limosna de las cincuenta misas de la quarta Parroquial á quatro reales, y ocho maravedís por derechos de cera, y oblata: seiscientos por la de las ciento y cincuenta restantes con igual limosna sin derechos: diez de las mandas forzosas: otros diez de los Reales Hospitales: doce de visitar su testamento, y los quinientos y cincuenta restantes del legado que hizo á su criada; por lo que queda reducido el quinto á treinta y seis mil ciento noventa y tres reales y veinte y quatro maravedís y dos quintos, los que en bienes raices se aplicarán á Doña Juana para que los usufructúe en conformidad de lo que dispuso su difunto marido, y por su muerte se dividirán entre sus quatro hijos, ó quien los represente, con arreglo á la voluntad de su padre. Segun esta liquidacion resulta que el haber de Doña Juana en propiedad, y usufructo (sin incluir, ni contar lo que se la adjudicará como pagadora de deudas que se la constituirá) asciende á ciento setenta y tres mil doscientos y cincuenta y seis reales y diez maravedis y dos quintos; los ciento treinta y siete mil y sesenta y dos con veinte maravedís en propiedad por estas razones: veinte mil por su dote, ciento quatro mil quinientos y cincuenta por la mitad de gananciales de su sociedad: novecientos por el lecho quotidiano: seiscientos por el luto, y los once mil y doce con veinte maravedís por las arras que su marido la ofreció; y los treinta y seis mil ciento noventa y tres con veinte y quatro maravedís y dos quintos en usufructo por remanente del quinto. El de Don Joseph por su legítima paterna, sin incluir lo que tiene tomado, y se le debe descontar veinte y ocho mil doscientos cincuenta y seis con quince maravedís y tres quintos: el de Don Juan otra igual suma: el de Don Isidro por su legítima, y mejora cincuenta y tres mil novecientos ochenta y un reales quince ma-

ravedís y un quinto: el de Doña Ignacia por los própios derechos la misma cantidad; y uniendo á estos haberes los treinta mil reales de las deudas, y los dos mil trescientos noventa y tres y veinte y seis maravedís de los gastos deducidos del quinto, componen todas las partidas especificadas los trescientos sesenta mil ciento veinte y cinco reales y treinta maravedís del caudal inventariado por muerte del referido D. Jorge, y colacionado por los hijos de su primer matrimonio. Con cuyos presupuestos, y con la prevencion de que no se abonan alimentos á su viuda, por haberse estado manteniendo con sus dos hijos del caudal comun el corto tiempo que há que murió su marido, ni tampoco vestido ordinario por no haberse inventariado; procedo á evacuar las liquidaciones del caudal de ámbos matrimonios, y para ello á formar el siguiente cuerpo de hacienda.

CUERPO DEL CAUDAL INVENTARIADO POR muerte de Don Jorge Sarmiento, y de lo que quedó por la de su primera muger Doña Lucía de Cespedes.

Caudal del inventario de Doña Lucía de Cespedes.

Se ponen por caudal de esta particion sesenta y nueve mil ochocientos setenta y quatro reales y quatro maravedís, los mismos que Don Jorge dió á los dos hijos de su primer matrimonio, y exîstian en su poder por las razones expuestas en los presupuestos VI, y VII..... ..... 69@874...4.

Item, mil doscientos veinte y cinco reales y treinta maravedís, importe de los gastos del funeral, entierro y misas de Doña Lucía de Cespedes; y no se incluye el legado de quinientos ducados que hizo á su marido, por estarlo ya en la partida precedente..... ..... 1@225...30.

Item, diez mil ciento veinte y cinco reales y treinta maravedís que resulta haber anticipado á los expresados sus dos hijos en

cuenta de su legítima paterna, como se ha sentado en los presupuestos VII, y IX..... 10@125...30.

Item, en tierras inventariadas por muerte de Don Jorge treinta mil reales..... 30@.

Caudal inventariado por muerte de Don Jorge.

Item, sesenta mil reales en viñas..... 60@
Item, ciento y cincuenta y cinco mil reales en casas..... 155@
Item, diez mil reales en ropa blanca mojada, y sin mojar..... 10@
Item, en trastos de madera siete mil reales.. 7@.
Item, diez mil reales en pinturas, y dorado.. 10@.
Item, trece mil reales en ropa de lana, y seda..... 13@.
Item, dos mil reales en colchones, mantas y fundas..... 2@.
Item, mil reales en cobre, peltre y azofar... 1@.
Item, veinte y seis mil reales en plata labrada sin hechuras..... 26@.
Item, catorce mil reales en diamantes por el tercio de su tasa..... 14@.
Item, seis mil reales en deudas cobrables á favor del caudal..... 6@
Y últimamente se ponen por cuerpo de caudal veinte y seis mil reales de vellon en dinero efectivo..... 26@.

Total cuerpo de caudal..... 441@225...30.

Baxa.

Se baxan del total referido ciento y cincuenta mil reales, los mismos que se han inventariado por muerte de Doña Lucía de Cespedes, primera muger de Don Jorge. 150@.

Quedan para el segundo matrimonio (sin incluir sesenta y ocho mil y novecientos

reales sobrantes del primero, que se unirán quando se haga la liquidacion, y division del caudal de aquel) doscientos noventa y un mil doscientos veinte y cinco reales y treinta maravedís..... 291@225...30.

Asciende el caudal de esta particion á quatrocientos quarenta y un mil doscientos veinte y cinco reales y treinta maravedís de vellon: y separados de ellos los ciento y cincuenta mil inventariados por muerte de Doña Lucía de Cespedes, quedan para parte de lo que se inventarió por la de Don Jorge su marido, doscientos noventa y un mil doscientos veinte y cinco y treinta maravedís, á los quales se agregarán setenta y ocho mil novecientos que debieron tocar á Don Jorge en la liquidacion del que quedó quando falleció dicha Doña Lucía, y compondrán los trescientos y setenta mil ciento y veinte y cinco reales y treinta maravedís, como en su lugar se demostrará: por lo que procedo á evacuar la del que dexó ésta.

Liquidacion y distribucion del caudal inventariado por muerte de Doña Lucía de Cespedes.

El caudal inventariado por fallecimiento de Doña Lucía de Cespedes ascendió á ciento y cincuenta mil reales, como queda expresado en el IV. presupuesto..... 150@.

Baxas comunes de él.

Se baxan de este caudal veinte y siete mil y ochocientos reales líquidos, á que quedaron reducidos los treinta mil que llevó en dote dicha Doña Lucía por la razon expuesta en el I. presupuesto..... 27@800.

Item, quarenta mil reales que Don Jorge Sarmiento entró como capital suyo en la sociedad conyugal con dicha Doña Lucía como se refiere en el presupuesto II..... 40@.

Total de baxas comunes..... 67@800.

Resultan de gananciales..... 82@200.

Cuya mitad son..... 41@100.

Importan las deduciones hechas del caudal inventariado por muerte de Doña Lucía de Cespedes sesenta y siete mil y ochocientos reales, que restados de los ciento y cincuenta mil que suma su total, resultan de ganancias adquiridas en su matrimonio ochenta y dos mil y doscientos reales, cuya mitad son quarenta y un mil y ciento.

Haber de Doña Lucía de Cespedes.

Doña Lucía de Cespedes debe haber por su dote líquida veinte y siete mil ochocientos reales..... 27@800.

Idem, por su mitad de gananciales quarenta y un mil y ciento. ..... 41@100.

Idem, por las arras que le ofreció su marido dos mil y doscientos..... 2@200.

Total haber suyo setenta y un mil y cien reales..... 71@100.

Importa el quinto de estos catorce mil doscientos y veinte reales..... 14@220.

Quedan de caudal baxando el quinto, para sacar el tercio, cincuenta y seis mil ochocientos y ochenta reales..... 56@880.

El tercio de estos asciende á diez y ocho mil novecientos y sesenta..... 18@960.

Y deducidos tercio y quinto, quedan para les legítimas de sus tres hi-

jos treinta y siete mil novecientos y veinte reales..... 37@920.

De estos tocan á cada hijo doce mil seiscientos y quarenta..... 12@640.

Liquidacion, y distribucion del quinto de los bienes de Doña Lucía de Cespedes.

El quinto de los bienes de Doña Lucía de Cespedes asciende á catorce mil doscientos veinte reales..... 14@220.

Baxas de él.

Por su funeral, entierro y gastos que en él ocurrieron, novecientos reales, consta de recibos..... @900.

Por la limosna á tres reales por cada una de las veinte y cinco misas de la quarta Parroquial, con mas los derechos de cera, y oblata ochenta reales, y treinta maravedís..... @080....30.

Por las setenta y cinco restantes á los mismos tres reales sin mas derechos, doscientos veinte y cinco, segun recibos..... @225.

Por el legado que hizo á las mandas forzosas, y Hospitales ocho reales, á quatro á cada uno..... @008.

Por los derechos de visitar su testamento doce reales..... @012.

Por el legado que hizo á su marido cinco mil y quinientos reales..... 5@500.

Importan estas baxas..... 6@725...30.

Total del quinto..... 14@220.

Líquido sobrante de él..... 7@494...4.

Resumen, y liquidacion de lo que toca á cada uno de los interesados en esta particion.

Don Jorge Sarmiento debe haber por su capital quarenta mil reales.....	40@.
Idem, por su mitad de gananciales quarenta y un mil y cien reales.....	4 @100.
Idem, por el legado que le hizo su muger, cinco mil y quinientos reales.....	5@500.
Total haber de Don Jorge.....	80@600.
Se baxan por las arras que ofreció á su muger.....	2@200.
Queda reducido su haber á.....	84@400.
Se baxan de éste los cinco mil y quinientos reales del legado.....	5@500.
Es su líquido haber en propiedad.....	78@900.

Haber de Don Joseph Sarmiento.

Don Joseph Sarmiento debe haber por su legítima materna doce mil seiscientos y quarenta reales.....	12@640.

Haber de Don Juan Sarmiento.

Don Juan Sarmiento debe haber por su legítima materna doce mil seiscientos y quarenta reales.....	12@640.

Haber de Doña Micaela Sarmiento.

Doña Micaela Sarmiento debe haber por su legítima materna, doce mil seiscientos y quarenta reales.....	12@640.
Idem, por el tercio diez y ocho mil novecientos y sesenta.....	18@960.
Idem, por el residuo del quinto siete mil	

quatrocientos noventa y quatro reales y quatro maravedis..... 7@494....4.

Total haber suyo..... 30@094....4.

Comprobacion de esta liquidacion.

Por el haber líquido de Don Jorge Sarmiento en propiedad..... 78@900.
Por el legado que le hizo su muger..... 5@500.
Por la legítima materna de Don Joseph Sarmiento..... 12@640.
Por la de Don Juan Sarmiento..... 12@640.
Por la legítima y mejora del tercio, y remanente líquido del quinto tocante á Doña Micaela Sarmiento..... 39@094....4.
Por los gastos del funeral, entierro, misas, y visita del testamento de Doña Lucía de Cespedes, y mandas hechas á los Santos Lugares y Hospitales..... .... 1@225..30.

Suman estas seis partidas..... ..... 150@.

Y el caudal inventariado los mismos. 150@.

Por la liquidacion y deducciones precedentes aparece que el haber correspondiente á Doña Lucía de Cespedes, muger primera de Don Jorge Sarmiento, asciende á setenta y un mil y cien reales: los veinte y siete mil y ochocientos por su dote líquida: los quarenta y un mil y ciento por su mitad de bienes ganados en su matrimonio; y los dos mil y doscientos por las arras que su marido la ofreció. Que el quinto de ellos son catorce mil doscientos y veinte reales, y el tercio (hecha prévia deduccion del quinto) diez y ocho mil novecientos y sesenta; por lo que quedan para legítimas treinta y siete mil novecientos y veinte reales, y tocan á cada uno de sus tres hijos por la suya doce mil seiscientos y quarenta. Que deduciendo del quinto seis mil setecientos veinte y cinco reales y treinta maravedis por los gastos del funeral, misas y entierro de la

Doña Lucía, y legados que hizo, quedan siete mil quatrocientos noventa y quatro y quatro maravedís. Y que Don Jorge debe haber ochenta y seis mil y seiscientos reales: los quarenta mil por su capital, los quarenta y un mil y ciento por su mitad de gananciales, y los cinco mil y quinientos por el legado que le hizo su muger; y baxando de su total los dos mil y doscientos que ofreció á esta en arras, y los cinco mil y quinientos del legado que debió reservar á los hijos de su primer matrimonio, queda reducido su verdadero haber en propiedad, y pleno dominio á setenta y ocho mil y novecientos, los que se agregarán al caudal del segundo matrimonio para su liquidacion, y division. Don Joseph Sarmiento debe percibir por su legítima doce mil seiscientos y quarenta reales: Don Juan otra igual suma por la suya: y Doña Micaela por la suya, y por su mejora del tercio, y remanente del quinto treinta y nueve mil y noventa y quatro reales y quatro maravedís. Y respecto estar evacuada la liquidacion del caudal del primer matrimonio; procedo á practicar la del segundo.

Nota I. Hecho cargo el contador de que en esta particion hay dos inventarios, y dos liquidaciones, y de que los caudales son diversos, y parte del primer matrimonio está incluido en el del segundo, y parte no; estrañará que habiendo salido durante este del cuerpo de su caudal la primera, segunda y tercera partidas puestas en el general, que dexo formado de ámbos, la primera, porque la entró el marido en él: la segunda, porque al tiempo del fallecimiento de la muger primera estaba embebido su importe en el globo del que se inventarió; y la tercera, porque era parte de los gananciales adquiridos en el referido segundo matrimonio, las haya incluido en dicho cuerpo general, pues de no haberlas incluido en él para complemento de ámbos caudales, faltaria el competente, y seria imposible hacer la division. Se pusieron por mayor las expresadas tres partidas, y no los bienes que las componen: porque en el presente caso seria abultar, y gastar infructuosamente tiempo, trabajo y papel; ya porque los bienes no entran en el cúmulo inventariado, ya porque el padre dió á sus hijos los raices maternos que les correspondian, como queda sentado en el III presupuesto, y jamás debian dividirse sino entre ellos; y ya porque aun quando no les tocáran por la accion de do-

minio, una vez entregados, no se les debian quitar, excepto que tuviesen que restituir; y así bastó traer numéricamente su importe á esta particion. Pero será al contrario, quando exîstan entre los inventariados, y por no haber tomado estado los hijos, ó por otra causa nada les dió su padre, pues entónces se deberan poner, y el contador formar un presupuesto del importe de los raices, y otros conocidos de la muger primera, especificandolos, para que se sepa quáles son, y se apliquen á sus hijos, haciendo á este efecto el correspondiente cotejo con su instrumento dotal, y demás papeles que los acrediten; y lo própio milita para con los de tres, ó mas matrimonios, segun sea el caso. Mas sinembargo de que exîstan, si su padre les dió otros equivalentes, y se contentaron con ellos, es superfluo hacer el cotejo, porque por su contenta es visto haberse celebrado entre hijos, y padre contrato de permuta, y subrogacion, y por él constituídose del padre los que correspondian á sus hijos por su madre. En quanto al modo, y órden de hacer las deducciones generales, y particulares en la precedente liquidacion, véanse las notas I, y II del primer exemplar, en donde expreso las razones. Y por lo concerniente á no haber abonado al viudo lecho, ni luto, queda expuesto el motivo en el IV presupuesto.

Liquidacion y distribucion del caudal del segundo matrimonio.

Son caudal del segundo matrimonio de D. Jorge Sarmiento setenta y ocho mil y novecientos reales, los mismos que quedaron sin aplicar en la liquidacion anterior; tocaron segun ella al Don Jorge; y los entró en dicho segundo matrimonio..... 78@900.

Idem, doscientos noventa y un mil doscientos veinte y cinco reales y treinta maravedís que sobraron del cuerpo general del caudal de esta particion, segun á su final se expresa, en los que se incluye lo que Don Jorge heredó de su tio D. Alexandro, y entró tambien en su segundo matrimonio, y lo que durante éste anti-

cipó á sus dos hijos del primero en cuenta de la legitima paterna..... 291@225..30.

Total caudal del segundo matrimonio. 370@125..30.

El caudal inventariado por muerte de Don Jorge Sarmiento, y correspondiente á su segundo matrimonio, asciende á trescientos setenta mil ciento veinte y cinco reales y treinta maravedís, como queda sentado en el último presupuesto; de cuyo total procedo á hacer las correspondientes deducciones.

Baxas comunes ó generales.

Se baxan de este caudal veinte mil reales, los mismos que Doña Juana Velazquez llevó en dote á su matrimonio..... 20@.

Idem, treinta mil reales que su marido estaba debiendo quando falleció, segun consta de la última declaracion del inventario hecho por su muerte..... 30@.

Idem, ciento y diez mil ciento veinte y cinco reales y treinta maravedís líquidos, y efectivos que Don Jorge entró por capital suyo sin responsabilidad alguna en su segundo matrimonio; las setenta y ocho mil y novecientos que le tocaron en la particion de los bienes de su primera muger, y los treinta y un mil doscientos veinte y cinco con treinta maravedís, que miéntras estuvo viudo parece haber heredado de su tio Don Alexandro Sarmiento, segun queda referido en los presupuestos quarto y quinto..... 110@125..30.

Total de baxas comunes..... 160@125..30.

Hay de gananciales..... 210@.

Las partidas deducidas del total caudal inventariado, y

correspondiente al segundo matrimonio de Don Jorge importan ciento y sesenta mil ciento veinte y cinco reales y treinta maravedís, que restados de los trescientos setenta mil ciento veinte y cinco y treinta maravedís, resultan de utilidades en él doscientos y diez mil, de los quales se hace la deduccion siguiente.

Baxas de los gananciales.

Se deduce de cúmulo de los gananciales novecientos reales de vellon, que segun tasacion los importan los colchones, sabanas, mantas y demás cosas de que se compone el lecho quotidiano, en que dormian D. Jorge, y su viuda Doña Juana, á la que corresponde por conservarse en este estado..... ₰900.

Quedan de gananciales partibles con igualdad entre D. Jorge, y Doña Juana..... 209₰100.

Cuya mitad son..... 140₰550.

De los doscientos y diez mil reales que importan los bienes que Don Jorge, y Doña Juana ganaron mientras estuvieron casados, deduciendo novecientos por el lecho que diariamente usaban, quedan líquidos partibles entre ámbos doscientos nueve mil y ciento, y tocan á cada uno ciento y quatro mil quinientos y cincuenta; por lo que procedo á liquidar el haber de D. Jorge, y hacer de él las deducciones que conforme á derecho, y á su voluntad corresponden (*a*).

(*a*) En el cap. 6. §. 3. lib. 1. que trata de dónde se debe deducir el luto de la viuda, &c. queda advertido que en algunos casos ocurridos en esta Corte se ha practicado no haberse inventariado el lecho quotidiano, habiéndose hecho algunas insinuaciones, mediante las quales parece no debe tocarse, ni hacerse mencion del lecho, sino que ha de quedar integro sin alguna responsabilidad ni reserva para el supérstite, aunque se pase por este á segundo matrimonio.

Nota II. En el libro primero de este tratado cap. 3. §. 1. nn. 32. al 35. inclusive traté del modo de deducir la dote de la muger segunda, quando en su matrimonio hay gananciales, y los acepta, y su marido tiene hijos del primero, que no estan pagados de su haber materno, ya lleve, ó no al segundo bienes equivalentes á cubrirselo, ó algunos mas suyos propios, ó ningunos; y á fin de no perjudicarla en su mitad, (advirtiendo que los Autores particionistas lexos de enseñar, confundieron a los principiantes en muchas cosas, y dexaron archivadas en su mente otras que debieron patentizarles,) siguiendo el método, y sistema de claridad que me es natural, me ví constituido en la precision de proponer los quatro casos que pueden ocurrir, los que en mi concepto expliqué con la que puede apetecer el contador principiante para su radical instruccion; y en el quarto por incluir, y embeber en sí dos; aunque me parece dixe lo suficiente, le remití á esta nota, en la que prometí formar la cuenta de los quatro modos que allí expuse. Y para poder desempeñar mi oferta, tengo por indispensable dividir las dos partes que incluye el mencionado quarto caso, por ser distintas, y de cada una hacer con separacion la explicacion correspondiente para su puntual, y perceptible inteligencia.

Parte primera.

La parte primera del citado quarto caso es, quando el padre lleva al matrimonio segundo bienes suyos, y de sus hijos procreados en el primero; y durante aquel les da el todo, ó parte de lo que les toca por su madre, y no mas. En cuyo caso se puede hacer la cuenta de dos modos, el uno es agregar numéricamente al caudal inventariado lo entregado á los hijos; y hecho todo un cuerpo, deducir de él la dote segunda, las deudas de este matrimonio, y su capital íntegro, conforme lo entró en él; y hechas estas tres deducciones, será ganancial partible entre la viuda, y todos los hijos de su difunto marido el residuo que sobre. Y el otro modo es no hacer mérito, ni agregar al caudal inventariado lo entregado á los hijos y deducir únicamente lo que hecha la tradicion, quedó de su capital, como si nada mas hubiera entrado en su ma-

trimonio, y saldrá la misma qüota, y porcion de gananciales, como se demuestra en el siguiente exemplo.

Supuestos para formar la cuenta.

El caudal inventariado importa treinta mil reales..... 30@.

La dote de la muger segunda ocho mil reales. 8@.

Las deudas del matrimonio segundo mil reales..... 1@.

El capital que el marido llevó, diez mil reales, á que agregados quatro mil que tocaban á sus hijos por su herencia materna, compone todo lo que entró en su matrimonio..... 14@.

Y lo que dió á dichos sus hijos, fueron los quatro mil reales de su haber materno, y no mas..... 4@.

Modo primero de formarla.

Caudal inventariado..... 30@.
Lo dado por el padre á sus hijos..... 4@.

Total..... 34@.

Baxas.

Dote de la muger segunda..... 8@.
Deudas del segundo matrimonio..... 1@.
Capital que el marido entró en él, suyo y de sus hijos..... 14@.

Total de baxas..... 23@.

Quedan de utilidades..... 11@.

Cuya mitad son..... 5@500.

Modo segundo de formarla.

Caudal inventariado treinta mil reales.....	30@.

Baxas de este caudal.

Dote de la muger segunda.....	8@.
Deudas contraidas en el segundo matrimonio.....	1@.
Capital própio y privativo del marido.....	10@.
Total de baxas.....	19@.
Quedan de utilidades para ámbos....	11@.
Cuya mitad son.....	5@500.

Parte segunda.

La segunda parte del referido quarto caso es, quando el padre no solo dió á sus hijos todo lo que tenia en su poder, y les tocaba por su haber materno, sino que del caudal del segundo matrimonio les anticipó algo á cuenta del paterno. En cuyo caso se puede hacer tambien la cuenta de dos modos: El primero, agregando numéricamente al caudal inventariado lo que percibieron por su madre, y lo que les anticipó; y de la suma de este total baxar la dote segunda, las deudas de este matrimonio, y el capital íntegro que su padre entró en él: y lo que quede hechas estas deduciones, será la utilidad divisible por mitad entre la viuda, é hijos de su difunto marido. Y el modo segundo (que es el que observé en la presente particion, ó exemplar) se reduce á agregar únicamente al caudal inventariado lo que el padre anticipó á sus hijos en cuenta de su legítima paterna; y de lo que sumen estas dos partidas, baxar la dote segunda, las deudas expresadas, y lo que el padre entró, y como fondo suyo própio sin responsabilidad paso en la segunda sociedad conyugal, y no mas, y hechos estos descuentos, saldrá por resulta la misma utili-

dad que del primer modo, segun se patentiza demostrablemente en las cuentas siguientes.

Supuestos para formar la cuenta.

El caudal inventariado importa treinta mil reales.....	30ℳ.
La dote de la muger segunda ocho mil.....	8ℳ.
Las deudas de su marido mil.....	1ℳ.
El capital que el marido entró en él, diez mil reales, que con lo de sus hijos compone catorce mil.....	14ℳ.
Y lo que dió á dichos sus hijos son ocho mil.	8ℳ.

Modo primero de formarla.

Caudal inventariado.....	30ℳ.
Lo entregado por el padre á sus hijos.....	8ℳ.
Total caudal.....	38ℳ.

Baxas.

Dote de la muger segunda.....	8ℳ.
Deudas del segundo matrimonio.....	1ℳ.
Capital que el marido entró en él, incluso lo que era de sus hijos.....	14ℳ
Total de baxas.....	23ℳ.
Quedan de gananciales.....	15ℳ.
Cuya mitad son.....	7ℳ500.

Modo segundo.

Caudal inventariado.....	30ℒ.
Lo anticipado por el padre á sus hijos en cuenta de legítima paterna.....	4ℒ.
Total caudal.....	34ℒ.

Baxas.

Dote de la muger segunda.....	8ℒ.
Deudas del segundo matrimonio.....	1ℒ.
Capital líquido privativo del marido sin responsabilidad alguna.....	10ℒ.
Total de baxas.....	19ℒ.
Quedan de gananciales.....	15ℒ.
Cuya mitad son.....	7ℒ300.

Nota III. Por las cuentas precedentes podrá formar el contador en casos semejantes todas las que le ocurran de mayor ó menor caudal, entre hijos de dos, tres ó mas matrimonios para no perjudicar á las respectivas mugeres, ni á los hijos de las difuntas en su parte de gananciales, observando en quanto á la deduccion del lecho quotidiano lo explicado en el cap. 6. del citado lib. 1. §. 3 nu. 59. y 60. advirtiéndole que al caudal inventariado agregué lo que el padre dió á sus hijos de los gananciales del segundo matrimonio, por la razon expuesta al fin de la I nota del exemplar I, y al del VII, presupuesto de éste. Y por lo concerniente á los tres casos explicados en dicho cap. 3. n. 32. al 34. le remito á él, pues bastante luz le he dado, por lo que procedo á continuar este exemplar.

Haber de D. Jorge.

Don Jorge Sarmiento debe haber por su capital ciento diez mil ciento veinte y cinco reales y treinta maravedís.....	110@125...30.
Idem, por su mitad de gananciales ciento y quatro mil quinientos y cincuenta reales.	104@550.
Total haber suyo.....	214@675...30.

Baxas de este haber.

Por las arras que ofreció á su muger once mil y doce reales con veinte maravedís....	11@012...20.
Por el luto que se la debe, seiscientos reales.	@600.
Total de baxas.....	11@612...20.
Liquido para distribuir.....	203@063...10.

Baxas de este liquido para sacar la mejora.

Por lo que anticipó á sus dos hijos en cuenta de su legitima paterna, diez mil ciento veinte y cinco reales y treinta maravedís.	10@125...30.
Quedan para deducir la mejora.....	192@937...14.

Distribucion del caudal del D. Jorge entre sus hijos.

El liquido caudal de D. Jorge para sacar la mejora, son ciento noventa y dos mil novecientos treinta y siete reales y catorce maravedís.....	192@937...14.
Importa el quinto de estos.....	38@387...6⅔
Quedan para sacar el tercio.....	154@550...31⅓

El tercio de estos son..... 51@449...33.$\frac{1}{3}$

Quedan para legítimas..... 102@899...32.$\frac{2}{3}$

Aumento por via de colacion al caudal de legítimas.

Se aumenta al caudal que queda para legítimas paternas lo que se baxó para deducir la mejora, que son..... 10@125...30.

Total de legítimas..... ..... 113@025...28.$\frac{2}{3}$

Tocan á cada uno de los quatro hijos que dexó D. Jorge, por su legítima paterna. 28@256...15.$\frac{2}{3}$
Y á cada uno de los de su primer matrimonio, mediante lo que tiene tomado..... 23@193...17.$\frac{2}{3}$

Liquidacion y repartimiento del quinto de los bienes de D Jorge.

El quinto de los bienes que dexó D. Jorge Sarmiento, asciende á treinta y ocho mil quinientos treinta y siete reales y catorce maravedís y dos quintos de otro..... 38@537...1$\frac{4}{5}$

Baxa de él.

Se baxan mil reales, importe de su funeral, entierro y asistentes..... 1@.
Item, doscientos once reales y veinte y seis maravedís por la limosna de cincuenta misas de la quarta tocante á la Parroquia, á quatro reales, con mas ocho maravedís por derechos de cera, y oblata.... @211...26.
Item, seiscientos reales, limosna de las ciento y cincuenta restantes, cumplimiento á las doscientas que mandó celebrar, á los mismos quatro reales..... @600.
Item, diez reales que legó á las mandas forzosas..... @010.

Item, otros diez á los Reales Hospitales.....	₰010.
Item, doce reales por los derechos de visitar su testamento.....	₰012.
Item, quinientos y cincuenta reales que legó á su criada.....	₰550.
Importan estas deducciones.....	2₰393...26.
Total del quinto.....	38₰587...16.$\frac{2}{3}$
Queda reducido á.....	36₰193...24.$\frac{2}{3}$

El total haber de D. Jorge Sarmiento por su efectivo capital, y mitad de gananciales asciende á doscientos catorce mil seiscientos setenta y cinco reales y treinta maravedís, de que baxados once mil seiscientos doce con veinte maravedís por las arras, y luto de su viuda, quedan líquidos doscientos tres mil y sesenta y tres con diez maravedís; de los quales para el único efecto de sacar la mejora separando los diez mil ciento veinte y cinco y treinta maravedís, que anticipó á los dos hijos de su primer matrimonio, quedan ciento noventa y dos mil novecientos treinta y siete y catorce maravedís; cuyo quinto son treinta y ocho mil quinientos ochenta y siete con diez y seis y dos quintos de otro, y el tercio cincuenta y un mil quatrocientos quarenta y nueve con treinta y tres maravedís y un quinto; por lo que hay para legítimas ciento dos mil ochocientos noventa y nueve reales con treinta y dos maravedís y dos quintos, á que agregados los diez mil ciento veinte y cinco reales y treinta maravedís separados, es el total de legítimas ciento trece mil y veinte y cinco reales con veinte y ocho maravedís y dos quintos; y de estos tocan á cada uno de los quatro hijos que dexó D. Jorge, veinte y ocho mil doscientos cincuenta y seis reales con quince maravedís y tres quintos por su legítima paterna, y á cada uno de los dos de su primer matrimonio descontándole cinco mil y sesenta y dos reales con treinta y dos maravedís mitad de los diez mil ciento veinte y cinco y treinta maravedís que su padre anticipó á entrámbos, y se les aplicarán en vacio, corresponden veinte y tres mil ciento noventa y tres con diez

y siete maravedís y tres quintos. Y en quanto al quinto, baxando de su total dos mil trescientos noventa y tres reales y veinte y seis maravedis, importe de los gastos del funeral, misas, entierro, y legados que hizo D. Jorge, quedan treinta y seis mil ciento noventa y tres con veinte y quatro maravedís, y dos quintos, que se aplicaran en usufructo á Doña Juana Velazquez, como queda referido en el último presupuesto.

Resumen y liquidacion de lo que toca á cada uno de los interesados en esta segunda division por todos sus derechos.

Haber de Doña Juana Velazquez.

Doña Juana Velazquez debe haber por su dote veinte mil reales.....	20@.
Item, por su mitad de gananciales ciento y quatro mil quinientos y cincuenta.....	104@550.
Item, por el lecho quotidiano novecientos reales.....	@900.
Item, por el luto ordinario seiscientos reales.....	@600.
Item, por las arras que la ofreció su marido, once mil y doce reales con veinte maravedí.....	11@012...20.
Item, en usufructo durante su vida por el remanente del quinto que su marido la legó, treinta y seis mil ciento noventa y tres reales y veinte y quatro maravedís con dos quintos.....	36@193...24.$\frac{2}{5}$
Total de Doña Juana.....	173@256...10.$\frac{2}{5}$

Haber de D. Joseph Sarmiento.

D. Joseph Sarmiento debe haber por su legítima paterna veinte mil doscientos cincuenta y seis reales con quince maravedís, y tres quintos de otro.....	28@256...10.$\frac{3}{5}$

Haber de D. Juan Sarmiento.

D. Juan Sarmiento debe haber por su legítima paterna veinte y ocho mil doscientos cincuenta y seis reales con quince maravedís, y tres quintos de otro..... 28@256..15.$\frac{3}{5}$

Haber de D. Isidro Sarmiento.

D. Isidro Sarmiento debe haber por su legítima paterna veinte y ocho mil doscientos cincuenta y seis reales con quince maravedís, y tres quintos..... 28@256...15.$\frac{3}{5}$

Item, por la mitad de su mejora del tercio veinte y cinco mil setecientos veinte y quatro reales con treinta y tres maravedís, y tres quintos..... 25@724...33.$\frac{3}{5}$

Total haber de D. Isidro..... 53@981...15.$\frac{1}{5}$

Haber de Doña Ignacia Sarmiento.

Doña Ignacia Sarmiento debe haber por su legítima veinte y ocho mil doscientos cincuenta y seis reales con quince maravedís, y tres quintos..... 28@256...15.$\frac{3}{5}$

Idem, por la mitad de su mejora del tercio veinte y cinco mil setecientos veinte y quatro reales con treinta y tres maravedís, y tres quintos..... 25@724..33.$\frac{3}{5}$

Total haber de Doña Ignacia..... 53@981...15.$\frac{1}{5}$

Comprobacion de esta cuenta.

Por el haber de Doña Juana Velazquez..... 173@256...10.$\frac{2}{5}$
Por el de Don Joseph Sarmiento..... 28@256...15.$\frac{3}{5}$
Por el de Don Juan Sarmiento..... 28@256...15.$\frac{3}{5}$

Por el de Don Isidro Sarmiento.....	53@981...15.$\frac{1}{3}$
Por el de Doña Ignacia Sarmiento.....	53@981...15.$\frac{1}{3}$
Por las deudas contra el caudal.....	30@.
Por lo que importan las deducciones del quinto.....	2@393...26.
Total caudal del segundo matrimonio.	370@125...30.
Importa el inventariado los mismos.	370@125...30.
Igual.....	@.

Por este resumen, y liquidacion aparece que el haber de Doña Juana Velazquez por todas sus derechos asciende á ciento setenta y tres mil doscientos cincuenta y seis reales con diez maravedís, y dos quintos de otro: el de Don Joseph Sarmiento por su legítima es el de veinte y ocho mil doscientos cincuenta y seis con quince maravedís, y tres quintos: el de Don Juan otra igual suma: el de Don Isidro por su legítima, y mitad de mejora cincuenta y tres mil novecientos ochenta y un reales con quince maravedis y un quinto: y el de Doña Ignacia por iguales derechos la misma cantidad: y agregando á estos haberes los treinta mil reales de las deudas contra el caudal, y los dos mil trescientos noventa y tres con veinte y seis maravedis que se baxaron del quinto, componen todas estas partidas los trescientos y setenta mil, ciento veinte y cinco reales con treinta maravedís inventariados, por lo que procedo á hacer las respectivas adjudicaciones á los interesados.

Nota IV. Por el modo, y órden que observé en el primer exemplar, podrá el contador formar las respectivas adjudicaciones á los interesados, aplicando en vacío, ó entrada por salida á los que tuvieren tomado algo á cuenta, lo que recibieron, y poniéndolo por primera partida, como que debe preceder á todas, por ser anteriores; y si los hijos del primer matrimonio no estuvieren pagados de su haber paterno, ó materno, se les formará hijuela comprehensiva de ámbas legítimas, pues en este exemplar por estarlo ya, no se las formé: y despues de hechas las adjudicaciones á los interesados, y la hijuela para el pago de las deudas que haya, en caso

de formarse por no estar pagadas ántes de la particion, hará las declaraciones convenientes, segun ocurra, para lo que no le pueda fijar regla, por ignorar lo que puede ocurrir que declarar, y así omito la material extension de todo.

Hijuela para el pago de las deudas que tenia contra sí D. Jorge Sarmiento quando falleció.

Doña Juana Velazquez viuda de D. Jorge Sarmiento debe haber, como pagadora que se la constituye de las deudas que éste tenia contra sí quando falleció, las partidas que se expresarán por menor en la forma, y por las razones siguientes.

Haber.

Ha de haber diez mil reales de vellon, los mismos que su difunto marido estaba debiendo á Santiago Delgado por escritura que otorgó á su favor tal dia, mes y año, ante tal Escribano..... 10@.

Item, seis mil reales, que de resto de veinte mil, importe de la obra que en su casa de tal calle executó Francisco Sanchez, maestro Alarife, le quedó debiendo: segun consta de la cuenta ajustada, y recibos puestos á su continuacion de lo que le habia satisfecho..... 6@.

Item, quatro mil, que tambien debia á Lorenzo Lopez, segun vale, su fecha tantos de tal mes, y año..... 4@.

Item, novecientos reales, que de resto de liquidacion de cuentas con varios carreteros, que traxeron materiales para dicha obra, les debia..... @900.

Item, trescientos reales, que debia á Maria de tal su criada, por el salario de tanto tiempo, á tanto cada mes..... @300.

Item, cinco mil reales, resto de una escritura de fianza de diez mil, que otorgó

á favor de Don Juan Rodriguez por Roque Albarez su deudor, el qual falleció sin dexar bienes con que pagárselos..... 5@.

Y últimamente, ha de haber tres mil y ochocientos reales, que debia por alcance de la administracion de los bienes de tal concurso, como resulta de la cuenta, y su aprobacion judicial..... 3@800.

Total haber..... 30@.

Las partidas que debe haber Doña Juana Velazquez como tal pagadora de las deudas de su marido, importan los treinta mil reales que se han deducido del cuerpo de caudal, para cuyo pago se la aplican los bienes siguientes.

Pago.

Se dan en pago, y adjudican á dicha Doña Juana Velazquez veinte y tres mil reales de vellon, los mismos que despues de pagados el funeral, entierro y misas de su marido, legados que hizo, y otros gastos, quedaron sobrantes de los veinte y seis mil, que exîstian en dinero efectivo quando falleció, y se pusieron por cuerpo de caudal..... 23@.

Item, quatro mil reales en tales alhajas de plata por su peso sin hechuras, segun se pusieron por cuerpo de caudal.... 4@.

Item, se la aplican, y dan en pago tres mil reales de vellon, los mismos que está debiendo *F.* por tal razon, y deberá entregar tal dia..... 3@.

Total de bienes aplicados..... 30@.

Total haber..... 30@.

Queda pagada enteramente..... @.

Las partidas aplicadas á Doña Juana Velazquez ascienden á treinta mil reales de vellon, y los débitos que con ellas debe satisfacer, importan la misma suma, por lo que queda pagada enteramente. Y se previene queda obligada á recoger de los acreedores las escrituras, vales, cuentas, y papeles calificativos de sus créditos, con los resguardos que deberán darla de habérselos pagado, y á entregarlos todos á los hijos de su marido para el suyo, y que jamas sean molestados por el todo, ni parte de su importe. Igualmente se previene que si para cobrar los tres mil reales del crédito que la va adjudicado, hiciere algunos gastos judiciales por morosidad del deudor, la deberán abonar los hijos de su marido la mitad de ellos entre todos á prorrata, quedando de su cuenta la otra mitad, como que lleva la de los gananciales íntegramente.

Nota V. Con arreglo á esta hijuela de deudas podrá hacer el contador las que le ocurran de mayor, ó menor suma; y si los interesados quieren, tambien podrá incluir en ella no solo las que el testador tenia quando falleció, sino las que ocurran despues de su muerte con motivo de su entierro, gastos de inventario y otros, aplicando al pagador de todo, como que ha de ser efectivo su desembolso, dinero ó bienes en que ninguna pérdida tenga, como he advertido en el cap. 2. n. 52. del lib. 1. de este tratado. Se previene que aunque nada esté pagado, se puede evitar el formarla separada, pues en aplicando al constituido pagador en su misma adjudicacion el importe de ellas en los bienes referidos, expresando con la correspondiente distincion los acreedores, como se ha hecho, nada se varía la substancia, y surte el mismo efecto. Las particiones entre hijos de tres, ó mas matrimonios deben evacuarse por el própio órden, y método que ésta, adicionando los precisos presupuestos, y haciendo separadamente las liquidaciones, y aplicaciones segun los casos ocurran, por lo que omito poner mas exemplares, pues bastante luz tiene el contador con los dos, y sus notas, para gobernarse y no errar.

Nota VI. En el libro 1, cap 1. n. 16. de este tratado expuse que en los inventarios no es necesaria la presencia del Juez, excepto en el caso que lo solicite algun acreedor del difunto, que entonces se ha de practicar lo que allí expuse.

Digo ahora tambien que en la particion tampoco se necesita en tres casos: El I, quando el testador la deja hecha, como puede segun ley (1) y valdrá, con tal que no perjudique á los herederos legítimos en su legítima, pues si les perjudica, se les debe suplir lo que les falte (2). El II, quando aunque algun de sus hijos, ó todos sean menores, nombra en su última disposicion tutor que no sea partícipe en la herencia, ó dipura otras personas de su confianza que la executen, confiriéndoles ámplia, y especial facultad para ello, y para inventariar los bienes, nombrar tasadores, y evacuar su testamentaria, sin acudir á la Justicia para otra cosa mas que para la aprobacion de la particion, ó para nada; en cuyo caso podrán tambien practicarlo todo sin concurrencia del Juez, y no deberán pagarle mas derechos que los del Auto de aprobacion, si el testador manda que la apruebe, y no en otra forma, (y estos con arreglo al Arancel Real, y no como si á todo hubiera concurrido segun algunos lo pretenden, pues esto es estafa punible) y al Escribano los de dicho Auto, los de protocolar el inventario, y particion, y los de los testimonios de las adjudicaciones, y no mas; de cuya práctica testifica Colon en su Instruccion Jurídica, tom. 2. lib. 3. cap. 3. n. 7. y que está en uso en el Reyno de Valencia con aprobacion de su Real Audiencia, por la que se han despreciado los recursos introducidos en contrario como dictados por la avaricia; y lo mismo sé que se practica en el distrito de la Real Chancillería de Granada á consecuencia de Real Orden que se la comunicó, por la que se libran á este efecto las provisiones que se piden, y aun se quita el conocimiento á las Justicias, y suele multarlas si no obedecen, y tambien á los Escribanos si no quieren poner las facultades en los testamentos. Que esto sea justo, y arreglado se convence, y califica: Lo I, porque no hay legal prohibicion, y como lo que no está prohibido se entiende permitido, y la voluntad del testador no siendo opuesta á derecho, es ley inviolable; por esto se debe observar lo que ordene justamente en su testamento. Lo II, porque tan lexos esta de prohibírselo el derecho, que ántes bien

(1) Ley 9. tit. 12. Part. 6. y Cum Pater 77. §. Existis 8. ff. de legat. 2.
(2) Ley Ordenando 30. Settas 36. Cod. de inoff. testam.

le concede facultad para dividir su hacienda entre sus herederos legítimos, y extraños, y para señalar á sus hijos su legítima, sin que sea necesaria la intervencion ni aprobacion judicial: y las leyes le permiten dar poder á las personas que quiera, para ordenar su testamento, nombrar tutores, y evacuar todo lo que dexe de practicar por sí própio; en vista de lo qual, ¿que razon hay para que no pueda conferírselo tambien á efecto de que sin dicha intervencion ni aprobacion haga el inventario, tasacion y particion extrajudicial de sus bienes: y para que el Juez se intrometa de própia autoridad á conocer en este caso de su testamentaría, y privar á los diputados por el testador del uso de su comision? No la alcanzo; pues aunque su hidrópica, y refinada codicia disfrazada, y cohonestada con el título de padre de menores (que en algunos es impropio, y el de padrastros muy adequado) se esfuerce en discurrir, sutilizar y aparentar que de faltar su intervencion, se puede irrogar perjuicio á estos, no obsta: lo uno, porque les queda salvo su derecho hasta los 29 años de su edad para reclamar, y hacer que se reforme la particion, y se les desagravie. Lo otro, porque el Juez no la hace; ni regularmente suele hacerla, sino los contadores que las partes, ó quien las representa, eligen, y en conformándose éstas, la aprueba, ya esté bien, ó mal hecha, y el beneficio que se les sigue de evacuarse judicialmente, es, tener que pagar no solo á los contadores, sino al própio Juez, curador ó defensor sus dietas, ó salarios, y menoscabárseles en su importe la herencia; y como su autoridad, por mas veces que la interponga, siempre es, y se entiende *quando ha lugar en derecho*, y si segun éste está mal formada, queda ineficáz su interposicion, porque no deshace los agravios, ni puede impedir á los agraviados el uso del suyo hasta la referida edad; y si está bien, es ociosa, y supérflua, porque tiene en sí quanto necesita para su validacion, y subsistencia segun derecho, pues á lo que segun éste no tiene vigor, no puede dárselo el Juez por no ser legislador; y si lo tiene, para nada necesita su autoridad ni aprobacion: por eso no es necesaria, y así vemos todos los dias pleytos de agravios hechos en particiones judiciales, y que su concurrencia nada remedia, ni los evita; y aunque por sí las haga, lo própio sucederá, si los contienen,

por lo que me rio de muchas aprobaciones judiciales en que algunos necios gastan su dinero inutilmente. Lo III, porque el dictado de padre de menores le está bien, y debe usarlo quando el testador no dispuso, ó los menores no tienen tutor, ó curador, ó es sospechoso el que les ha dado, y no hay quien lo acuse, para proveerles de otro idoneo, y fiel, como sentè en el lib. y cap. 1. de esta segunda parte n. 70. y sig. Lo IV, porque el testador por el hecho de haber instituido á los herederos, se prueba que los amó; y como nadie puede pensar ácia su bien como él mismo, y una vez que manda hacer extrajudicialmente la particion es visto procurárselo por los medios que le dictan su prudencia, y el amor que les profesa: y para evitarles dispendios supérfluos, é inútiles, nombra personas de su confianza que formalicen la division; por eso debe ser obedecido. Y por esta razon quando en su testamento nombra tutores de sus hijos, no se les piden fianzas, aunque no les releve de ellas, ni sean sus parientes, ni ley alguna los obliga á darlas, porque se presumen ser personas de integridad, y pureza, respecto la satisfaccion que de ellas hace para este encargo; lo que es al contrario en los tutores legitimos, y dativos, á los quales sin embargo de que sean parientes, y muy abonados, obliga la ley (1) á darlas, y en su obedecimiento así se practica. Y lo V, porque ninguna ley Real preceptúa semejante solemnidad, excepto quando el testador no hace la division por sí ni por otro, pues en este caso hace sus veces. Y en comprobacion de que debe practicarse así, digo que á instancia de D. Joseph Angel Villaroel y la Quadra, y de otros vecinos de Talavera de la Reyna con referencia de los perjuicios que experimentaban los interesados en las herencias, y de que se escusaban los Escribanos á autorizar los testamentos con nombramiento de tutores, curadores, contadores y personas que practicasen extrajudicialmente los inventarios, y particiones de bienes de difunto entre los menores que fuesen interesados, se acudió al Consejo solicitando se les mandase que los autorizasen, y que los electos por los testadores lo evaquasen en todo extrajudicialmente; y vista esta justa solicitud, y precedida anuencia

(1) Ley 9. tit. 16. Part. 6.

del Señor Fiscal á quien se comunicó, se libró Real Provision en 15 de Julio de 1779 por la Escribanía de Don Francisco Lopez Navamuel, defiriendo á ella, y mandando al Alcalde mayor de Talavera compeliese á ello á los Escribanos: que esto se executase tambien con otros qualesquiera vecinos de la própia Villa, y su tierra que en lo sucesivo dispusiesen inventariar, y partir extrajudicialmente sus bienes, con tal que despues de fenecidos el inventario, y particion se protocolasen ante uno de los Escribanos del Numero que eligiesen las partes, para que no se extraviasen: y que á este fin se pusiese copia de la Provision en todas las Escribanias numerarias de la citada Villa. Y en el de 781 por parte de D. Pedro Davila Romano, vecino, y Procurador Sindico de la Villa de Cebolla con presentacion de testimonio de la Provision referida se introduxo la misma pretension; y por la Escribanía de Don Juan Antonio Rero Peñuelas se libró en 31 de Agosto otra conferida á su justicia, cuyo mandato dice: *Y vista la peticion referida por los del nuestro Consejo, y testimonio con ella presentado con insercion de la Provision expedida en 15 de Julio de 1779 á instancia de diferentes vecinos de la Villa de Talavera; por decreto que proveyeron en 29 de este mes, y por lo proveido en la mencionada Provision, se acordó expedir esta nuestra carta, por la qual os mandamos que siendo con ella requerida, compeláis á los Escribanos de esa Villa á que no se excusen á autorizar los testamentos en la forma que se expresa en el pedimento inserto, con la sola calidad de que los inventarios, y particiones extrajudiciales despues de hechas, y fenecidas se protocolen ante uno de los Escribanos de Número, quales eligieren las partes para que no se extravíen. Y asimismo queremos se execute lo próprio en lo sucesivo con qualquiera vecino que dispusiere inventariar, y partir sus bienes en la dicha forma extrajudicial, haciendo se ponga copia de esta nuestra carta en todas las Escribanías de Número de esa Villa para su observancia, y dando á este fin las demás providencias que tuviereis por convenientes, que así es nuestra voluntad. Dada en Madrid á 31 de Agosto de 1781.* De forma, que por las dos Provisiones relacionadas, y por otras que se han expedido anterior y posteriormente, siempre que se ha pretendido, no solo se corrobora mi dictámen, sino que ni aun previenen que el Juez apruebe los inventarios, ni par-

ticiones en el caso propuesto, porque se contempla inútil su aprobacion por los motivos referidos; y así ninguna intervencion suya es necesaria en el caso expresado, si el testador no lo ordena, ni el Escribano debe escusarse á autorizar las últimas disposiciones con esta circunstancia, ni á protocolar los inventarios, y particiones extrajudiciales que los comisionados por los testadores formalicen, y dar de ellos los testimonios que le pidan los interesados, en ellas, como de otra escritura, ó acto extrajudicial que ante él pase, porque éste lo es en la realidad. Previniéndole lo I, que todo ha de estenderse en el papel sellado correspondiente, como si fuera particion judicial, y no estando estendido en él, no debe admitirlo, ni protocolarlo. Lo II, que en el exòrdio, ó principio de la particion han de entrar hablando como otorgantes los comisionados, y especificarse la comision que tienen con individualidad; y lo mismo se ha de executar en el inventario extrajudicial. Lo III, que estos comisionados no tienen que obligarse, ni renunciar leyes, porque nada practican por su hecho própio, y sí únicamente declarar haberla formalizado fiel, y legalmente segun su inteligencia sin agravio de los interesados en la herencia, á los que han de obligar á eviccion de lo que salga fallido, ó se quite en juicio á algun partícipe, como en la declaracion segunda del primer exemplar queda advertido. Y lo IV, que no debe llevar mas derechos que los de protocolizacion, y testimonios que dé respecto á que en nada mas tiene trabajo, y éstos con arreglo al Real Arancel, y segun el tiempo que en ello se ocupe, pues ningun derecho le concede accion, ni privilegio para exigir mas que éstos, y si los exige, deberá restituirlos en conciencia, y en justicia como injusta, é indebidamente llevados. Y el caso tercero es quando todos los herederos son mayores de 25 años, pues entónces pueden hacer por sí própios el inventario, y particion por escritura, ó del modo que les parezca, y se convengan. Por todo lo qual concibo que se debe introducir en todos los Reynos de Castilla, y en los de las Indias, en donde son mucho mas crecidos los derechos judiciales, y por consiguiente los perjuicios, esta práctica como tan útil, justa y ventajosa á los herederos, y mandar su inviolable observancia; y que si algun Juez intentáre impedirla, entónces

como que está destituido de razon, y apoyo legal, y lexos de manifestar celo del bien de los herederos, y de ser verdadero padre de menores, lo acredita abiertamente de su privativo interés, y de ser su ánimo perjudicarlos por lucrarse, se le debe repeler, hacer cesar, y prevenir seriamente de su obligacion para lo sucesivo. Del modo de ordenar la particion extrajudicial por escritura entre mayores, trato en las dos que se siguen (*a*).

Particion extrajudicial hecha por los mismos herederos, y reducida á instrumento público.

En tal Villa, á tantos de tal mes, y año, ante mí el Escribano de su Número, y testigos, Francisco, Diego, y Juan Fernandez, vecinos de ella, hijos legítimos de legítimo matrimonio de Pedro Fernandez difunto, y mayores de 25 años, dixeron: Que en tantos de tal mes del presente falleció en esta Villa el enunciado su padre baxo del testamento que habia otorgado en tal dia de tal mes, y año ante F. Escribano del próprio Número, en el qual los instituyó por sus universales herederos, como sus únicos hijos, y de Andrea Perez su difunta muger, por cuya muerte aceptaron su herencia con beneficio de inventario, el que executaron solemnemente dentro del término, y con la pureza y escrupulosidad legal á presencia de F. Escribano Real, á conseqüencia de Auto proveído ante mí á su instancia en tantos de tal mes por el Señor D. F. Corregidor de esta Villa, de todos los bienes, créditos, caudal y efectos que se encontraron pertenecerle, los que se valuaron por los respectivos peritos que unánimes eligieron; y concluido el inventario, pagaron las deudas que llegaron á su noticia tenia contra sí el nominado su padre. Y considerando que de nombrar contadores judiciales para

(*a*) Esta nota es uno de los pasages de esta obra en que el autor manifiesta mas su buen juicio, impugnando abusos que posteriormente han sido objeto de la ley 10. tit. 21. lib. 10. Nov. Recop. y de la Real Cédula de 20 de Enero de 1792, por las que se declara la facultad que tienen los testadores para nombrar partidores, ó contadores que dividan la herencia entre sus hijos menores. Y que estas personas cumplan con presentar las diligencias ante la justicia del Pueblo para su aprobacion y que se protocolicen en los oficios del Juzgado del Juez ante quien se presenten.

dividirlos, se les ocasionarian crecidos gastos, deliberaron hacer por sí mismos particion de ellos; y para que jamás se dudase de su veracidad, reducirla á instrumento público, la que con efecto evacuaron segun su convenio, y me entregan firmada por todos, á fin de unirla á esta escritura, y en sus traslados insertar lo correspondiente con la adjudicacion hecha á cada partícipe, y su literal tenor es el siguiente.

Ajuí se insertan los presupuestos, y lo que corresponde á cada uno por su haber, quando se le dá su copia, y luego prosigue la escritura.

Y para que la mencionada particion extrajudicial tenga el vigor, firmeza y validacion que los interesados en ella apetecen, en la via y forma que mas haya lugar en derecho, cerciorados del que les compete, de su libre y espontanea voluntad: Otorgan que aprueban, ratifican, y dan por hecha perfectamente, y con el debido arreglo, y en caso necesario formalizan de nuevo la expresada particion con sus presupuestos, (*si los tuviere, pues si no, no se hablará de ellos*) cuerpo de caudal, deducciones, adjudicaciones, declaraciones y todo lo demás que contiene; y de los bienes respectivamente aplicados á cada uno, como tambien de los títulos de pertenencia de los raices que le tocaron (*si no los hubiere, se omitirá esta expresion*) se dan por entregados mútuamente á su satisfaccion; y por no parecer de presente su entrega, mediante haber sido cierta y efectiva, como lo confiesan, renuncian la excepcion que podian oponer de no habérseles hecho, la ley nona del título primero, Partida quinta, que de ella trata, y los dos años que prefine para la prueba de su recibo, los que dan por pasados como si realmente lo estuvieran, y formalizan á su favor el mas eficaz recibo, y resguardo que á su seguridad conduzca: y en su conseqüencia se desapoderan, desisten, quitan y apartan, y á sus herederos y sucesores del dominio ó propiedad, posesion, título, voz, recurso y otro qualquier derecho, que á los referidos bienes, y cada cosa de la herencia les correspondia indistintamente, y pudo corresponder mientras exîstieron proindiviso, y todo con las acciones reales, personales, úriles, mixtas, directas, executivas y demás que les competan, y han competido á ellos, y á cada alhaja, se lo ceden, renuncian y traspasan íntegra y recíprocamente

sin la menor reserva, atento á que con los que le están aplicados se hallan satisfechos, y reintegrados de su total haber paterno, por cuya razon quedan extinguidas, fenecidas y acabadas enteramente las que durante la proindivision tenian, para que de él se les hiciese pago. Y se confieren el mas ámplio, absoluto, firme é irrevocable poder que necesiten, con libre, franca y general administracion, y facultad de substituirlo, y se constituyen Procuradores actores en su própio negocio, para que cada uno tome, y aprehenda la real tenencia, y posesion de los que se le adjudicaron, y los venda, cambie, enagene, use y disponga de ellos á su arbitrio, y eleccion, como de cosa suya adquirida con legítimo, y justo título, como lo son la adjudicacion que se le formó, y este instrumento, del que quieren se dé á cada uno copia autorizada con insercion de su hijuela, presupuestos, declaraciones y demás que corresponda, á fin de que le sirva de título legítimo de pertenencia de su haber, con la qual sin otro acto de aprehension ha de ser visto haberse transferido á todos, y á cada uno la posesion y dominio de quanto les tocó, y se les adjudicó, y en el ínterin se constituyen sus inquilinos, tenedores, y precarios poseedores en legal forma. Y declaran que en la valuacion de los bienes inventariados, y en la liquidacion, deducciones, qüota y calidad de los aplicados á todos tres no hubo lesion, engaño, ni el mas leve perjuicio, por haberse practicado con rectitud, y pureza, y observado en su distribucion y repartimiento la proporcion correspondiente al haber de cada uno en todas sus clases, sin causarles agravio; y en caso que lo haya habido, ya consista en error material de cálculo, ó en el modo y forma de liquidar, deducir, aplicar, distribuir, ó en otra cosa que por olvido ó ignorancia no se haya tenido presente, se remiten y perdonan la cantidad á que ascienda en poca, ó mucha suma, de la qual se hacen mútua gracia, y donacion pura, perfecta é irrevocable entre vivos con insinuacion, y demás firmezas legales; y á mayor abundamiento renuncian la ley quarta del título séptimo, libro quinto del Ordenamiento Real, que trata de lo que se vende, y permuta, y de otros contratos en que interviene lesion en mas, ó ménos de la mitad de lo justo, y los quatro años que prescribe para pedir rescision de los referidos contratos, ó suple-

mento al legítimo y verdadero valor de las cosas en ellos contenidas, los que dan por pasados como si efectivamente hubieran transcurrido, para no aprovecharse jamas de su auxîlio. Y se obligan á que si en algun tiempo se descubrieren otros bienes, créditos y efectos pertenecientes á la testamentaría del nominado su padre, los dividirán entre sí con la misma proporcion que los inventariados sin diferencia, y con la própia prorratearán y pagarán las deudas que aparecieren contra su caudal, á todo lo qual han de poder ser compelidos por todo rigor de derecho, y via executiva, como igualmente á la paga de costas, daños y perjuicios que el que se apoderáre de los bienes que se descubran, ocasionáre á los coherederos con resistirse á su manifestacion para dividirlos entre todos, ó diferirla maliciosamente, ó que por morosidad no hiciere puntual pagamento de la porcion que le toque de las deudas que aparecieren contra el caudal, deferido el importe de todo en su relacion jurada, ó de quien los represente, sin otra prueba ni averiguacion, pues de ella se relevan en forma. Y en cumplimiento de lo ordenado por la ley nona, título décimoquinto de la Partida sexta, se obligan asimismo á la eviccion, seguridad y saneamiento de los bienes respectivamente aplicados á cada uno; y á que si algunos de los raices, ó redituables sasalieren fallidos, por pertenecer á tercero, ó estuvieren hipotecados, y afectos á gravámen, ó responsabidad, que por ignorarse, ó por otra causa legal, aunque aquí no se especifique, no se deduxo, le reintegrarán de lo que les quepa, y deban resarcirle, y si se le moviere pleyto sobre ellos, ó qualquiera finca, por poco que valga, saldrán á su defensa, requiriéndoles préviamente conforme á derecho, y no haciéndoselo saber en el término que éste prefine, y de otra suerte, y lo seguirán á su costa en todas instancias hasta executoriarlo, y dexarle en su quieta, y pacífica posesion, y segura propiedad, sin que de su caudal tenga que lastar, ni desembolsar cantidad la mas leve; y si una vez requeridos, y citados de eviccion en la manera propuesta, no lo siguieren, lo ha de continuar el demandado, y no tener necesidad de interpelarlos mas en ningun estado del pleyto, pues la primera citacion ha de ser, y entenderse perentoria para todos los trámites del juicio en qualquiera instancia; y en este caso si ob-

tuviere sentencia favorable, le bonificarán, y pagarán todas las costas, y daños que se exprese haber expendido, é irrogádosele, ya lo siga por sí, ó se valga de otro á quien satisfaga el trabajo de su solicitud: y si fuere condenado, y despojado de la finca, ó fincas litigiosas, no solo le han de abonar, y reemplazar de los referidos gastos, costas y daños, sino del valor en que las fincas desmembradas le fueron adjudicadas, y de los frutos que en virtud de la sentencia haya restituido, sin faltar cosa alguna, baxo de la própia pena de execucion, y costas, girándose la cuenta entre todos tres; en atencion á que si los bienes existieran sin dividirse, saldria todo de la masa comun, y cada uno tanto ménos percibiria; sin que para exîmirse de su pago, y abono les sufrague el quererle imputar á culpa, ó negligencia suya la pérdida del pleyto, pues sobre ello no han de ser oidos en juicio, excepto que lo abandone sin hacer defensa alguna, ó no apele de la decision condenatoria en tiempo, y forma, ó que lo comprometa sin prévia, y expresa anuencia, y consentimiento por escrito de los coherederos, ú ocurra alguna de las otras causas, por las que segun derecho no hay obligacion á la evicion, y saneamiento, de que tratan las leyes treinta y seis, y treinta y siete del título quinto, Partida quinta, pues en estos casos, y no en otro, sea el que fuere, no quedan, ni han de ser obligados á ella. Igualmente se obligan á no reclamar esta escritura, ni oponerse á su contexto total, ni parcialmente; y si lo intentaren, á mas de no debérseles admitir judicial, ni extrajudicialmente, ha de ser visto por el própio hecho haberla aprobado, ratificado, y otorgado nuevamente con mayores vínculos, y estabilidades: y para su mas exâcta, íntegra y puntual observancia se imponen recíprocamente la pena de tantos reales, (*si no hubiere pena, porque no quieran imponérsela, se omitirá esta cláusula*) en que desde ahora se dan por incursos, y condenados irremisiblemente sin mas sentencia, ni declaracion, para que se exija al infractor tantas quantas veces contraviniere, y se retratáre de cumplir lo pactado, y quieren que ya la págue, ó se le remita, se lleve no obstante á debido efecto esta escritura en todas sus partes, sin alteracion, interpretacion, ni tergiversacion, y que se suplan todos los defectos de solemnidad, substancia, y demás que con-

tenga, pues los dan por suplidos, y la formalizan con todos los requisitos que legalmente son precisos para su mayor validacion, y subsistencia; y á su cumplimiento obligan sus personas, y bienes muebles, raices, derechos y acciones presentes, y futuros, &c. *Aquí las cláusulas generales.*

Nota. Esta escritura se puede presentar al Juez de la testamentaría para que la apruebe; bien que no es necesaria su aprobacion, mediante ser mayores de 25 años los herederos, poder obligarse como quieran, y quedar eficazmente obligados segun la ley 1. títul. 10. lib. 10. Nov. Recop. Pero si todos, ó alguno fueren menores, se ha de impetrar licencia del Juez para otorgarla, con prévia, y formal audiencia de su curador de bienes ó de pleytos que debe concurrir al otorgamiento, de que le ha de proveer, no teniendo edad para nombrarlo; y si la tiene, hacerle que lo nombre, y no queriendo elegirlo, nombrárselo de oficio por su contumacia, y asimismo con inspeccion, é inquisicion de si es, ó no util al menor; y despues de otorgada con el aditamento de las cláusulas, y renunciaciones tocantes á los contratos de menores que expliqué en los capítulos IV, y VII, de mi I parte, se le presentará para su aprobacion, é interposicion de su autoridad; y lo mismo se practicará interviniendo fatuo, loco ó desmemoriado. Y se previene que en ella se han de relacionar, y unir á su protocolo originales los autos que precedieren, é insertar con el de su aprobacion, que tambien se ha de unir á él con el pedimento en que se pretenda en cada una de las hijuelas. Todo lo qual se entiende, excepto que el testador dexe hecha la particion sin agravio de las legítimas de sus legítimos herederos; ó que dipute personas de su confianza para hacerla, y el inventario, sin concurrencia de Juez en la forma expresada en la nota VI, del II exemplar, pues entónces no es necesario acudir á él, y basta que los nombrados la otorguen en uso de sus facultades.

Otra. Si hubiere habido pleyto sobre los derechos de alguno de los interesados, y ántes de concluirse se transigieren acerca de ellos, se hará relacion de él, y del modo en que se convinieron: y por lo respectivo á lo que se transija, llevará tambien la escritura las cláusulas relativas, y concernientes á la estabilidad de las transacciones, de que traté en el c. 13.

de mi primera parte n. 31. Si no hay bienes raices, ni efectos productivos, ó aunque los haya, si los interesados mayores estipulan que no han de quedar obligados al sanéo, ni evicion de los que les salgan fallidos, ó se les quiten en juicio, ántes bien ha de ser de cuenta, y riesgo del despojado su falencia, pérdida y menoscabo, sin quedarle regreso, ni repeticion por su importe contra los coherederos, se expresará así, y omitirá la clausula que de ella trata. Y si una finca raiz, ó redituable se divide entre dos, ó mas; en este caso como que cada uno debe tener título de la porcion que en ella le cupo, se expresará en la escritura, pues á todos se han de entregar copias testimoniadas del título, en las que, y en éste se pondrán las competentes notas, que contengan una misma cosa en substancia, quedándose el título original en poder del que lleve la mayor parte, ó sea mayor en edad, ó mas honrado, el qual se ha de obligar á manifestarlo, y permitirles saquen á su costa copias de él con inclusion de la nota que se le ponga, siempre que se les pierdan, ó rompan las que se les entregan, segun lo preceptúan las leyes 7. y 8. tit. 15. Partid. 6. advirtiendo, que los derechos de estas deben ser comunes de la testamentaría como precisos para su entera evacuacion, y los de sacar copias de los títulos, ó papeles que falten para acreditar la pertenencia de los bienes hereditarios, ya haya, ó no mejora, como senté en el lib. 1. cap. 3. de este tratado n. 80. pues deduciéndolos del fondo comun, pagan todos á prorrata de su haber; lo que al contrario los de la que se pierda despues á alguno, pues deberá satisfacerlos de su caudal privativo.

Escritura de particion.

En tal Villa á tantos de tal mes, y año, ante mí el Escribano de su Número, y testigos, Pedro, y Antonio Lopez vecinos de tal Villa, y hermanos enteros de Francisco Lopez difunto, que fué de esta, y Lorenzo Fernandez de la própia vecindad, sobrino de éste, y de aquellos; é hijo legítimo, y único de Juan Fernandez, y de María Lopez su muger, tambien difuntos, y ésta hermana igualmente entera de todos tres, y todos los otorgantes mayores de 25 años, dixeron: que el

enunciado Francisco Lopez hallándose viudo, falleció en tal dia de tal mes, y año, sin haber hecho disposicion testamentária, ni dexado posteridad legítima; con cuyo motivo el Señor D. F. Corregidor de esta Villa previno su abintestato, hizo recoger, y custodiar sus bienes con toda formalidad, mandó llamar por edictos, que se fixaron en ella, y en la de los otorgantes, á todos los que pretendiesen tener derecho á ellos por razon de parenteseo, y citar á estos por medio de su despacho emplazatorio, como se les citó en persona; y en virtud de la citacion acudieron á su Juzgado por mi Oficio en donde pende el abintestato, á legitimar su inmediato parentesco con el difunto, y solicitaron los declarase por sus únicos, y legítimos herederos, como hermanos, y sobrino enteros suyos, por no haber otros parientes en igual grado, y prerrogativa de consanguinidad, á cuyo fin presentaron los documentos calificativos que lo acreditaban, y aceptaron su herencia con beneficio de inventario; y en vista de los documentos, é informacion que produxeron; de que en término prefinido en los edictos nadie mas compareció pretendiendo derecho á su herencia; y de ser pasado el legal, y mucho mas, defirió á su solicitud ante mí en tal dia declarándolos por únicos herederos abintestato con igualdad, del prenotado Francisco Lopez, como tales hermanos, y sobrinos carnales suyos, habiendo por admitida su herencia con dicho beneficio, mandando se les entregasen sus bienes baxo la oblicion de satisfacer su funeral, y entierro, y con la mayor prontitud hacer por su alma los sufragios correspondientes á su calidad, y haberes, de que inmediatamente deberian darle cuenta con justificacion, y dando por libre á F. depositario de ellos (verificada su entrega) del depósito que habia constituido, y responsabilidad á que estaba obligado: y en consequencia de esta declaracion, y entrega hicieron inventario solemne, y formal con la correspondiente exáctitud de quantos bienes, efectos y créditos en pro, y en contra se hallaron, los que por evitar dilaciones, y mayores gastos, resolvieron dividir amigablemente por este instrumento: y para que tenga efecto su convenio, en la via y forma que mas haya lugar en derecho, otorgan que dividen entre sí, y hacen particion de todos los bienes, caudal, y efectos inventariados por fallecimien-

to del expresado Francisco Lopez, con arreglo á lo que por derecho, y por la declaracion del Auto relacionado les corresponde, en la forma, y con los presupuestos siguientes.

Aquí se pondrán los presupuestos, cuerpo de caudal, deducciones, liquidaciones y adjudicaciones por el órden, y método que en los dos exemplares de Particiones judiciales; y concluido todo, proseguirá lo decisivo, ó dispositivo de la escritura.

Y mediante haber examinado muy por extenso los otorgantes ántes de ahora esta escritura, y visto que la particion que incluye, está conforme á su convenio, y derechos que les competen, y que no contiene el menor agravio en la qüota, ni calidad de bienes distribuidos, ni tampoco error de cálculo, ni otro, la aprueban, ratifican, dan por executada bien y fielmente, y con la legalidad que se requiere, y de los aplicados respectivamente á cada uno de los tres se dan por satisfechos, y entregados recíprocamente á su voluntad, y aunque su entrega ha sido real, y verdadera, como lo confiesan, por no parecer de presente, renuncian la excepcion, &c. *Proseguirá como la anterior.*

Nota. Aunque esta escritura es diferente de la que precede en su introduccion, no se distingue en lo substancial para su estabilidad, y firmeza, y así proseguirá como aquella, haciendo en ella las declaraciones, y obligaciones que correspondan, y pacten los interesados, y quitando, mudando, y adicionando lo conveniente, y preciso, segun lo que ocurra; y respecto á que teniéndola presente, y la nota puesta á su continuacion, se puede hacer con felicidad, y perfeccion, omito concluirla; y solo prevengo que si el depositario de los bienes los tiene en su poder por convenio de los interesados hasta que se evacua la particion, han de otorgar estos en ella carta de pago á su favor, y darle por libre, é indemne de su responsabilidad, y depósito.

Otra sobre el papel sellado.

El papel que corresponde á estas escrituras, es el del Sello quarto mayor para el protocolo, y para las copias, ó testimonios de las adjudicaciones el del Sello tercero, porque la ley no distingue entre las hechas por contadores, ó por escritura; y mediante hablar indistintamente, y surtir el própio efecto, ya se hagan de un modo, ó de otro, deben llevar el mismo papel las copias, y en el intermedio comun.

Con cuyos exemplares (*a*), prevenciones y adicciones que ahora lleva esta obra, para que sea mas completa, me parece que no solo he cumplido, y evacuado el reiterado encargo que me hizo el Excelentísimo Señor Conde de Campomanes, en quanto estuvo de mi parte, sino tambien la obligacion de buen patricio por utilidad del Público; por lo que á honra, y gloria de Dios, y de su Santísima Madre, en cuyo soberano auspicio, y proteccion libré totalmente mi confian-

(*a*) Si el reformador Don Josef Marcos Gutierrez, ántes de proceder á executar sus notas, hubiera leido los prologos del autor, y el §. con que concluye este tomo, se hubiera escusado del sentimiento que ahora le causará el considerar el baxo concepto que de sí formaba el autor, quando premeditó emprender obra tan basta, pues solo confiando en Dios, y su Santisima Madre, y por obedecer los preceptos del Excelentisimo Señor Conde de Campomanes, pudo tener efecto; confiesa no obstante los muchos yerros que se manifestarian en la obra, y por lo mismo pide encarecidamente el disimulo; leanse las palabras que se notan rayadas, y comienzan *á todos los quales*.. ¿puede darse reconocimiento mas sumiso de parte del autor? ¿será acreedor á que se le haya tratado con tanto vilipendio por el reformador, y mas á vista de que, aun siendo fundados los yerros, que por sus notas previene se ha conformado (lo ménos) con las cinco partes de las seis que contiene la obra? se anonadará el reformador, y debera confesar debe reintegrar al autor en su estimacion, buena fama, y opinion, y mas en el dia que ya no es capaz de hacer defensa alguna; hagase cotejo de una y otra, y advertirá qualquier inteligente que nada ha desmerecido el autor por sus notas, y supresiones que ha executado de mucha parte de la obra; si viviera el autor, y notara que lo adicionado daba algun realce á su trabajo, corrigiendo yerros, y suprimiendo doctrinas de ningun fundamento, daria muchas gracias al reformador con este motivo; pero en caso que asi fuese, como no una sola vez se ha dicho, ¿que tiene que ver esta accion con tratarle de ignorante, necio &c? al ménos inteligente repugna semejante trato, y el reformador por si mismo se ha quitado su estimacion.

za para el acierto, (porque todo bien viene del Cielo) y á quienes si es que lo tuve, lo debo en el todo, pues si no, era absolutamente imposible á mi ineptitud el conseguirlo en Obra tan basta, intrincada y escabrosa, sin embargo de las insuperables diarias fatigas de mas de ocho años que en componerla, adicionarla, y mejorarla me ocupé, la concluyo para instruccion, y alivio del contador lego, principiante, y demás aplicados; *á todos los quales suplico encarecidamente usen de toda su prudencia, y clemencia en disimular, y disculpar los yerros, y defectos que tenga, haciéndose cargo de mi limitado talento, buen deseo, y ninguna literatura*; de que conociendo todo esto, me resistí mas de cinco años á emprenderla, pero al fin me ví obligado á sacrificar mi obediencia, y ceder, porque las meras insinuaciones de estos personages son preceptos rigorosos para los que somos inferiores; y de que no tuve el mas leve auxilio, ni aun para su inspeccion, y correccion de persona alguna, pues así lo espero de su cristiana piedad, y recto modo de pensar. Madrid, y Agosto treinta y uno de mil setecientos y noventa.

Fin del libro segundo, y tratado de particiones.

R. 9151 6

FEBRERO ADICIONADO,
Ó LIBRERÍA DE ESCRIBANOS:

INSTRUCCION TEÓRICO PRÁCTICA
PARA PRINCIPIANTES.

PARTE SEGUNDA
DIVIDIDA EN TRES LIBROS.

Legado
Don As[illegible]

TRATA DE LOS CINCO JUICIOS DE INVENTARIO, Y PARTICION DE BIENES DE DIFUNTO, ORDINARIO, EXECUTIVO, Y DE CONCURSO Y PRELACION DE ACREEDORES.

Obra utilísima para todos, y especialmente para los que se dedican al estudio práctico de la Jurisprudencia.

SU AUTOR

DON JOSEF FEBRERO,

ESCRIBANO REAL Y DEL COLEGIO DE ESTA CORTE.

CORREGIDA EN ESTA IMPRESION, Y NOTABLEMENTE MEJORADA CON VARIAS NOTAS QUE ILUSTRAN ALGUNOS PUNTOS INTERESANTES.

TOMO TERCERO.

LIBRO TERCERO.

Que comprehende los Juicios ordinario y executivo, y la forma de estender las diligencias que en ellos ocurren.

QUINTA IMPRESION.

MADRID EN LA IMPRENTA DE DON JOSÉ DEL COLLADO.

Este tomo y los anteriores se venden en la Librería de Martinez frente de San Felipe el Real.

ÍNDICE

DE LOS CAPÍTULOS Y PÁRRAFOS

QUE SE CONTIENEN EN ESTE TOMO.

LIBRO TERCERO.

DE LOS JUICIOS CIVIL Y ORDINARIO, executivo, y de concurso y prelacion de acreedores.

Capítulo I. Del juicio civil ordinario, en primera instancia hasta la sentencia difinitiva.

§. I. *De la division del juicio; en qué dias puede ó no hacerse, y qué personas pueden ó no comparecer, pág.* 1.

§. II. *De la demanda, y cláusulas que debe contener; si se puede ó no mudar, ampliar y enmendar; qué debe mirar el actor para ponerla; ante qué Juez ha de acudir; qué juramentos se hacen en los juicios, y otras cosas.* 11.

§. III. *De la citacion ó emplazamiento con la demanda; y de quántas maneras puede hacerse.* 50.

§. IV. *De las clases de excepciones que el reo puede oponer en juicio y término que para ello se le concede.* 67.

§. V. *De la contestacion de la demanda, y sus efectos; cómo, y dentro de qué término debe hacerse.* 89.

§. VI. *De la reconvencion, y sus efectos; dentro de qué término debe hacerse, y ante qué Jueces, y en qué causas há ó no lugar.* 92.

§. VII. *De la prueba que se puede hacer en juicio, y sus clases.* 116.

§. VIII. *Del término para hacer la prueba, siendo mayores los litigantes; cómo se cuenta; desde quándo corre, y si se podrá suspender, y practicar otras cosas durante él.* 182

§. IX. *De la publicacion de probanzas, y restitucion del término probatorio que compete á los menores, y demas que gozan del beneficio de menor edad.* 197.

§. X. *De las tachas, ó repulsas de los testigos, tiempo y forma de oponerlas, y término para probarlas, y de las alegaciones en derecho.* 206

§. XI. *De la conclusion de los autos para difinitiva; y si despues de conclusos se podrán ó no hacer probanzas.* 214.

§ XII. *De la recusacion de los Jueces superiores, é inferiores y subalternos de los Tribunales, causas por qué puede ser hecha, y forma de hacerla.* 217.

§. XIII. *De la sentencia difinitiva, y circunstancias que requiere para su validacion; si el Juez la podrá ó no revocar ó reformar, y término para apelar de ella.* 234.

§. XIV. *De la nulidad de las sentencias, y término en que se debe pedir.* 254.

§. Final. *De la forma de estender las diligencias que ocurren en el juicio civil ordinario.* 265.

Capítulo II. Del juicio executivo hasta la sentencia de remate, y su execucion.

§. I. *Qué es juicio executivo, y qué cosas traen ó no aparejada execucion.* 297.

§. II. *Quién puede pedir execucion, y ser executado; quántas clases hay de bienes, y en quáles se puede ó no trabar; y si el acreedor que intentó la via ordinaria podrá dexarla, y pasar á la executiva.* 338.

§. III. *Cómo se ha de pedir, despachar y trabar la execucion; con qué órden, y en qué dias puede ó no hacerse; qué personas pueden ó no ser presas por deuda, y deben afianzar de saneamiento; por quánto tiempo se han de dar los pregones á los bienes executados; y quándo, y cómo se ha de citar de remate al executado.* 369.

§. IV. *De la oposicion del executado, y excepciones que se le deben ó no admitir en la via executiva; término en que las ha de probar para elidir la execucion; y si el Juez requerido podrá ó no conocer de ellas, y definirlas.* 408.

§. V. *De la sentencia, fianzas y remate de los bienes executados.* 483.

§. VI. *Del tercero opositor á la via executiva.* 511.

§. VII. *Quándo deberá ó no ser condenado en las costas del pleyto, y pagar décima de la execucion el executado.* 518.

§. Final. *De la forma de estender las diligencias de la via executiva, estando presente el deudor.* 527

PARTE SEGUNDA

DE LOS JUICIOS CIVIL ORDINARIO, executivo, y de concurso de acreedores.

CAPITULO PRIMERO.

Del Juicio civil ordinario en primera instancia hasta la sentencia.

§. I.

De las divisiones del Juicio; en qué dias puede ó no hacerse; y qué personas pueden ó no comparecer en él.

1 ASí como la Jurisprudencia es una noticia de las cosas divinas y humanas, y una ciencia de lo justo é injusto; la Justicia es una virtud radicada y constante, que dura perpetuamente en la voluntad y corazon de los justos, y da á cada uno lo que es suyo. Ninguna virtud produce mejores frutos, porque por ella viven los hombres recta y tranquilamente, unos recibiendo premio, y otros castigo segun su mérito y proceder. Los primeros se hacen mejores, y los segundos buenos por temor de la pena; y asi dice la ley (1), que todos deben amarla como á sus padres, obedecerla como á buen señor, y guardarla como á su vida, respecto á que sin ella no pueden vivir. Omito explicar sus quatro divisiones, á saber: *commutativa*, *distributiva*, *legal*, y *vindicativa*, por no ser precisa ésta instruccion para el Escribano.

2 Siendo imposible á los hombres vivir sin justicia, tuvieron por util é indispensable elegir Jueces capaces, para que se la administrasen, correspondiendo á los rectos fines de la sociedad en su distribucion (2). Estos son de dos clases: *ordina-*

(1) Ley 2. tit. 1. Part. 3. (2) Ley Necessarium 2. y §. Post originem 13. y ley Ex hoc jure, ff. de Just. & jur.

rios y extraordinarios. Se llaman *ordinarios* los que tienen jurisdiccion y facultad de conocer en causas civiles y criminales por concesion de la ley, ó del Soberano, Universidad, y Pueblo, ó por costumbre. *Extraordinarios* los Delegados, ó de Comision, los Arbitros, los Executores, y todos los que se eligen y comisionan para ciertos negocios por la persona ó Tribunal en quien reside la potestad de elegirlos; de los quales, y sus diferencias trata latamente *Paz* (1). De la jurisdiccion de estos Jueces; quándo se acaba, si pueden ó no nombrar Tenientes, y Escribanos, y de otras cosas anexas trata asímismo la Curia Philipica (2), y los AA. que citan.

3 Se usa regularmente en nuestro Derecho de las voces: *causa*, *pleito*, *instancia*, *controversia*, *y juicio*; las quales aunque muchas veces se entienden por una misma cosa, y por lo propio se confunden, se diferencian no obstante, pues la *causa* se toma por la accion y derecho propuesto, y deducido en juicio, (ya sea civil ó criminal) ántes, y despues de contestado el *pleito.* Este, hablando con propiedad, es la misma causa que se deduce en juicio, é impropiamente se entiende por la *instancia*, la qual no es otra cosa que el exercicio de la accion desde la litis contestacion, y no ántes, hasta la sentencia difinitiva ante los Jueces inferiores, y en apelacion ó suplicacion hasta su executoria ante los Magistrados que componen los Tribunales supremos; de suerte, que hasta que está contestado el pleito no hay instancia, ni por consiguiente juicio que es lo propio. Y asi quando en éste se introduce alguna pretension con el adictamento: *sin causar instancia*, es lo mismo que decir: sin que haya juicio formal sobre ella, sino que se determine de plano. La *controversia* es contienda ó disputa entre dos ó mas personas en juicio ó fuera de él, ya sea demandando y pidiendo, ó defendiendo y excepcionando cada una sus razones, para obtener ó conseguir lo que intenta. Vease á *Paz* en la segunda anotacion de su Práctica, *Maranta* en la parte 5. de su *Speculum aureum*, y los que citan.

4 El juicio es acto legítimo que se exerce por dos ó mas personas ante un Juez sobre alguna cosa (3); y fué establecido para que ninguno se atreviese de propia autoridad á tomar por su

(1) En el tit. 1. de su Práctica, part. y tiemp. 1. (2) Part. 1. Juicio Civil, §. 4. (3) Ley 1. tit. 22. Part. 3. glos. in cap. Forus, de Verbor. significat.

mano la satisfaccion de la injuria que se le habia hecho, ni del derecho que le competia, haciendose Juez y parte, precabiendo asi las infaustas conseqüencias que de eso resultaban (1).

5 Para constituir el Juicio (ya se proceda por via de accion, acusacion, denuncia, inquisicion ó de oficio) se requieren de sustancia tres personas principales, que son: *actor*, ó acusador verdadero ó ficto: *reo demandado*, y *Juez* (2). Actor ó damandante es el que propone la accion, y el primero que provoca y llama al juicio, pretendiendo alcanzar derecho sobre alguna cosa que juzga pertenecerle (3); en las causas criminales se llama así al acusador (4).

6 Reo se llama en las causas criminales el que cometió delito, que quiere decir *culpado*; y en las civiles el demandado por el actor sobre alguna cosa, contra el qual se procede en juicio á instancia de éste. Si el oficio del actor es provocar, instar; el del reo es refutar ó repeler, negar y excepcionar (5). El Juez es una persona con jurisdiccion como mediadora entre actor, y reo, que declara y dá á cada uno lo que le corresponde sobre su pretension, segun las leyes establecidas y los méritos del proceso (6). Tambien intervienen en el juicio otras personas ménos principales, que son Abogado, Escribano, Procurador, testigos, y otros como nos enseña la práctica.

7 El juicio es de tres maneras: *ordinario*, *extraordinario*, y *sumario*. Se llama, y es *ordinario* aquel, en que se procede por via de accion ó acusacion, observando todos los requisitos y solemnidades prescriptas por derecho positivo. *Extraordinario*, quando no se procede mediante accion ó acusacion verdadera sino de oficio ó del Juez, sin guardar el órden y solemninades legales. Y *sumario*, aquel en cuyo seguimiento no se observan los expresados requisitos, sino que el Juez procede brevemente de plano, sin extrépito ni figura de juicio en los casos en que há lugar, atendiendo solo á la verdad del hecho (7); bien entendido, que aunque en este juicio se pueden omitir dichas solemnidades, no

(1) Ley Nullus, Cod. de Judic. Marant. Specul. aur. part. 3. in fin. (2) Cap. Forus cit. y su glos. verb. Judicium, y ley Inter litigantes, ff de Judic. (3) Dicho cap. Forus, ley in tribus, y ley Qui prior, ff. de Judic. y ley 1. tit. 22. Part. 3. (4) Ley Inter litigantes cit. y ley Accusatore, ff. de Judic. (5) Proem. del tit. 3. Part. 3. (6) Ley Inter litigantes, y cap. Fores cit. y cap. Justum est, caus. 23. quæst. 2. (7) Clementin. Sæpè de Verbor. significat. ley Nec

así las necesarias para la legítima decision de la causa, segun derecho natural y de gentes, pues de lo contrario se ocultaria la verdad, y sería injusta la sentencia (1).

8 Pidiendo alguno al Príncipe que mande oirle breve y sumariamente sobre su pretension, si éste comete á cierto Juez el conocimiento, y en su rescripto nada mas especifica sino: *Que le oyga, y haga justicia*, se entiende, que sin embargo de la conclusion de su súplica debe oirle ordinariamente, observando todos los trámites legales, y no sumariamente, miéntras no lo exprese, ó diga que se haga como lo pide (2); y asi lo he visto practicar.

9 El juicio, ya sea Eclesiástico, ó Secular, se divide en *civil, criminal, y mixto*. El *civil* es el que no trae su origen de delito, ó en que no se procede principalmente por razon de éste, sino de contrato, v. g. compra, préstamo, arrendamiento (3), ó quando se ventila, y trata únicamente de interés particular, aunque provenga de delito; por lo que se llama *accion criminal civilmente intentada*. Se llama *criminal* quando se trata principalmente del delito y de su castigo, para satisfacer á la vindicta pública, ó quando se ha de aplicar al fisco la pena pecuniaria, en que el reo es condenado (4); de modo, que del delito nacen regularmente dos acciones, una civil, que mira solo al interés del injuriado, y otra criminal, que tiene su tendencia al castigo del injuriante (5). De aqui se sigue, que el injuriado puede proceder á su eleccion y voluntad, ya sea civil, ó criminalmente, ó de ambas suertes, como explicaré en su lugar. Juicio mixto se llama aquel en que no se trata solamente de interés ó delito, sino de ambas cosas, como sucede en la denuncia, ó quando la pena pecuniaria se ha de aplicar al fisco, y á la parte (6).

10 Se subdivide el juicio en *petitorio*, y *posesorio*. *Petitorio* es aquel en que los litigantes controvierten principalmente sobre la propiedad, dominio, ó quasi dominio de alguna cosa, ó del

quidquam, §. de Plano, §. de Offic. Proconsul, y ley Nihil aliud, ff. de Obligation. & action. Paz in Prax. annotat. 1. de Jud. n. 6. 17. 30. y 33.

(1) Clement. Sæpè, y Clement. Dispendiosam, de Jud. (2) Alex. cons. 93. col. 1. vers. Ad hoc, vol. 2. Marant. part. 4. tit. Judic. ordinar. & summar. n. 4. 5. y 6. (3) Ley Properandum, Cód. de Judic. Paz ubi sup. n. 19. al 28. (4) Ley 9. tit. 4 Part. 3. Sr. Greg. Lop. en ella, glos. 1. Paz ibi n. 21. (5) Ley Qui nomine, ff de Fals. ley final, ff. de Privat delict. y ley Nec quidquam, ff. Pro socio. (6) Ley Lege Cornelia, §. fin. ff. de Sillan. Paz ibi n. 26.

derecho que á ella les compete (1). *Posesorio* el que instauran, no sobre la propiedad ó dominio, sino sobre obtener ó retener la posesion, ó quasi posesion de la finca ó alhaja, ó recuperar la que tienen perdida, y de que están despojados.

11 En causas civiles no deben los Jueces ordinarios, ni delegados hacer Juicio en dias feriados, sagrados, ni profanos, aunque lo consientan los litigantes, á ménos que lo exijan la necesidad pública, ó privada, ó la piedad (2). Lo mismo milita para con los *árbitros juris*, por estarles prohibido actuar sino en los dias y casos que á los Jueces ordinarios está permitido; pero no para con los arbitradores, pues estos en todos lo pueden hacer (3).

12 Los dias feriados, son de tres clases: *Sagrados*, *rusticos*, *y repentinos*. Se llaman sagrados, ó *colendos* los que están introducidos principalmente para tributar á Dios el culto, y veneracion, que como Criador, y causa primera de todo lo criado se le debe. Los rusticos (que tambien se llaman necesarios) son los que por necesitar los hombres trabajar en el campo, v. g. en el Agosto, vendimias, &c. ó por ley ó costumbre están establecidos: v. g. los Mercados, las vacaciones, &c. Y los repentinos son aquellos que no están establecidos por ley ni costumbre, sino que se establecen por extraordinario y repentino acaso, v. g. la muerte del Príncipe, la coronacion de su sucesor ú otras causas extraordinarias, cuyos dias solo el Príncipe puede señalar, y no el Juez de propia autoridad (4).

13 Pueden comparecer en juicio, y elegir árbitros todos los que no tienen prohibicion legal para ello (5); pero no los que la tienen, y son: el excomulgado vitando, ó no tolerado como actor, aunque sí como reo para defenderse, porque la defensa es natural, el qual tampoco puede ser Personero, Abogado, ni testigo; pero esto no se entiende con el tolerado, ó de excomunion menor (6).

(1) Ley Cum fundum, §. fin. & ibi glos. ff. de Vi, & vi armat. cap. Pastoralis, de Caus. possess. & propr. Marant. tit. Judicium super petitorio, & possessorio, n. 1. (2) Leyes 33. 34. y 35. tit. 2. Part. 3. leyes 1 y 2. Cod. de Feriis, cap. Omnes dies, y cap. Conquæstus, de Feriis. (3) Ley 32. tit. 4. Part. 3. (4) Leyes 33. á la 36. tit 2. Part. 3. ley Sed etsi, §. Si feriæ, ff. Ex quibus causis majores: y ley A nullo, Cod. de Feriis. (5) Leyes 4. y 14. tit. 2. Part. 3. (6) Ley 6. al fin, tit 9. Part. 1. Menoch. de Arbitr. lib. 1. quæst. 77. Sr. Olea de Cesion. jur. tit. 6. quæst. 11. num. 49.

14 Tampoco pueden comparecer los Religiosos profesos sin licencia de sus Prelados, ni los siervos sin las de sus señores, á ménos que sea sobre su libertad, en cuyo caso han de demandar por sí, y no por Procurador, ó que el pleito ceda á favor de su señor, v. g. para recuperar ó retener la posesion de alguna alhaja, ó vindicar su muerte, si sus consanguineos no acusan á los agresores, ó que el siervo haya cometido delito, pues puede ser acusado sin entenderse con su señor, ó que lo sea de Emperador, ó Rey, pues éste no solo puede comparecer en juicio sobre su libertad, sino en razon de sus cosas propias (1).

15 El hijo de familia que está baxo de la patria potestad, no puede demandar en juicio á su padre legítimo, ni adoptivo, aunque tenga 25. años, excepto que niegue ser tal hijo; ó por maltratarle, ú obligale á ser malo, ó por razon de bienes castrenses, ó casi castrenses, ó uso de oficio público, ó para que le alimente pudiendo, ó para quitarle la administracion de sus bienes adventicios, porque se los disipa (2); bien que si está indigente, debe dexarle de sus frutos lo que hubiere menester, pues en este caso no tiene derecho á todo su usufructo, como lo advierte la *ley* (3).

16 Pero estando fuera de su dominio, aunque no puede demandarle criminalmente en causa de que le resulte muerte, mutilacion de miembro, ó infamia de hecho, ó de derecho, ni en otra, á ménos que le irrogue grave daño en su persona y bienes, para resarcirlo de los de su padre, y no para otro efecto; puede hacerlo civilmente, con tal que ante todas cosas pida para ello á el Juez la *vénia*, y licencia que el Derecho (4) previene, el qual debe darsela sin citar al padre; pues si no la pide, ya sea en la misma demanda, como se estila, ó en otros términos, no se debe admitir ésta.

17 Si estando baxo de su poder, quiere demandar á alguno, debe pedir para ello licencia á su padre. Lo propio milita para responder á la demanda que le hayan puesto, á ménos que sea mayor de 25. años, y su padre esté ausente de la Provincia, ó

(1) Leyes 8. 9. y 10. tit. 2. y 4. tit. 5. Part. 3. y leyes 9. y 10. tit. 9. Part. 7. Jul. Capon. tom. 5. discept. 381. n. 1. Marescot. lib. 1. Var. cap. 92. (2) Ley 2. tit. 2. y leyes 4. y 5. tit. 7 Part. 3. y 11. tit. 17. Part. 4. Sr. Castill. de Alim. cap. 23. Sr. Olea de Cession. jur. tit. 2. q. 6. n. 37. (3) Ley 2. tit. 2 Part. 3. y el Sr. Greg. Lop. en su glos. 14. (4) Ley 3. tit. 2. Part. 3. Vela dissert. 40. n. 4.

sobre bienes castrenses, ó quasi castrenses (1). Si el padre se negase á darle la licencia, puede el Juez con justa causa compelerle si se moviese pleito sobre cosas en que no tenga el usufructo de los bienes de su hijo (2).

18 Deben pedir tambien la vénia en iguales términos que el hijo, el yerno á su suegro, el súbdito al superior, el vasallo á su señor, el discípulo á su maestro, el parroquiano á su Párroco, el entenado ó hijastro á su padrastro ó madrastra, (aunque sobre éste hay variedad de opiniones, pero no daña el pedirla) y el ahijado á su padrino de bautismo, si los demandan (3).

19 Lo propio debe observar el liberto, quando su señor le dió libertad de su espontánea voluntad sin precio ó por él, recibiéndolo del mismo liberto; en cuyos dos casos, á mas de no deber ser oído por no pedirla, incurre en la pena de 50. maravedís de oro, de la qual se eximirá si se aparta de la demanda ántes de la contestacion, ó no comparece el demandado en el término de la citacion, ó aunque comparezca, no alega esta excepcion. Pero si otra persona dió el dinero para que lo libertase, no necesita la vénia de su señor para demandarle (4).

20 Los hermanos consanguineos no deben demandarse criminalmente en causa de que les resulte muerte, mutilacion de miembro, ó destierro, á ménos que el uno haya maquinado contra el otro alguna de estas cosas, ó que sea por traicion contra su señor, no habiendo quien le acuse, ó contra el Rey ó su Reyno, pues en estos casos pueden hacerlo (5).

21 Tampoco pueden los criados ó sirvientes acusar á sus amos pasados ó presentes, no siendo por alguna de las causas referidas: si lo hacen, no se les debe admitir la acusacion, y ademas incurren en pena de muerte segun una ley de partida (6); pero civilmente no está prohibido que todos se demanden.

22 Aunque á los pupilos se provee de tutor, ya lo quieran ó no, porque se dá á sus personas, como expuse en el capítulo de inventarios, y á veces de curador, si hay peligro en la demora (7):

(1) Ley 7. tit. 2. Part. 3. & ibi glos. 1. y leyes penult. y ult. tit. 17. Part. 4. Salgad. Labir. part. 1. cap. 17. num. 27. (2) Cur. Philip. part. 1. §. 10. num. 7. al fin. (3) Paz in Prax. tom. y part. 1. temp. 2. n. 8. y 9 Cur. Philip. ibi num. 5. (4) Leyes 3. tit. 2. 4. y 5 tit. 7. Part. 3. (5) Ley 4. tit. 2. Part. 3 (6) Ley 6. tit. y Part. cit. (7) And. Guil. lib. 1. observ. 107. n. 8. Lara de Vita homin. cap. 24. num. 1.

no sucede esto siendo adultos, ó púberos, pues no están obligados á recibir curadores (1); por lo que si habiendo entrado en la pubertad, administran estos los bienes de aquellos, son responsables, no por la accion de tutela, sino por la de *negotiorum gestorum* (2). Siendo púberos, si son demandados, ó demandan civil ó criminalmente, tienen obligacion de recibir curador *ad litem*, pero no precisamente sugeto determinado, sino el que quieran elegir, y sea idoneo; y no queriendo, debe elegirlo de oficio el Juez por su contumacia, á fin de que el juicio no sea ilusorio, y de evitar su nulidad por falta de persona legitima, pues el menor no lo es para comparecer por sí solo en él (3), ántes bien debe hacerlo en su nombre su curador. Si comparece sin éste, vale solamente lo que ceda en su utilidad, á ménos que su contrario se oponga, en cuyo caso ni aun esto vale (4); por lo que si el menor, que no tiene curador, quiere demandar á alguno, no ha de poner por sí mismo la demanda, y por un otrosí nombrar al curador para que se le discierna el cargo, y le defienda, sino nombrarlo previamente, y discernido el cargo, pondrá en su nombre la demandá, y en otros términos no debe admitirlo el Escribano á ménos que el Juez lo mande.

23 No milita lo explicado en el número inmediato en las causas espirituales, y beneficiales, pues en éstas si entró en la pubertad, puede comparecer por sí sin intervencion de su curador, porque en esto no depende de él (5) como he sentado en el capítulo 11 de mi primera parte adicionada número 62. y constituir Procurador en la forma que expuse en el capítulo de inventarios, num. 68. y no en otra, lo qual no se permite al pupilo: bien que tiene el beneficio de la restitucion siendo perjudicado (6). Pero si el menor, que no tiene curador, comparece en juicio, y ratifica con juramento lo actuado, no puede pretender

(1) §. Item inviti, Instit. de Curator. y ley 13. tit. 6. Part. 6. (2) Ley Si tutor post pubert 13. ff. de Tutel. & Ration. distrahend. ley Curatorem. Cod. de Negot. gest. y ley Quidam, §. Simili modo, ff. de Eo, qui pro tutor. negot. gessit. Cancer. part. 1. Var. cap. 7. n. 17. (3) Ley 13. tit 16. Part. 6. y § Item inviti cit. ley 2. Cod. qui personam legitimam, y ley 1. Cod. de In lit. dando tutor. & curator. (4) Leyes 11. tit. 2. y 1. al fin. tit. 3 Part. 3. y ley Clarum, Cod. de Tutor. præstand. Carl. de Judic. tit. 1. disp. 2. n. 1130. Sr. Covar. in cap. Quamvis Pactum, part. 1. §. 3. n. 9. Gutier. lib. 2. Pract. quæst. 29. n. 9. (5) Cap. fin. de Jud. in 6. Vela dis. 6. n. 61. Lara de Vita hom. c. 24. n. 44. y 45. (6) Sr. Cov. lib. 1. Var. cap 5. n. 8. Canc. part. 2. Var. cap. 1. n. 295.

la restitucion, aunque haya padecido perjuicio, porque como casi contrato se confirma con el juramento, al modo que el contrato (1). Sobre lo qual, y otros favores concedidos por derecho á los menores, vease á *Lara* (2)., y lo que explicaré en el capítulo de concurso de acreedores, que es el tercero de este libro.

24 Teniendo el varon 14 años cumplidos, y la hembra 12, deben nombrar por sí curador que los defienda en juicio, y cuide de sus bienes: resistiendose á nombrarlo, les ha de apremiar á ello el Juez, ó por su resistencia nombrarselo de oficio, como dexo expuesto; pero si están en la edad pupilar, toca al Juez la eleccion. Lo mismo debe practicar con los mudos, y sordos pródigos, locos, y mentecatos declarados, y en uno y otro caso debe el nombrado dar fianza, lega, llana y abonada de que cumplirá fiel y exâctamente su encargo, con la qual no siendo de los prohibidos de ser tutores y curadores, se lo ha de discernir y confirmar el Juez (3), como senté en el libro y cap. 1. de esta segunda parte. Pero quando tenga que declarar el menor como parte, ha de asistir su curador al juramento, mas no á la declaracion, y por su asistencia firmarla, ya sea civil ó criminal el negocio, y el menor actor ó reo, y asi se observa.

25 Estando legitimamente imposibilitado el curador de comparecer en juicio por su menor, ya sea por ausencia del Pueblo, enfermedad ú otra causa, puede constituir Procurador ó apoderado para negocio determinado, especificando en el poder el impedimento que tiene (4). Pero no estando impedido, se le permite hacerlo solamente despues de contestada la demanda (5).

26 La muger casada no puede comparecer en juicio, ni elegir Procurador sin licencia de su marido, á menos que esté ausente del Pueblo donde se ha de litigar, y no se espere su pronto regreso, que en este caso puede el Juez concedersela con previo conocimiento de causa, ó que el marido sea loco, furioso, mudo ó mentecato, pues aunque esté presente, se le estima por ausente,

(1) Ley 16. tit. 11. y ley 59. tit. 18. Part. 3. y ley 6. tit. 16 Part. 6. Gutier. in Authent. Sacram. puber. n. 127 y lib 1. pract quæst. 67 Jul. Cap. tom. 1. discept. 64. Fontan. decis. 1101. (2) Comp. vitæ homin. cap. 28. y á los que cita. (3) Leyes 12 y 13. tit. 16. Part. 6 Carlev. de Judic. tit. 1. disp 2. n. 1130 cit. Gutier. de Juram. confirm. part 1. cap. 52. (4) Ley fin. tit. 10 ley 66. tit. 18. y ley 2. tit 23. Part 3. (5) Ley 3. tit. 5. y ley 96. tit. 18. Part. 3. Navar in Manual. tom. 3. cap. 25. n. 6. y sig.

y como si lo estuviera, ó que tenga que usar contra él de sus acciones civiles, y criminales, v. g. sobre restitucion de su dote, porque se la disipa; ó sobre divorcio, nulidad de matrimonio, excesiva rigidéz en el trato, alimentos y otras cosas, para las quales no necesita licencia de su marido, ni del Juez, como expliqué en el cap. 7. de mi primera parte adicionada n. 109. al 111. Sin embargo, si es preciso recibirla alguna declaracion como parte ó testigo, ha de presenciar su marido el juramento, y firmarla, si sabe; mas no declarar ante él, y así se practica.

27 El marido, ni su heredero no pueden fulminar contra la muger (constante matrimonio) causa de hurto, ni otra, de que se la pueda irrogar infamia, ó por la que merezca pena aflictiva, excepto por adulterio, ó por traicion contra el Rey ó su Reyno, ó contra su señor temporal; lo propio milita para con la muger respecto de su marido (1).

28 Aunque compareciendo los litigantes en juicio por medio de su Procurador, es bastante (regularmente hablando), que el poder que le confieran, sea general para pleitos; no lo es en muchos casos que suelen ser peculiares del mismo juicio, si el poder no tiene las respectivas especialidades, v. g. para hacer el juramento de calumnia y otros, pedir restitucion, prorrogar jurisdiccion, hacer cesiones, donaciones, liberaciones, renunciar apelaciones, y súplicas una vez introducidas, elegir y presentar, hacer novacion, allanamientos, consentimientos y apartamientos, aceptar beneficio, tomar posesion de él, introducir el remedio de la Tenuta, y los recursos de fuerza é injusticia notoria, suplicar segunda vez con la pena, y fianza de las mil y quinientas doblas, y para otros casos semejantes, en los quales es indispensable que el poder tenga estas especialidades, y en algunos que sea especial para caso determinado, por no bastar la especialidad que el general contenga (2); y asi el Escribano tendrá cuidado de reconocer los poderes, y no admitir á los Apoderados gestiones que exîjan especialidad, sino la contienen, porque se expone á ser multado, como lo he visto en el Consejo, y á un Abogado, y Procurador tambien por haber firmado pedimento con un alla-

(1) Ley 5. tit. 2. Part. 3. (2) Salg. part. 1. Labir. cap. 27 n. 63. Sr. Olea de Cesion. tit. 2. quæst. 6. n. 24. Vela disert 38. n. 84. Cur. Philip. part. 1. §. 10. n. 31. Cur. Philip. ilustrad. tom. y part. 1. §. 10. n. 30. y otros que cita.

namiento sin poder especial, y no haber hecho que su parte lo firmase. Pero es de advertir lo I.° que los veinte dias prefinidos por la ley (1) para suplicar segunda vez, corren desde que se notifica la sentencia de revista al Procurador, ya tenga ó no poder especial de la parte para introducir el recurso; de que se deduce, que aunque no lo tenga puede introducirlo: el término de los 40 dias para acudir á la Real Persona de las sentencias de revista dadas en las Audiencias de Canarias y Mallorca, son hoy 90, como lo ordena la ley (2). Lo II.° que el apoderado para un pleito puede substituirlo, y el substituto substituir tambien, con tal que el poder conceda á uno y otro esta facultad, y no de otra suerte (3); aunque no falta quien diga que el substituto puede substituir del mismo modo habiendo contestado el pleito. Y lo III.° que muerto el primer Procurador, puede continuar el siguiente nombrado en el poder ó substituido si quiere, pues para evitar nuevos poderes y substituciones, se ponen muchos á prevencion de este caso; bien que hasta que lo acepta, no puede ser compelido á la continuacion del pleito. En quanto á los que pueden ó no ser apoderados, Procuradores, ó personeros, vease el cap. 14. tom. 3. de mi primera parte; y por lo tocante á si muerto el poderdante, podrá ó no el Procurador continuar el pleito, vease tambien lo que dexo explicado en el n. 21. de dicho capítulo.

§. II.

De la demanda, y de las cláusulas que debe contener: si se puede ó no mudar, ampliar, corregir y enmendar: qué debe mirar el actor para ponerla: ante qué Juez ha de acudir: qué juramentos se hacen en los juicios, y otras cosas.

29 La demanda ó libelo es un escrito en que se refiere lo que el actor pretende en juicio. Esta demanda ya sea civil, criminal ó mixta, se ha de poner por escrito, y firmar de Letrado

(1) Ley 1. tit. 22. lib. 11. Nov. Rec. (2) Ley 3. tit. 22. lib. 11. Nov. Rec. (3) Cur. ibi num. final. Gom. lib. 2. Var. cap. 12. n. 20. vers. Tertia.

conocido (1): y sin embargo de que una ley recopilada (2) permite al Juez admitirla de otra forma, con tal que sea asentada en el proceso; no está hoy en uso, y asi se pone por escrito siguiendo la regla y precepto que otra tambien recopilada (3) prefine para las Audiencias Reales.

30 El actor ó demandante puede poner por sí mismo, ó por medio de Procurador con suficiente poder la demanda. Si la pone por Procurador, debe éste legitimar su persona, presentando copia íntegra del poder: si despues comparece por sí en juicio, se entiende revocado el poder, á ménos que exprese lo contrario en el pedimento que dé (4). Pero ántes de instaurarla debe mirar y tener presentes los requisitos prescriptos en el proemio del tit. 2. P. 3. que explicaré con separacion en los números sucesivos; y contienen los siguientes versos de la *glos. in capit.* 1. *de Libelli oblatione.*

Quis, quid, coram quò, quo jure petator, & à quò recte compositus quisque libellus habet.

31 El I.° *Quién es la persona á quien quiere demandar*: por si es abuelo, padre, hijo, señor, siervo, amo, criado, marido, muger, hermano, Religion, menor, loco, ú otra de las referidas en los números precedentes, para saber en qué casos ó con qué requisitos ha de poner la demanda (5): ó si es persona que deba responder á ella, porque no siendolo, como el actor no es parte para demandarla, formará artículo de no contestar, y se declarará á su favor.

32 El II.° *Qué cosa es lo que pretende*: si es semoviente, debe expresar con claridad su color, sexo, naturaleza, edad y especie. Si pieza de oro, ú otro metal, su peso, qualidad y hechura. Si dinero, la cantidad y especie. Si trigo, cebada, vino, aceyte ú otra cosa semejante, su especie y medida. Si vestido, el nombre, hechura y color de la tela ó paño. Si arca, maleta, cofre ó saco cerrado con llave, basta explicar de qué son y lo que contienen por mayor, pues no está obligado á individualizarlo todo; al modo que quando demanda genéricamente la herencia de al-

(1) Leyes 40. y 41. tit 2. Part. 3 y l. 1. tit. 14. lib. 11. Nov. Rec. (2) Ley 12. tit. 16. lib 11 Nov Rec. (3) Ley 1. tit. 3. lib. 11. Nov. Rec. (4) Cap. si quidem, de Procur. in 6 Sr. Olea de Cesion. tit. 8. quæst. 1. n. 29. (5) Ley 2. tit. 2. Part. 3. y en ella el Sr. Greg. Lop.

guno, ó la quenta de bienes de huérfano, compañia, mayordomia, daños hechos ú otras cosas semejantes; ántes bien es suficiente que ofrezca probarlo en el discurso del pleito. Tampoco lo está quando demanda Castillo, Villa, Aldea ú otro lugar señalado; pues basta nombrarlos, diciendo le corresponden con todas sus pertenencias. Si es alhaja raiz, ha de especificar su sitio, linderos y demás señales, por las que sea conocida, si pretende su propiedad ó posesion. Si intenta restitucion, ha de expresar el año y mes en que fué despojado. Si le han injuriado de palabra ú obra, debe manifestar con claridad la ofensa, el ofensor, cómo, y con qué le ofendió, en qué parage, dia, mes y año. Si es cosa de peso, ó medida, basta afirmar con juramento que no se acuerda con certeza á quánto asciende, y protesta que en el progreso del pleito lo declarará. Careciendo la demanda de la respectiva claridad y especificacion referida, no debe ser admitida (1).

33 El III.° *Á qué Juez ha de acudir.* El actor debe seguir regularmente el fuero del reo, y demandarle ante el Juez de su domicilio como competente. La razon es, porque no debe ser condenado, ni absuelto, sino por aquel á quien está sujeto, y de quien es súbdito; y si le reconviene ante otro, puede oponer la excepcion de *incompetencia*, ó *declinatoria*, y no estará obligado á contestar sino en los casos que explicaré mas adelante (2).

34 Esta palabra *Fuero* tiene diversos significados: unas veces se entiende por el uso, y costumbre de algun Pueblo ó Provincia. Otras por el mercado ó plaza en que este se hace. Otras por el juicio, jurisdiccion, y potestad de juzgar. Y segun mi proposito se entiende por el Tribunal del Juez, á cuya jurisdiccion está sujeto el reo demandado (3).

35 Es de tres maneras: *Eclesiástico, secular y mixto.* El eclesiástico es el que toca al Juez Eclesiástico para conocer de las causas que por disposiciones Canónicas, y Reales le competen, ya sea contra legos ó Eclesiásticos. El secular es el que pertenece al lego. Y el mixto es el que tienen ambos Jueces segun la naturaleza de la causas. El que de ellos conoce preventivamente es

(1) Leyes 15. 25. 26. y 31. tit. 2. Part. 3 y ley 4. tit. 3. lib. 11. Nov. Rec.
(2) Ley 32. tit. 2. Part. 3. y ley Juris ordinem, Cod. de Jurisd. omn. jud.
(3) Ley 7 tit. 2. Part. 1. ley De quibus, ff. de Legib. y ley final, Cod. Quæ sit longa consuetudo, Ferrar. Bibliot. verb. Forus, n. 3. 5. y 58.

el que sigue hasta que se terminan. Tambien hay otro fuero que está incluido en el cuerpo del Derecho, y es el que compete al Clérigo, Soldado, menor y viuda, y otro que no lo está, y es el que se concede á algunas personas privadas por especial privilegio: de lo qual tratan latamente el Autor de la *Curia Philip. part.* 1. §. 5. verb. *Fuero*, y los que cita.

36 Aunque regularmente debe ser demandado el reo ante el Juez de su domicilio, se exceptúan varios casos por los AA. de los quales no solo explicaré los quatro mas freqüentes, que mencionan *el cap. ultim. de Foro competenti, lib.* 2. *Decretal. tit.* 2. y son *por razon de domicilio: contrato con sumision: delito cometido: y alhaja sita dentro de la jurisdiccion*, sino algunos mas, de que tratan las Leyes del Reyno, en los quales surte el fuero de otro Juez, sin embargo de que no sea súbdito suyo, y puede ser reconvenido ante él, observandose lo dispuesto por la ley (1). El I. de estos casos es por ser natural ú originario del Pueblo en que se le demanda, hallandose en él. El II. por haber obtenido en él la libertad, pues el esclavo manumitido sigue el fuero del que se la dió. El III. por casamiento, y asi la muger está sujeta al Juez de su marido, aunque haya nacido en la jurisdiccion de otro. El IV. por razon de Caballería; y asi el Caballero ó el Soldado deben responder en el lugar en que habitan; bien que esto está alterado, pues los Militares tienen Jueces privativos que conozcan de sus causas. El V. por razon de bienes que heredó, y posee en la jurisdiccion del Pueblo en que se le demanda sobre ellos. El VI. por contrato con sumision especial, ó promesa de dar ó hacer paga, ú otra cosa en aquel lugar, ó la persona á quien heredó; pues el contrayente y su heredero son correlativos, y en Derecho se conceptúan una persona en quanto á las acciones activas y pasivas transmisibles. Esto se entiende, aun quando se haya formalizado la obligacion en otro lugar por qualquiera de los dos; y en este caso pudiendo el reo cumplir lo pactado, tiene facultad el actor para demandarle en uno de tres lugares, que son: el en que habita; ó en que celebró el contrato; ó en que prometió él ó su causante hacer la paga, ó cumplir la obligacion: y esto milita, y procede, ya sea por accion Real, ó personal y el contrato válido ó nulo; y lo mismo para el quasi contrato, mas no

(1) Ley 7. tit. 29. lib. 11. Nov. Rec.

para el distracto si se trata de rescindir el contrato, pues no debe ser llevado al lugar en que éste se celebró. De este caso, y del efecto que causa la renunciacion del propio fuero y domicilio con juramento, trata *Covar. Pract. cap.* 10. *n.* 4. *al* 6. El VII. por haber diez años que vive, y está domiciliado en él. El VIII. por poseer en él la mayor parte de sus bienes, no obstante que no haya diez años que lo habita. El IX. por contestar llanamente la demanda sin usar de la *declinatoria*, pues debe continuarla ante el mismo Juez hasta su final decision. El X. por haber cometido delito en aquel Pueblo ó en su jurisdiccion, pues capturandole en él, ó en virtud de requisitoria de aquel Juez en otro Pueblo, puede ser demandado civil y criminalmente ante él, aunque sea natural de otro, y tenga en él su domicilio. El XI. quando es vago, pues por no tener domicilio seguro, debe responder en donde se le demande y halle; y aun quando no lo sea, si tiene muchos fueros, puede elegir el actor el que quiera. El XII. quando se encuentra en su poder la cosa agena que se pide; en cuyo caso, si es persona de buena fama, y quiere dar fianza de estar á derecho, se le debe dexar en depósito, y no dandola se ha de depositar en otro. Pero si tiene mala fama, debe ser y estar preso, aunque no la haya hurtado, hasta que pruebe el derecho que á ella le compete, y dónde le hubo. El XIII. por via de reconvencion, pues el actor está obligado á contestar la que el reo le hace ante su propio Juez, sin embargo de que no sea súbdito suyo, excepto en los casos que en el §. 6. explicaré. El XIV. por razon de cuentas de tutela, mayordomia ú otras semejantes, ó uso de algun oficio público, pues debe responder en el lugar que exerció éste, ó se le encargaron aquellas, y ante el Juez que le hizo el encargo (1). El XV. por haber sido citado legitimamente de orden de su Juez, aunque despues de la citacion vaya á domiciliarse á otro lugar, ó á estudios, romeria, peregrinacion, ó comision del Rey ó de su Consejo, porque el Juez previno la jurisdiccion para conocer del negocio, y por eso debe constestar y seguir la demanda ante él (2). Sobre estos casos traen el *Sr. Gregor. Lop.* en las glosas de las leyes de Partida que se citan, y *Carlev. de Judic.* en las ocho questiones del *tit.* 1. *disp.* 2. muchas ampliaciones y limitaciones que

(1) Ley 32. tit 2 Part 3. ley 15. tit 1. Part. 7. ley 3. tit. 4. lib. 11. y leyes 2. y 3. tit. 36. lib. 12. Nov. Rec. (2) Ley 12. tit 7 Part. 3. y ley Si quis postea, ff. de Judic. Munillo lib. 2. Decret. tit. 2. de Foro comp.

podrá ver el aplicado Jurista, y contraerla segun el caso ocurra, pues para dar una idea general basta lo expuesto, y lo que expondré en los números sucesivos.

37 Puede ser demandado tambien el reo en la Corte, como patria que se contempla de todos para vivir en ella, y en las Chancillerías, y Audiencias siendo hallado en su distrito (1); y aunque no se le halle, se le puede sacar de su domicilio por *caso de Corte*, y obligar á contestar por las personas, y sobre los negocios siguientes. La demanda sobre bienes vinculados ó sobre vasallos, fortalezas, muerte ó heridas de Caballero principal, ú otros casos semejantes, y de grande importancia (2): las civiles y criminales, que contra qualesquiera personas ó Concejos intentan los Señores del Consejo, Oidores y Chancilleria mayor, Mayordomo mayor del Rey, sus Contadores mayores (que hoy llaman Ministros del Tribunal de la Contaduria mayor) Tesoreros, Notarios, y Oficiales de la Real Casa, Corte, y Chancillerías, Alcaldes de ésta, y de Hijosdalgo, Escribanos, y demás Oficiales, que en aquellas gozan sueldo del Rey, miéntras exercen sus oficios solamente, mas no sus Tenientes (3), y entre los referidos se comprehenden los criados del Principe, que hoy lo son del Rey, con destino de servidumbre á su quarto (4). Pero en quanto á los que gozan sueldo y son criados del Rey está mandado lo contrario por ley 8. tit. 26. lib. 7. Nov. Rec. cuyo cap. 4 dice al fin: *Tasimismo revocamos lo dispuesto en la ley* 10. *tit.* 4. *lib.* 11. *por la qual nuestros criados pueden poner demandas en esta Corte, y mandamos las pongan en las partes donde conforme á Derecho se debiere, para que con ocasion de los pleitos no desamparen sus estados, ni continúen la asistencia en esta Corte.*

38 Lo son igualmente los pleitos que se tratan contra el Corregidor, Alcalde ordinario, Regidor ú otro Oficial del Concejo del Pueblo en que exercen sus oficios, sobre los casos en que segun Derecho pueden ser reconvenidos durante ellos (5); y contra Grandes, Duques, Condes, Marqueses, Señores poderosos que eligen Justicia, y tambien contra Concejo, aunque el demandante sea otro, ó persona á quien competa el privilegio de caso de Corte (6).

(1) Ley 4. tit. 3. Part. 3. (2) Ley 5. tit. 2. lib. 5. y ley 10. tit. 1. lib. 11. Nov. Rec. (3) Dicha ley 11. tit. 4. lib. 11. (4) Cur. Philip. part. 1. Juicio civil, § 9. n. 9. (5) Ley 13. tit. 1. lib. 5. y ley 9. tit. 4. lib. 11. Nov. Rec. (6) Cur. Philip. ibi. n. 10.

39 Gozan el privilegio de caso de Corte los Concejos cabezas de Partido, y Universidades (1): las Iglesias, Monasterios, Hospitales, Cabildos, Cofradías, y Colegios de Frayles, y Monjas de qualquiera Orden (2); los pobres muy viejos, ó enfermos, y personas miserables quando litigan con alguna poderosa (3); el menor de 25 años, que está huerfano de padre, y no de otra manera; la viuda honesta, y por consiguiente la soltera que vive recatadamente (4); como tambien la casada, cuyo marido está inutilizado, y pobre, ó cautivo ó desterrado; pero no la viuda que es deshonesta, ó mató á su marido (5); lo qual se entiende, aunque dichas personas miserables renuncien el citado fuero, pues no vale su renunciacion (6); ó sean contumaces (7).

40 Tienen privilegio activo y pasivo las personas miserables, menores, huerfanos, y viudas honestas; por lo que pueden traher sus causas, y conocerse de ellas por caso de Corte, ya sean actoras ó demandadas. Esto se estiende á los que forman concurso de acreedores, y les ceden sus bienes, aunque sean mayores (8), porque estos se reputan en la clase de miserables, mediante que nada gozan ni de sus riquezas ni de su explendor; y tambien al que por sentencia es obligado á entregar sus bienes á otro, y al que no puede administrar sus propias cosas, y hacienda (9).

41 No gozan del privilegio referido la personas expresadas sino en las causas de mas de diez mil maravedís (10): ni en las en que se interesa la Real Hacienda, ni en las executivas, feudales, y criminales, ni quando contestan la demanda ante el Juez inferior (11): ni quando el pleito se principia ante el ordinario, y la miseria sobreviene despues de contestado, porque está preve-

(1) Ley 37. del Estilo. (2) Sr. Covar. Pract. cap. 7. n. 3. Cur. Philip. ibi. (3) Ley 5. tit. 3. y ley 41. tit. 18. Part. 3 y ley 6. tit. 4. lib. 11. Nov. Rec. (4) Ley 9. al fin, tit. 4. lib. 11. Nov. Rec. Sr. Greg. Lop. en la 5. tit. 3. Part. 3. glos. 2. vers Sed an dicat vidua:::: (5) Sr. Olea de Cesion. jur tit. 3. quæst. 7. n 25. Sr. Valenz. cons. 31. n. 25. Acev. en las leyes 8. y 9. tit. 3 lib. 4 n. 10. al 12. Sr. Cov. Pract cap. 6. n. 7. Valasc. de Privil. pauper. part. 3. quæst. 7. (6. Carlev. de Jud. tit. 1. disp. 2. sect. 7. n. 598. y 99. (7) Ley de Die, § Planè, ff Qui satisdare cogant. Carl. ibi n. 600. (8) Carrasc. in Casib. Curiæ. n. 44 y 66. Sr Salg. Lab. part. 1. cap. 2. n. 28. 9 Leyes 5. tit 3. y 20. tit. 23. Part. 3. y ley 1. Cod. Quando Imperator. Ley fin. Cod. Qui bonis cedere possunt, y ley ult. ff. de Postulando, Sr. Salg. cap. cit n. 37. al 42. (10) Ley 5. tit. 3. lib. 11. Nov. Rec. (11) Cur. Philip. en el lugar citado, n. 15. Carl. Sect. dicha.

nida ya la jurisdiccion en quanto á él, y en su perjuicio no se puede mudar de fuero (1): ni quando tienen que dar cuenta pública ó privada, pues deben darla en donde, y ante el Juez que les encargó la administracion (2): ni tampoco unas con otras, porque son iguales en especie, y acto; por lo que si una demanda en la Corte á la otra, y ésta declina, y pretende se remita la causa al Juez de su fuero, vencerá, por ser mejor su condicion. Esto se limita en caso de que el actor sea mas miserable é infeliz, pues entónces será atendido (3).

42 Si el negocio es individuo, y comun á dos, uno goza del privilegio, y otro no, gozará éste tambien de él, v. g. quando es mayor de 25. años, y el otro huérfano menor, y ambos poseen *pro in diviso* alguna cosa, ó les compete alguna accion, pues el mayor puede usar de ella en la Corte, al modo que el menor (4). Pero no se debe dar carta de emplazamiento por caso de Corte, sin que el que la pide, dexe Procurador conocido (5).

43 No pueden conocer en primera instancia los Oidores dentro de las cinco leguas de su distrito, ni sacar á los reos de su fuero, sino por caso de Corte (6): ni ser presos, ni reconvenidos en esta los Procuradores de Cortes miéntras exercen sus encargos, sino por Derechos Reales, maleficios ó contratos, que en ella hagan, ó que contra alguno se haya dado ántes sentencia en causa criminal (7).

44 Los Procuradores, que en nombre de sus Concejos vienen á la Corte, ó llamados del Rey, ó del Consejo, no deben ser prendados en ella por las deudas de ellos, pero sí por las suyas propias (8). Se advierte, que el privilegio de caso de Corte no compete al no privilegiado contra el que lo es, si éste resiste, y le incomoda usar de él, porque de lo contrario se convertiria en su detrimento, habiendose establecido para su beneficio (9).

(1) Ley Si quis posteà 7. ley Ubi aceptum 30. ff. de Jud. ley Cum quædam puella 19. ff. de Jurisd. omn. jud. y ley Tutor 28. ff. de Excus. tutor. (2) Leyes 1. y 2. Cod. Ubi de Racioc. agi oportet, & ibi DD. (3) Sr. Greg. Lop. en dicha ley 5. tit. 3. Part. 3 glos. 2. vers *Et quando privilegia invicem concurrunt conquastatis privilegiis* : : : : Cur. Philip. dicho §. 9 n. 16. (4) Ley Si communem 10. ff. Quemadmodum servitutes amittuntur, y ley 1. ff. de Quibus rebus ad eumdem judicem eatur. (5) Leyes 1. y 2. tit. 3. lib. 11. Nov. Rec. (6) Ley 13. tit. 1. lib. 5. Nov. Rec. (7) Ley 5. tit. 8. lib. 3. Nov. Rec. (8) Ley 8. tit. 31. lib. 11. Nov. Rec. (9) Cur. Philip. § 9. cit. n. 16. al fin.

45 Los casos de Corte (*a*) (cuyo nombre se les dá, porque su conocimiento toca principalmente al Rey, y por legales disposiciones (1) á su Consejo, Chancillerías, y Audiencias, para lo qual se saca á los reos de su propio domicilio, y se les obliga á contestar las demandas en dichos Tribunales con inhibicion de los Jueces de su fuero) son de dos clases, *civiles, y criminales.* Los civiles, de que queda hecha mencion, ó son notorios ó no. Los notorios son los de un Concejo contra otro, y los de Cabildos,

(*a*) Nuestras leyes primitivas, suponiendo el principio general tomado de la Legislacion Romana, de demandar el actor al reo ante el Juez del Pueblo donde morase, eximieron sin embargo ciertas causas de esta obligacion general, y especialmente á las personas miserables, y á las que hubiesen de andar con la Corte del Rey. La excepcion de las primeras fué por via de protcecion para evitar la opresion y preponderancia de los Poderosos, y para las otras se tuvo por principal causa la de no entorpecer el servicio del Rey y del público, sacandolas de sus destinos y de la Corte para defenderse de las demandas que les pusiesen en los Pueblos de su naturaleza. Las leyes 4. y 5. citadas tit. 3. Part. 3. determinan los casos de Corte, y son los mismos de que se ha hecho expresion en los núm. anteriores, en los quales tenudo es el demandado, dice la ley 5. de responder ante el Rey do quier que lo emplazasen. La costumbre desde entónces fué acudir al Rey y á su Consejo; pero teniendose presente por los Señores Reyes Católicos, que no estando la Corte fixa en un Pueblo se causaban muy grandes perjuicios á los litigantes, dispusieron por el cap. 7. de las Ordenanzas de Medina de 1489. que hoy es la ley 9. tit. 1. lib. 5. Nov. Rec. que en lo sucesivo todos los pleitos sobre casos de Corte por primera instancia, que se habian de ver ordinariamente por via de proceso ordinario formado entre partes, se determinasen en las Chancillerias, salvo si otra cosa se mandase por Carta, ó Bula firmada de su mano. Despues en las Ordenanzas de Madrid de 4. de Diciembre de 1502. dieron órden por el cap. 1. que hoy hace las leyes 1. y 2. del tit. 3. lib. 11. del modo y forma con que debian ponerse las demandas por caso de Corte en el Consejo ó en qualquiera de las Audiencias, para que se diesen las Cartas de emplazamiento, y de los requisitos que debian intervenir para que se diese al Procurador que viniese á poner esta demanda. Segun estas disposiciones quedó autorizado otra vez el Consejo para conocer en los casos de Corte, y sin duda guiado este Supremo Tribunal por estos principios, admite las demandas que se presentan, como lo advierte el Señor Conde de la Cañada en el cap. 4. parte 3. de su Juicio Civil, teniendo en consideracion, á mayor abundamiento, haber cesado la principal causa que tuvieron los Señores Reyes Católicos para mandar que solo se viesen en las Chancillerias, y era la de no tener reposo los Señores Ministros del Consejo, por la precision de andar siempre con S. M. Nos ha parecido conveniente recordar á los Letrados estas Reales disposiciones, y advertirles la práctica del dia, para que les sirva de gobierno en los casos que ocurran.

(1) Leyes 4. y 5. tit. 3. Part. 3. ley 9. tit. 1. lib. 5. y 9. y 10. tit. 4. lib. 11. Nov. Recop.

Iglesias, Monasterios, Hospitales, Cofradías, Universidades, Colegios, Grandes de España, Títulos de Castilla, Oficiales, y criados del Rey; y para que se admita el recurso, basta alegarlos, y pedir se hayan por notorios. Pero no siendolo, v. g. el pleito del menor, huérfano, viuda, y personas miserables, es preciso no solo que se aleguen, sino que se justifiquen dentro de nueve dias siguientes al ultimo del emplazamiento (1), pues de lo contrario no se admitirán, por resultar perjuicio irreparable. La justificacion puede hacerse sin citar á la parte contraria, de cuya omision no se la causa perjuicio, porque en compareciendo, puede alegar y probar dentro de los mismos nueve dias no ser de Corte el caso, y pretender se declare asi, y devuelva el conocimiento al Juez que entendia en el negocio.

46 Los criminales son: la traicion contra el Rey ó su Reyno, el encubrimiento de malhechores ó deudores en castillo, fortaleza, ó casa fuerte, sin querer entregarlos á la Justicia, ó en lugar de Señorío, ó Abadengo: la represalia de bienes, y prision atentada por maravedís: la perpetracion de muerte segura: la violencia ó robo de muger: la infraccion de tregua ó camino: la combustion de casa ú otro edificio: el rieto ó desafio: el ser ladron conocido, ó dado por vanido, ó encartado como prófugo por el delito que cometió: la falsificacion de sello ó moneda Real: y la resistencia de Concejo ó persona poderosa á la execucion que en virtud de Real provision se hace por debitos Reales (2). Por estos delitos puede ser emplazado qualquiera fuera de las cinco leguas de la Corte, y Chancillerías por los Alcaldes y Jueces de ellas (3), pero éstos en las en que lo fueron, no pueden tener por caso de Corte pleitos suyos, ni de sus mugeres, ni hijos como actores, ni reos, en primera instancia (4). De la forma de seguir las causas por caso de Corte trata *Villadiego* en su Politica *cap.* 1. *De la Instruccion num.* 61. y como se ha de poner la demanda las leyes 1. y 2. tit. 3. lib. 11. Nov. Rec.

47 El heredero debe ser demandado como tal en el lugar, y fuero que el difunto debia serlo (5); y la razon es, porque éste, y aquel se contemplan en Derecho una persona en quanto á las

(1) Ley 1. tit. 7. lib. 11. Nov. Rec. (2) Leyes 9. tit. 4. y 5. y 6. tit. 34. lib. 11. leyes 5. y 11. tit. 14. lib. 11. ley 5. tit. 18 lib. 12. y ley 6. tit. 31. lib. 11. Nov. Rec. (3) Ley 9. tit. 4. lib. 11. Nov. Rec. (4) Ley 11. tit. y lib. dicho. (5) Ley Hæres absens, ff. de Jud. y ley 32. tit. 2. Part. 3. verb. E la sexta.

acciones activas, y pasivas transmisibles (1); y porque por la del heredero ninguna mutacion recibe la obligacion de su instituyente en lo concerniente al fuero, ú otra condicion (2).

48 Esto se entiende, ya pudiese ser reconvenido el instituyente estando presente ó ausente; pues del propio modo puede serlo su heredero sin diferencia, aunque sea privilegiado por peculiar gracia del Principe, pues por su personal y privativo privilegio no puede escusarse de responder en el fuero en que debia hacerlo su causante (3).

49 Pero si el privilegio de que goza el heredero, no está concedido solamente á su misma persona, sino á algun estado ó cuerpo, y es de los inclusos en el del Derecho como los de Clerigos, Militares, viudas y pupilos, se le ha de demandar segun su fuero, y ante el Juez del que exista en el territorio ó Provincia en que vivia su causante (4): y la razon es, porque despues que el Clerigo acepta la herencia, empieza ésta á contemplarse patrimonio suyo propio, y á gozar del privilegio que á aquel compete; y asi pierde su antigua naturaleza, y se constituye privilegiada (5); al modo que la que lo es, pierde el privilegio luego que llega á poder del que no lo goza (6).

50 Y sin embargo de que la ley 57. tit. 6. Part. 1. dice: *Otrosí quando el Clerigo hereda los bienes del ome lego, é otro alguno há demanda contra aquel lego por razon de aquel haber, ó de daño que hobiese fecho, tenudo es el Clerigo de facer derecho ante aquel juzgador seglar, dó le faria aquel, de quien hereda el haber si fuese vivo*; esto se entiende, quando el pleito se movió al difunto, y se le citó, pues basta la citacion aunque no hubiese contestado la demanda (7), en cuyo caso, y no en otro la instancia incoada con él, pasa á su heredero, segun por derecho (8) está

(1) Authent. de Jurejur. à moriendi præstit. collat. 5. ley Hæredem 59. ff. de Reg. jur. y ley 13. al fin. tit. 9. Part. 7. (2) Ley 2. § Ex his: y ley In executione 35. §. Pro parte, ff. de Verb. oblig. (3) Dicha ley Hæres absens, ibi: ***Nulloque suo proprio privilegio excusatur.*** Carlev de Jud. tit 1. disp. 2. quæst. 5. n. 298. (4) Cov. Pract cap. 8. n. 4. Greg. Lop. en la ley 57 tit 6. Part 1. glos. 5. Carlev. ibi n. 299. y 301. (5) § Licet autem, Instit. Quibus ex causis manumit. non licet. §. 1. Inst t. de Hæred. qualit. leyes Sed si plures 10. §. Filio, ff. de Vulg. & pupil. substit. y Paterfam. 12. ff. de Privil. cred. y cap. unic. §. fin. de Jure Patron. in 6. (6) Ley Per Procuratorem 89. ff. de Acquir. hæred. & ibi Bart. n 3. (7) Greg. Lop. en la ley 57. inserta glos. 5. Carl. disp. 2. y quæst. 5 dichas n. 308. al 318. (8) Ley Si is, qui Romæ 34. ff. de Jud. ley Si eum hominem 34. ff. de Fidejus. y cap. Quia 11. ff. de Jud.

decidido; y por el contrario, si el lego hereda al Clerigo, y con éste se principió la instancia ante su Juez, debe el lego proseguirla ante él (1).

51 Estando yacente, ó sin aceptar la herencia, en este caso como que el heredero representa á su instituyente (sea, ó no privilegiado, se le debe reconvenir en el propio lugar y ante el Juez ante quien el difunto podia serlo, ya sea el de su domicilio, ó el en donde existe la herencia, ó la mayor parte de sus bienes, de modo que si se deduce en juicio accion Real, debe demandarsele ante el del Pueblo en que está sita, y si accion personal, ante el en donde el difunto podia serlo, ó su heredero, si la hubiese aceptado (2). El que quiera instruirse radicalmente de lo explicado, como tambien ante qué Juez ha de ser demandado el heredero por el contrato con clausula *non alienando* que hizo su causante, y otras cosas dignas de saberse, vea á *Carlev. de Judic. tit.* 1 *disp.* 2. *quæst.* 5. *per tot.* que las explica con la extension, y admirable claridad propias de su sublíme talento, y consumada literatura.

52 El IV. requisito que debe mirar, y tener presente el actor, es, *el no excederse en pedir mas que lo que debe*, lo qual puede suceder de las quatro maneras que expresa la ley 42. tit. 2. Part. 3. y se contienen en este verso:::

Plus petitur causa, vel tempore, requè, loco què.

Y son: en tiempo, alhaja, ó cantidad, lugar, y causa. *En tiempo* quando pide en el prohibido; pues como queda sentado en el num. 11. no debe hacerse juicio en dias feriados, sino en ciertos casos, v. gr. para dar tutores á los pupilos, remover de la tutela á los sospechosos, conocer sobre alimentos, ya se pidan de oficio al Juez, ó por derecho de accion, si el que los pretende está indigente, dar á la viuda preñada la posesion de los bienes de su difunto marido por representacion del posthumo, siendo pobre, y careciendo de lo necesario para su manutencion, y no de otra manera, la justificacion de menor edad, el pleito de libertad de siervo: la apertura del testamento, la custodia de bienes de difunto, para evitar su extravío, la prision, y escarmiento de malhechores, y otros casos semejantes, en que se interesa

(1) Carl. disp. cit. n. 310. 319. 20. y 21. (2) Carl. ibi n. 322. y 325.

la utilidad, ó indigencia pública, ó privada, ó la piedad (1).

53 Lo mismo procede, quando demanda antes que cumpla el plazo ó condicion estipulados en el contrato, á ménos que haya causa justa, v. g. si el marido empobrece, ó el padre disipa la legítima materna de su hijo, pues pueden pedirse ésta, y la dote, ó si el sucesor del mayorazgo pide que se declare pertenecerle éste despues de la muerte del poseedor, que intenta transferir en otro su posesion; ó quando pide en el tiempo en que por naturaleza no se le puede entregar lo que pretende, ni cumplirse el pacto, v. g. el parto ó fruto que ha de nacer, hasta que nazca (2).

54 En *alhaja ó cantidad*: si pide cosa que el demandado no está obligado á darle, ó mas cantidad que la que realmente le debe, bien que si la pidiere, valdrá la sentencia en lo que probáre, atendida la verdad; pero si pidiere tambien los frutos de la alhaja sin debersele, no claudicará por eso la demanda, ni se tendrá por exceso, por ser cosa acesoria (3).

55 En *lugar*, quando el demandado no está obligado á hacer la paga ó entrega en el en que se le demanda; lo qual se entiende, á ménos que nunca se le encuentre en el de su domicilio, pues entónces en qualquiera que exista, puede ser reconvenido, para que por su malicia no pierda el acreedor su deuda.

56 Y en *causa*, *ó manera*: v. g. si el demandado tuviese obligacion de dar al demandante de dos cosas la que aquel quisiere, y éste eligiese, tocando la eleccion al otro; ó este se obligase genéricamente á dar, ó hacer algo, y aquel pretendiese cosa determinada (4).

57 Al actor se pueden causar graves perjuicios por excederse en su pretension en qualquiera de los quatro modos explicados; excepto que pida mas, no por dolo, sino por error; ó que sea menor, pues debe ser restituido; ó que modifique su demanda á lo justo antes de la contestacion, y se aparte de lo que pidió de mas. En cuyos tres casos no deberá ser condenado en costas, ni perderá la deuda principal; pero habiendo dolo, ya sea por haber hecho obligar á su contrario por mas de lo legítimo, ó de

(1) Ley 35. tit. 2. Part. 3. vease á Greg. Lop. en sus 15. glos. (2) Ley 45. tit. 2. Part 3. y ley Interdum 35. ff. de Verb. oblig. (3) Ley 43. tit. 2. Part. 3. Greg. Lop. en la 42 dicho tit. glos. 2. (4) Dicha ley 45. y §§ Plus autem, y Huic autem, Instit. de Action. Marill. lib. 2. Decret. tit. 11.

otra suerte, se le podrá condenar en estas penas (1).

58 El V. es: *por qué Derecho y razon la pretende, y qué documentos tiene para obtenerla en juicio*, pues si ninguna accion le compete, y el reo forma artículo de no contestar, se declarará que no es parte para pedir, y aunque la tenga, sino la justifica, y el reo la niega, será reputado por litigante de mala fé, como que no tuvo causa justa para litigar, y se le condenará en costas (2), aun quando el reo tome en sí el cargo de probar que no debe lo que se le pide (3), pero si la probare plenamente, aunque luego sean reprobados los testigos, y tachados no por razon del delito, sino de sus personas, no se le condenará en ellas (4).

59 El VI, y último que debe mirar, y tener presente, es *cómo ha de ordenar la demanda*, para lo qual se le advierte que ésta segun la ley debe contener cinco cosas, á saber, el *nombre del Juez*: (bien que si hay dos, ó mas en el Pueblo, se omite, porque el actor dice al Escribano ante quál quiere ponerla, y al que elige, dá cuenta de ella) el *suyo*: *el del demandado*: *la alhaja, cantidad, ó hecho que la motiva*: *y la causa, ó razon por que pide*, lo qual debe expresarse, especialmente en la accion personal (5).

60 No es asi necesario en la accion Real, y basta decir que le pertenece el dominio ó propiedad de la cosa, señalandola de modo que pueda ser conocida; pero sin embargo es util, porque si por la razon que propone, no se declara á su favor, puede pretenderla por otra que no se haya expresado en el escrito, lo que no podria hacer si la omitiese, porque es visto haberla pretendido por todas aquellas que juzgó competirle ántes de la sentencia (6). Esto se limita en caso que haga constar que despues de dada ésta, nació otra causa justa ó razon que ántes ignoraba para pretenderla, en cuyo caso por la ignorancia podrá pedirla, y ser restituido *in integrum* (7).

61 Ha de pedir tambien expresamente que se condene al reo

(1) §. 33. Institut. de Action. y ley 44. tit. 2. Part. 3. (2) Ley 39. tit. 2. Part. 3. y ley 4. tit. 19. lib. 11. Nov. Rec. (3) Greg. Lop. en dicha ley 39. gl. 1. (4) Idem ibi glos. 3. (5) Ley 40. tit. 2. Part. 3. glos. in leg. 1. ff. de Edendo, verb Ut proinde, & cap final de Libelli oblat. (6) Leyes 25. y 27. tit. 2. Part. 3. y ley 4. tit. 3. lib. 11. Nov. Rec. (7) Ley Si mater, ff. de Exception. rei judicat.

á la satisfaccion de los frutos de la cosa litigiosa, si le tocan, y de los intereses, daños, y menoscabos si los hubiere, y asimismo en las costas, para que por su silencio no las pierda, en caso que el reo deba ser condenado á su solucion; á cuyo fin los estimará en la demanda, pues justificandolos en la prueba, puede el Juez dar sentencia sobre todo, y moderarlos, si le parecieren excesivos; pero no remitir este acto á Contadores, porque se lo prohibe el Derecho (1).

62 Si el reo es fallido, ó se presume que haga fuga, puede pretender el actor que arraigue el juicio. Pero para que á esto haya lugar, debe hacer constar primero su deuda por uno de tres medios que son: por confesion del mismo reo ó por informacion de testigos á lo ménos sumaria, ó por escritura; y en otros términos no se debe deferir á su solicitud. Constando por uno de ellos, está obligado el reo á dar fianza lega llana y abonada; y si no halla fiador, á jurar que estará á derecho hasta la conclusion del juicio (2); bien que si se puso de peor condicion que estaba quando contraxo la deuda, ya sea ésta líquida ó ilíquida, y se haya constituido puramente, ó á dia cierto, ó con condicion, puede ser preso por defecto de fiador (3), en caso de no gozar de fuero que le exima de serlo.

63 Quando el actor intente la reivindicacion por dominio util, no ha de concluir pidiendo la *propiedad*, sino el *dominio*, porque aunque estas dos palabras significan una misma cosa segun la ley 27. tit. 2. Part. 3. la segunda es mas lata y general, y abraza ambos dominios *directo y util*, y la primera solo el directo, pues asi lo aconsejan el *Sr. Greg. Lop.* en la glos. 3. de dicha ley, y otros que cita.

64 Ninguno puede ser compelido (regularmente hablando) á demandar á otro, sino quiere; pero si se jacta delante de algunos de que es su siervo ó le infama, puede ser apremiado á instancia de éste por el Juez de su domicilio á que ponga su demanda, y la pruebe, y el Juez prefinirle término para ello, ó precisarle á que se desdiga; y no queriendo comparecer, apercibirle, é imponerle perpetuo silencio con pena, y exigirsela en caso de reincidencia (4).

(1) Ley 6. tit. 16. lib. 11. y ley 17. tit. 10. lib. 11. Nov. Rec. (2) Ley 41. tit. 2. Part 3. y ley 66. de Toro. (3) Ley 2. tit. de los Emplazamientos, lib. 3. del Fuero Real, y ley In omnibus, ff. de Jud. Gom. en dicha ley 66. de Toro. (4) Ley 46. tit. 2. Part. 3. y ley unica, Cod. Ut nemo invitus agere.

65 Lo propio milita, quando alguno quiere hacer viage con mercaderías, y otro por hacerle mala obra, se jacta de que le está debiendo alguna cantidad, y le demanda fraudulentamente, en cuyo caso el Juez debe apremiarle, y prefinirle breve término para que pruebe su accion, mas no imponerle perpetuo silencio como en el caso precedente. No probandola en el que le prefina, no debe ser oido hasta que el otro regrese de su viage. (1).

66 Queda explicado lo que es juicio, quantas personas son precisas para constituirlo, en qué dias no puede hacerse, quiénes pueden ó no comparecer en él, qué cosas debe tener presentes el actor para poner su demanda, quáles debe contener ésta, y otras muy utiles y dignas de saberse. Paso ahora á explicar lo I. *qué es acumulacion de acciones.* Lo II. *si en un libelo ó demanda podrá ó no el actor proponer, y acumular contra uno ó mas segetos muchas acciones civiles ó criminales.* Lo III. *si compitiendole accion civil y criminal contra el reo por un mismo hecho ó delito, podrá intentarlas ambas en un libelo, y se deberán determinar á un tiempo, ó sobreseerse en la una.* Lo IV. *si despues de incoada ó elegida la civil, podrá apartarse de ella, y deducir la criminal, y quándo se entiende incoada y elegida.* Lo V. *si elegida y propuesta por el actor la civil y por el reo principalmente, ó por via de excepcion la criminal, ya sea ó no concerniente ésta al juicio intentado, se ha de decidir primero la civil ó la criminal.* Lo VI. *si las acciones de ambos fueren criminales: ó si dos actores proponen contra un reo dos acusaciones ante uno ó mas Jueces, uno por delito grave, y otro por leve, quál se debe determinar primero.* Lo VII. *si deducida formalmente la demanda, la podrá mudar, enmendar y adicionar, y quándo.* Lo VIII. *si dos demandan á uno sobre una misma cosa, quál debe ser oido primero.* Y lo IX. *quando hay duda en las palabras de la demanda, cómo se han de entender.*

67 En quanto á lo primero digo, que la acumulacion de acciones es de dos maneras, *propia é impropia.* La propia ó simultanea es union de diversas acciones propuestas y deducidas en un mismo juicio, tiempo y libelo. Y la impropia ó sucesiva es en diverso tiempo y libelo hasta la litis contestacion (2)

68 Al segundo, que en un libelo puede proponer y acumu-

(1) Ley final tit. 2. Part. 3 Greg. Lop. en ella glós. 2. (2) Farinac. Prax. crimin. tom. 3. cap. 3. quæst. 100. num. 120 y 121.

lar el actor contra uno ó mas segetos muchas y diversas acciones civiles ó criminales por distintas causas y razones; pero esto se entiende, con tal que entre sí no sean contrarias, porque si lo son, le está prohibido, y asi es menester para ello nueva instancia é interpelacion, segun se prueba de la ley 7. tit. 10. Part. 3. que al principio dice: *Poner puede alguno muchas demandas contra su contendor, mostrandolas, é razonandolas todas en uno solo que non sea contraria la una á la otra: Cá si tales fuesen, non lo podria facer.* Por exemplo: un siervo hurta dinero á su Señor, y lo dá á otro para que con él compre alguna alhaja, y éste sabiendo que es hurtado, lo toma, é invierte en la compra. En este caso competen al Señor dos acciones contra el comprador, y son: la de demandarle el dinero como hurtado, ó la alhaja; y asi no debe intentarlas ambas, antes sí la que mejor le convenga. Pero habiendo diversas instancias, se pueden alegar en la una cosas contrarias á las alegadas en la otra (1).

69 Quando los derechos son tales que por la eleccion no se quitan, se pueden proponer subsidaria, y condicionalmente en un libelo dos remedios contrarios: v. g. alegar que el testamento es nulo, y caso que sea válido, que es inoficioso; ó que es nulo el contrato, y quando por tal no se estime, que al ménos debe ser restituido el contrayente, por haber sido perjudicado en él (2).

70 Tambien puede pretender simultaneamente el actor la propiedad y posesion (3); aunque lo mejor es pedir ésta, asi por ser de mas facil prueba, y mas dificil el quitarsela, ya tenga ó no titulo para ella, como porque si la pierde, le queda el remedio de la propiedad; pero siendo condenado en el juicio petitorio, no puede instaurar el posesorio, porque aquel abraza á los dos (4).

71 No se pueden proponer, ni acumular dos acciones, quando una accion depende de la otra; v. g. el que con titulo de heredero quiere cobrar deuda hereditaria, y despues pide se le declare por heredero, pues primero debe hacer constar serlo, que intentar la cobranza, y asi no se le admite (5). Ni quando las acciones son tales, que la eleccion de la una excluye y extingue la otra; v. g. la

(1) Lex in Authent. de Triente, & Semisse, §. Illud quoque, collat. 4. Leg. 3. Cod. de Petion. haredit. (2) Cap. Constitutus, de In integrum restitut. glos. in leg. Qui de Inofficioso, ff. de Inoffic. testam. Sr. Grg. Lop. en la ley 7. tit 10. Part. 3. glos. 1. (3) Ley 27. tit. 2. Part. 3. y ley 4. tit. 3. lib. 11. Nov. Rec. Rox. de Incompatib part. 6. cap. 1. y sig. (4) Leyes 27. y 28. tit. 2. Part. 3. (5) Ley Ut debitum, Cod. de Hæreditat. action.

tributoria, y otras semejantes (1). Ni quando se encuentran de tal suerte, que la sentencia absolutoria dada en la una produce excepcion de cosa juzgada en la otra (2). Ni quando son contrarias en el exercicio, y no en el origen, que siéndolo solamente en éste, no cesa la una por la eleccion de la otra (3).

72 Lo propio sucede quando la una es *perjudicial*. Llamase perjudicial una causa, quando la sentencia dada en ella, produce real y verdaderamente ó puede producir excepcion de cosa juzgada en la otra, ó mira á la legitimacion y estado de las personas; v. g. si es siervo, liberto, hijo de familia, &c. y en ella se objeta alguna cosa que enerva y destruye la accion del actor en la otra (4); ó quando es mayor, y por razon de su mayoría no admite consigo otras; ó es de mayor perjuicio ó prelacion en quanto al órden judicial por no poderse seguir ambas, sin invertir éste; ó no son compatibles; ó la una absorve en sí á la otra, de modo que difinida aquella no se puede proceder mas en ésta, porque hace sobreseer en ella, y extingue y excluye todo su derecho; v. g. si al que pretende la herencia, se objeta que es esclavo, primero se ha de determinar sobre su libertad; y si se declara no ser libre, se acaba todo su derecho, por no poder ser heredero siendo esclavo, y asi lo absorve (5); ó quando la una es universal; v. g. la peticion de herencia y la otra particular; v. g. de una alhaja de esta; ó una es de cosa principal, v. g. sobre el dominio de la cosa, y la otra acesoria, v. g. sobre sus frutos, y servidumbres; ó una civil de una cosa y la otra criminal de otra, y en otros casos que trae el Derecho (6), y explicaré mas adelante.

73 Pero si se ponen muchas acciones, que miran á diversos fines, y de ninguna manera son contrarias entre sí, se deben acu-

(1) Ley Quod si, ff. de In rem verso, y ley Quod in hærede 9. §. Eligere. ff. de Tributor accion. (2) Ley si mater, §. Eadem. y ley De ea, ff. de Excepcion. rei judicat. ley Quod in hæredem cit. y ley Interdum, ff. de Public. judic. (3) Ley 1. Cod. de Furt. y ley Contra majores, Cod. de Inoffic. testam. (4) Ley 1. & per tot Cod. de Ordin. cognition. y ley Quoniam Alexandrum 26. Cod. ad leg. Jul. de Adult. Farin. dicha quæst. 100. cap. 2. n. 78. 84. y 128. (5) Ley Si quis libertatem 7. ff. ley Liber. 6. y ley ultim. Cod. de Petition. hæreditat. y ley 3. §. Cum extaret, ff. de Carbonian. edict. (6) Ley Præses 8. Cod. ad leg. Fabiam de Plagiar. ley Fundum 16. ley Fundi 18. y ley Rei majoris 21. ff. de Excepcion ley 5. tit. 10. Part. 3. ley Ut debitum 5. Cod. de Hæreditar. action. ley Si de vi 37. ff. de Judic. y ley 1. Cod. de Apellation cap. 1. de Ordin. cognition. & ibi glos. 1. y §. Præjudiciales, Institut. de Action.

mular; v. g. quando uno pretende ciento por razon de venta, y otros ciento por la de mutuo; lo qual se entiende no habiendo mayoría entre ellas, v. g. si la una es civil, y la otra criminal, en cuyo caso como que ésta es mayor, pues aunque la injuria sea privada, comete delito el injuriante y se interesa el bien y tranquilidad pública en su castigo, por estar prohibido á todos el ofender é injuriar á otro, se ha de proseguir y concluir, y hasta su decison suspenderse la civil, como lo dispone la ley última (1).

74 Lo mismo procede siendo diversas en número, y especie como las de commodato, depósito y locacion; ó solamente en número, v. g. quando uno es heredero y partícipe con otro en muchas herencias, y tienen varias compañías y depósitos, pues en el caso primero se acumularán en diversos libelos, y en el segundo en uno, y asi será una conclusion, juicio y sentencia (2). Pero en el de no haber lugar á la acumulacion, debe el reo oponer esta excepcion, pues no oponiendola, valdrá, á ménos que el actor proponga al principio una de las que cesan por la eleccion, en cuyo caso, aun sin oponerla no se deben acumular, porque por la eleccion de la una queda suprimida la otra (3).

75 El actor puede demandar civilmente á muchos en un libelo por una misma cosa ó hecho, ó por varios (4). Tambien puede intentar muchas acciones criminales juntas contra uno por distintos delitos, mas no por uno solo (5); ni tampoco contra dos ó mas personas, si no que sea por su propia injuria, ó de los suyos (6); pero por un delito puede acusar en un libelo á muchos cómplices (7).

76 Al tercero, debo sentar por regla general, que quando por un hecho ó delito competen al actor las dos acciones, civil y criminal contra el reo, v. g. por hurto, mala versacion, y extravío de caudales, puede elegir la que quisiere, pues no se le permite usar principal, y simultaneamente de ambas (8).

(1) Cod. de Ordin. judicior. (2) Ley Hæres, §. Si Fratres, ff. Familiæ erciscund. (3) Ley 1. ff. de Furt. (4) Ley Ad ea parte, ff. de Probat. Leg. Edicta, Cod de Edendo, n. 46. (5) Arg. ley Qui de Crimine, ff. de Accusation. (6) Ley 2. tit 1. Part. 7. & ibi. Greg. Lop. glos. 10. (7) Leg. Hos accusare, §. Lege Julia, ff. ad leg. Juliam de Adult. & in leg. Menoribus, n. 2. Cod. de His, quibus ut indignis. (8) Ley 2. §. Hoc edicto, §. Vi nobor. ley Interdum, cit. ley Ex morte, & ibi glos. Cod ad leg. Aquil. ley ultim. Cod ad leg. Cornel de Fals. ley 1. Cod. ad leg. Fabiam. de Plagiar. y ley unic. Cod. Quando civilis actio criminal. præjudic. Farinac. quæst. 100. cit. cap. 3. n. 123.

77 Pero esto tiene tres limitaciones; I.ª quando la una es perjudicial, de modo que la sentencia dada en ella produce excepcion de cosa juzgada en la otra. II.ª quando del mismo hecho resultan varias acciones criminales. Y III.ª quando el turbado en la posesion intenta el remedio civil, pues miéntras no se concluye, no puede instaurar el criminal (1). De suerte, que hasta que se termine en el juicio la accion que principió y propuso, ya sea civil ó criminal, y se execute la condenacion, no puede intentar la otra, pero despues sí (2).

78 Se limíta lo expuesto, en caso que haya usado principalmente de la criminal, pues en el propio libelo puede instaurar por un *Otrosí*, ó por incidencia la civil, con tal que para ello implore el oficio del Juez, y no de otra suerte (3). Pero si intentó principalmente la civil, no puede intentar por consequëncia la criminal, hasta que la civil se concluya, reservandose á este efecto usar de ella á su tiempo, que es despues de sentenciada la civil (4).

79 Se entiende, y conceptúa *incoada, ó elegida expresamente la accion civil*, quando el actor la deduxo en demanda formal, pretendiendo se condenase al reo á la restitucion de los intereses, daños, y cosa hurtada, ó su importe. Y *tácitamente* quando en el primer pedimento, y demás subsiguientes, en que solicita que el reo ó testigos declaren al tenor de varios particulares, ó que se practíquen otras diligencias para en su vista deducirla, especifica, y manifiesta que es para el fin de reintegrarse de sus intereses.

80 Se dice incoada la *accion criminal*, quando en los referidos pedimentos expresa que es para que se castigue al reo, pues como en los juicios se debe proceder con lisura, ingenuidad y verdad, aunque estas diligencias no son mas que actos preparatorios, se evidencia de los pedimentos en que se pretenden, la intencion del actor, y eleccion de la accion; y asi no obstante que despues se retrate de qualesquiera palabras, que aludan á

(1) Farinac. ibi. n. 118 y sig. (2) Ley Damus licentiam 23. ff. ad leg. Cornel. ley 1. Cod ad leg. Fab. ley Quoniam civili, Cod de Ordin. judicior. y dicha ley unic. Cod. quanto civilis actio. (3) Ley Interdum 56. § 1. ff. de Furt. y ley 13. & ibi glos. 2. tit. 14. Part. 7. Farin. ibi. n. 152. limit. 7. (4) Menoch. de Retinend. posession. remed. 3. n. 555. vers. *Ego existimo*: Angel. ibi. n. 7. Leg. 1. n. 3. y 4. Cod. de Edendo, & ibi Decio n. 66. al fin, y Curt. Junior. n. 128. Marant. p. 4. distinct. 1. n. 20. y sig. Farinac. ibi, Jul. Clar. quæst. 3. §. final, n. 2. vers. Et hæc quidem conclusio.

declararla, y quiera intentar la otra, no se le admitirá, y deberá seguir la elegida, ó incoada; asi lo he visto declarado por la Sala de Alcaldes de este Corte confirmando el auto de otro Alcalde, en que habia mandado repeler la demanda criminal de los autos suscitados sobre extravío de caudales, y reservarla en el Oficio para su tiempo; y al actor que usase de la que segun el estado de la causa correspondia.

81 Pero si en los pedimentos preparatorios protexta usar de las acciones civil y criminal que le competen evacuadas las diligencias que ha pedido, y resulta probada por ellas la criminalidad, puede intentarla primeramente. No resultando en bastante forma, debe usar de la civil, y si en la sentencia fuere condenado el reo, pretenderá despues su castigo, ó procederá el Juez de oficio; porque como para demandar criminalmente no basta la presuncion de que hay delito, sino que debe constar clara, real, y verdaderamente haberse cometido, segun dice el Derecho (1), por eso debe usar primero de la accion civil, y luego proceder y pedir con arreglo á la sentencia que en ella se profiera.

82 Si el actor deduce su accion civil, y el reo propone despues principalmente acusacion criminal contra él, se debe suspender la civil, y decidir ántes la criminal, asi por ser ésta perjudicial, como de mayor entidad, y consecuencias que aquella, (2), lo qual se entiende quando es perjudicial á la civil, ó la absorve, ó es exclusiva de la accion del actor (3); pero decidida la criminal perjudicial absolviendo al reo puede procederse en la civil, mas no, si es por condenacion, porque entónces perjudica la sentencia á la civil. Si la criminal no es perjudicial, de modo, que la sentencia dada en ella no produzca excepcion de cosa juzgada en la civil, entónces ya se difina por absolucion ó por condenacion, puede instaurarse la civil, decidida que sea la criminal (4).

83 Lo propio puede hacerse en la civil, si es perjudicial á

(1) Ley 1. §. Item Illud: y ley Necessariò, §. 1. ff ad Sillan. y ley Inde Neratius, §. fin. ff ad leg. Aquil. (2) Ley Quoniam civili, cit. y ley Adulterii 33. Cod. ad leg. Jul. de Adult. ley Per minorem 54 y ley Qui prior 29. ff de Jud & ibi Paul. de Castr & DD. 2. Cin. in leg. 1 n. 15. vers. Præterea quoti. scumque. & n. 17. Cod. Qui accusar. non pos. Ang. in leg. Qui prior. cit. n. 2. Anchar. cons. 62. n. 1. Cravet. cons. 280 n. 1. y 2. Nato cons. 138. n. 1. y 24. vers. Reudetur etiam. tom. 1. Farin quæst. 100. y cap. 2. dichos, ex n. 60. (4) Carl. de Jud. tit. 2. disp. 6. num. 44.

la criminal; pues aunque ésta es mayor, tiene mas vigor el perjuicio, y presta impedimento mas fuerte, que la mayoría; v. g. me acusas de adulterio, y digo que eres mi esclavo; primero se ha de conocer y determinar acerca de la libertad, pues siendo mi siervo, no puedes acusarme (1).

84 Es tan constante lo expuesto, que asi como el acusado criminalmente miéntras se trata de su criminalidad, y hasta que se decida, no puede reconvenir civilmente á su acusador, para que no se distrayga de la prosecucion de su juicio criminal, porque se interesa la vindicta pública en que no queden impunes los delitos (2); asi tampoco éste puede reconvenir civilmente al acusado, aunque las causas sean del todo separadas; lo uno, para que con este motivo no se halle impedido de hacer sus defensas; y lo otro por razon de la mayoría de la criminalidad (3).

85 Los AA. ponen varias limitaciones á esta regla general. La I.ª quando importa al reconvenido que se sobresea; y no de otra forma. La II.ª quando la criminal es perjudicial, mas no quando no lo es, y ántes bien son compatibles, pues entonces en ambas se ha de proceder para abreviar los pleitos; pero primero se ha de decidir la criminal. La III.ª quando ésta se pone con dolo y malicia clara, y no presunta, y con solo el fin de que se suspenda la civil. Y la IV.ª quando el acusador por su culpa ó negligencia tardó mucho tiempo en poner la acusacion al actor, que le demandó civilmente, en cuyo caso se presume que camina con malicia por calumniarle; mas no al contrario, quando no tuvo culpa.

86 Sobre quándo se puede decir que fué demasiado negligente el acusador, hay variedad de dictámenes por falta de decision legal. Unos dicen que se debe graduar de tal, si aguardó á deducir la criminalidad despues de la contestacion de la demanda civil. Otros si hasta la conclusion de ésta. Pero otros afirman que despues de proferida la sentencia se puede proponer, y el efecto

(1) Ley 1. Cod. de Appellat. ley Quoniam Alexandrum 26. Cod. ad leg. Jul. de Adult. y ley Præses 8. Cod. ad leg. Fab. de Plagiar. glos. in leg. ult. Cod de Ordin. judic. verb. Sæpè: Farin. dicha quæst. 100. n. 61. al 64 Grat. Discept. forens cap. 394 n. 25. al 27. (2) Ley Si ita vulneratus 32. §. Estimatio, vers. Quod si quis, ff. ad leg. Aquil. y ley ult. Cod. de Assessor. & domest. §. Nec sit concessum. (3) Ley Per minorem, cit. y ley ult. Cod. de Ordin. judicior.

será de que se difiera su execucion hasta que se juzgue la criminalidad : v. g. quando toda la fuerza y prueba del actor consiste en testigos ó instrumentos, y por ellos se ha de sentenciar, pues entonces si por su falsedad se revoca segun Derecho la sentencia ; (1) con superior razon se debe diferir su execucion hasta que se determine sobre la falsedad (2), por ser mejor evitar el daño antes que suceda, que tener que buscar el remedio despues de sucedido (3).

87 Pero pueden conciliarse estas diversas opiniones, y sobreseerse en la causa primera ya sea civil ó criminal, quando la falsedad que se opone despues de la conclusion ó sentencia, consta evidentemente, ó aparece por indicios muy claros, é indubitables presunciones segun Derecho (4) ; ó se puede probar incontinenti, pues en estos casos no se verifica malicia.

88 En quinto lugar se limita la regla general quando se propone la acusacion, no solo contra los testigos ó Escribano que hizo el instrumento, sino contra el que los produce, mas no quando no se propone contra éste ; bien que algunos sientan que de qualquier modo que se objete la falsedad, se debe suspender la causa civil, y retardar la execucion segun un texto del Derecho Romano (5); lo uno, porque tanto la excepcion como la acusacion de falsedad del instrumento es perjudicial á la causa civil, y la sentencia dada sobre aquella, obsta á la que se ha de proferir en ésta ; y lo otro por razon de la mayoría, y preeminencia, por las que la causa criminal debe preceder á la civil (6). Este dictámen es mas equitativo, y como tal debe seguirse, especialmente en causa criminal, pues podia ser de tal naturaleza ésta, que en ella recayese pena capital, ú otra aflictiva, y seria en grado supremo, iniquo y duro, que por no esperarse un poco tiempo en la inquisicion de la falsedad, se irrogase tan gravisimo é irreparable daño al acusado.

89 Para entablar esta criminalidad contra la parte y testigos, ó contra los instrumentos que se producen, lo que se debe

(1) Leyes 1. y 3. Cod. Si ex fals. instrum y leyes 15. tit. 11.: 116. tit. 18.: 13. y 19. tit. 22. y 1. y 2. tit. 26. Part. 3. (2) Ley Judicati 4. Cod. Si ex fals. (3) Ley 1. Cod. Quando liceat unicuique sine judic. se vindicare, y ley ult. Cod. In quibus causis in integrum restitut. (4) Ley Qui sententiam, 16. al fin, Cod. de Pœnis. (5) Ley ult. Cod. Si ex fals (6) Ley Adulterii, 33. Cod. ad leg. Jul. de Adult. y ley ult. Cod. de Ordin. judicior.

hacer previamente, es, preguntar al contrario si quiere usar, y aprovecharse de los testigos y escrituras que produxo, y respondiendo que sí, se le pone la acusacion. Esta pregunta sirve para que no pueda arrepentirse, si vé ántes la acusacion, temiendo incidir en la pena de falsario, y no debe resistirse ni escusarse á dar respuesta categórica (1), pero el Juez no debe hacerla de oficio, sino á instancia de la parte (2). Si aun probada la falsedad de los testigos, ó instrumentos producidos, tuviese el actor otros de que valerse para calificar su intencion, no se ha de sobreseer en la causa principal.

90 En sexto lugar se limíta, quando se intenta la criminalidad por el reo demandado; mas no, si es por un tercero, v. g. el Fisco, ó el Juez de oficio; pues en este caso no se suspende la principal causa civil, ni tampoco la criminal, si tambien es principal. La razon legal es, porque lo que unos hacen, no perjudica, ni debe dañar á otros (3). En septimo lugar se limita en las causas civiles de posesion, aunque el crimen se oponga por vía de excepcion, porque el posesorio es sumario, y la criminalidad exige mayor conocimiento de causa (4).

91 Finalmente se limita lo expuesto quando la principal causa civil se puso ante el superior, y la criminal ante el inferior, ó ambas ante dos Jueces iguales en jurisdiccion, porque el igual no puede inhibir á otro igual por falta de dominio sobre él (5), y mucho ménos el inferior al superior (6). Pero el Juez de la causa criminal puede inhibir al litigante de la civil, prohibiendole que la prosiga hasta que aquella se difina. Sobre todo esto vease á *Carlev.* (7).

92 Pero si el actor propone su accion, y el reo su acusacion, no principalmente acriminandole, sino por incidencia, ó via de excepcion para elidir su accion, v. gr. pide el actor la herencia, ó la cosa donada en virtud de testamento ó donacion, y el reo para enervar esta pretension, excepciona la falsedad de estos do-

(1) Marant. part. 6. act. duodecim. de Processus. public. n. 3. (2) Rimin. Senior lib. 3. cons. 569. Farin. de Falsit. q. 69. p. 1. n. 22. (3) Ley 63. ff. de Re judicat. (4) Ley 1. Cod de Apell. (5) Ley Ille, à quò 13. § Tempestivum, ff. ad Trebell. cap. Innotuit, 20. de Election. (6) Ley Minor. autem 18. al princip. ff. de Minorib. cap. Cum inferior 16. de Mayorit. & obed. (7) De Judic. tit. 2. disp. 6. n. 16 al 43. Farin. Prax. crim. quæst. 100. tom. y cap. 3. n. 123. hasta el fin, y á los que citan.

cumentos ; en este caso no se suspende la causa civil , ántes bien se debe proceder en ella , examinar en su progreso esta excepcion como peremptoria , y determinarla en la sentencia segun el mérito justificado (1).

93 Si ambas acciones , ó causas de actor y reo fueren criminales , pero la segunda mayor que la primera , se ha de sobreseer en ésta , y ventilarse y resolverse aquella , y hasta que esté decidida no se ha de tratar de la primera , por razon de la mayoría (2) , pues quando un delito es mayor , hace que se suspenda el conocimiento del menor hasta su decision.

94 Pero si la acusacion ó reconvencion fuese de injuria hecha á las partes mismas ó á sus parientes , entónces se ha de conocer de ambas acciones, segun lo ordena la ley 4. tit.10. Part.3. en su segunda parte: *Mas si las demandas* , dice , *que face la una parte ó la otra , fueren de acusamiento en que haya pena de cuerpo, ó de haber ; la que fuere mayor debe primero ser oida , é librada ante que comienzen la menor á oirla. Fueras ende si el que face la menor , acusase á la otra parte en razon de mal , ó de tuerto que fuese fecho á él , ó á los suyos : cá estonce deben ser tales acusamientos oidos , é librados en uno.*

95 Si dos actores proponen contra un reo dos acusaciones ante uno , ó mas Jueces , el uno por delito grave , y el otro por leve , se ha de tratar primero de éste que de aquel ; (3) y la razon es , porque si se tratase primero del delito mayor , sucedería que el acusador del menor se quedaría sin la condigna satisfaccion de su injuria , y el reo sin el castigo á ella competente , y se procedería contra lo que ordena la ley 2. *ff. de Privat. delict.* ibi : *Numquam plura delicta concurrentia faciunt , ut illius impunitas detur, neque enim delictum ob aliud delictum minuit pœnam.*

96 En las demandas se acostumbra poner esta clausula : *Sobre lo qual le pongo formalmente la demanda mas arreglada , y conforme á derecho , con protesta de ampliarla , corregirla , suplirla , y moderarla siempre , y quando á mi parte convenga , y con las demás que la sean utiles en Justicia que pido , &c.* cuya clausula es muy util para los efectos que menciona ; pero se advierte

(1) Ley 3. Cod. de Ordin judicior. (2) Ley ult. Cod. de Ordin. judicior. ibi: *Quod utpote majus merito minori prefertur* : ley Per minorem 54. ff. de Jud. ibi. *Major enim quæstio minorem causam ad se trahit.* y ley 1. Cod. Qui accus. non poss. (3) Ley Si cui 7. §. Cum sacril. ff. de Accus. Carl. tit.2.disp.6. n.12.

al actor que sin embargo de ella, una vez contestado el pleito no puede apartarse de él, añadir, ni enmendar la demanda en cosa substancial, de modo que mude la accion á otra diversa, pues para ello es precisa nueva instancia, ó interpelacion (1), porque quasi contrae con el reo, y sin su consentimiento no se les permite. (2).

97 Mas si la mutacion ó enmienda es de aquellas para las que no solo no necesita el reo usar de nuevas excepciones y defensas, sino que ántes bien se dirigen á declarar la accion, ó á moderarla, ó ampliarla, ó la cantidad pretendida en ella; por las mismas causas y razones, pueden en virtud de dicha clausula, y no sin ella, asi el demandante, como su heredero, ó cesonario hacerlo en la respuesta, ó réplica al pedimento de contestacion del reo (3); y el Juez debe sentenciar atendida la verdad, sin pararse en las sutilezas de derecho (4) (*a*). Tambien lo pueden ha-

(1) Sr Olea de Cesion tit. 6. quæst. 9. n. 28. Sr Salg. de Reg. part. 4. cap. 8. n. 22 Parej. de Edition. tit. 6. resolut. 5 n 45. Fontanel decis. 127. Salced. in Theatr. honor. glos. 17. (2) Ley Ubi autem 31. ff. de Judic. Authent. Qui semel. Cod. Quomodo, & quando judex, ley Si quis rem 30. ff. de Recept. arbitr. y ley Si Prætor 75. ff. de Judic. (3) Matienz. en la ley 1. tit. 11. lib. 5. Rec. glos. 5. n. 4 Cancer. part. 3. Var. cap. 10. n 29. Leon decis. 42. y 198. Font. decision. 128. Barb. in cap. 1. de Libell oblation. Sesè tom. 3. decis. 257. (4) Ley 12. tit. 16. lib. 11. Nov. Rec.

(*a*) Don Josef Marcos Gutierrez, mal hallado siempre con el Derecho Romano, dice que las sutilezas ó formalidades de que habla nuestra ley de la Rec. son unicamente las prescriptas por éste, y para que los lectores acaso no se dexen preocupar de esta idea, y vean quales son los motivos de equidad y de justicia que tuvieron muy presentes los S. ñores Reyes Catolicos en su ordenamiento de Alcalá, copiaremos aquí las palabras mismas de la ley. »Establecemos asi en los pleitos civiles como criminales, asi en primera instancia como en segunda ó tercera, que si la demanda ó acusacion paresciere asentada en el proceso, aunque no sea dada por la parte en escrito, ó faltare en la demanda el pedimento, ó alguna de las cosas que en la demanda deben ser puestas segun la sutileza del Derecho, ó que no se haya fecho juramento de calumnia, estando pedido por la parte una vez solamente, o que la sentencia no fué leida por el Alcalde, ó que desfallecen las otras solemnidades y substancias de la orden de los juicios que los Derechos mandan, ó alguna de ellas; conteniendose todavia en la demanda la cosa que el demandador entendió demandar, ó el acusador pedir, seyendo hallada y probada la verdad del fecho por el proceso en qualquier de las instancias que se viere, sobre que se pueda dar cierta sentencia, que los Jueces que conosciere de los pleitos y los hobieren de librar, los determinen y juzguen segun la verdad que hallaren probada en los tales pleitos, y las sentencias que en ellos dieren por las razones dichas, no dexen de ser valederas» Esta ley, segun se reconoce, habla tambien de las for-

cer despues en el alegato de bien probado por lo justificado en la prueba con citacion contraria, y esto es corriente, y lo he visto practicar, y practiqué en pleitos que seguí en esta Corte, porque esto no muda la accion.

98 Si dos demandan á uno por una misma cosa, ó por mas, está obligado el demandado á responder al que primero le demandó, y despues al otro; y aunque el primero le venza en juicio, no debe entregarle la cosa demandada, á ménos que le dé caucion y seguridad de que le defenderá del otro demandante. Si ambos ocurrieren á un tiempo á poner su demanda, puede elegir el Juez al que entienda tener mejor derecho, y mandar al reo que le conteste, y despues al otro. Pero si la demanda fuere sobre deuda, ó contrato celebrado con ambos en diversos tiempos, debe responder á aquel con quien primero contrajo (1).

99 Si ocurre duda en las palabras de la demanda ántes de contestarla el reo, se deben entender segun el demandante las entiende, y no de otra suerte. Así lo dice la ley 3. tit. 33 Part. 7. ibi: *Acáesciendo dubda sobre las palabras que el demandador oviese puesto en su demanda en el tiempo que comienza el pleito con el demandado, deben ser entendidas aquellas palabras, así como el demandador las entiende, é non de otra guisa.* Lo que se practica, es, que si la demanda está obscura, pide el reo se mande al actor que la aclare, y se defiere á ello, y hasta que la aclara no la contesta, ni corre el término de contestarla.

100 En todas las demandas se ponen regularmente las siete clausulas siguientes: 1. ante *V. m. como mas haya lugar, ó mejor proceda en Derecho, parezco, y digo*: 2. *pongo demanda á Fulano sobre tal cosa*: 3. *y aunque varias veces le requerí extrajudicialmen-*

mulas y solemnidades establecidas por nuestro derecho patrio, que quiere se observen puntualmente como medios que ha creido indispensables para que las partes demanden y prueben su justicia; pero habiendo visto el abuso que hacian muchos Jueces de estas disposiciones saludables, alargando los pleitos ó anulando las sentencias por la falta de qualquiera de ellas, aun quando resultase plenamente probada la verdad del proceso, estableció, que si alguna vez se omitian por ignorancia ó qualquier otro motivo que no fuese de pura malicia (así debe entenderse esta ley) los Jueces sin embargo librasen las causas siempre que pudiesen dar cierta sentencia, sabida y probada la verdad, todo con el fin de evitar á las partes el perjuicio que se les causa con la dilacion.

(1) Ley 6. tit. 10. Part. 3. ley Is, à quo, ff. de Reivindicat. y ley penult. ff. de Petition. hæred.

te me pagase, ó hiciese tal cosa, no lo pude conseguir: 4. *A V. m. suplico me sirva condenar á dicho Fulano á que me dé, ó pague tal cosa*, ó lo que sea: 5. *pues asi es justicia que pido*: 6. *á cuyo fin imploro el noble oficio de V. m.*: 7. *Y juro lo necesario.*

101 Estas clausulas generales son muy útiles, aunque no todas necesarias, porque una ley recopilada (1) manda que valga el juicio, no obstante que falten las solemnidades legales, á ménos que las partes, declarandolas especificamente, pidan que se observen. La primera es necesaria, porque si se pretenden dos remedios, uno cierto, y otro incierto, ó se duda (como algunas veces sucede) del competente; ó el libelo es inepto, ó dudoso, vale en la forma que por Derecho puede, y se ha de interpretar y declarar del modo que sea mas util al actor (2). La segunda es precisa, ya sea al principio, ó fin del libelo, porque en éste se deben expresar los nombres del actor, reo, y la cosa que se pretende, y no siendo así, puede el Juez repelerle (3). Lo mismo puede hacer teniendo palabras superfluas, y citas de leyes, y AA. porque está prohibido esto á los Abogados pena de 600. maravedís (4); bien que se puede contar el hecho en el ingreso del pedimento, y en la conclusion pretender la condenacion, y sobre ello poner la demanda. La tercera puede aprovechar para condenar al reo en las costas causadas ántes de la citacion primera en muchos casos, probando el actor haberle requerido, é interpelado extrajudicialmente; pero por sola esta razon no se le condena en ellas. La quarta es necesaria (como que es la conclusion, y deduccion de la accion, y derecho del actor) para que si éste no prueba todo lo que sienta en su libelo, profiera el Juez la sentencia sobre lo justificado, pues puede hacerlo, y absolver al reo en lo demás, y valdrá (5); pero no le relevará de hacer prueba. Tambien es muy conveniente para que la sentencia se arregle á la conclusion, en caso que en ella pretenda una cosa, y en el principio de la demanda refiera otra. La quinta, no solo es util, sino necesaria, y substancial, porque suple muchos de-

(1) Ley 12. tit. 16. lib. 11. Nov. Rec. (2) Jason in §. Omnium, n. 150. de Action. Butr. in cap. Examinata, de Judic. Doctor. in cap. Significantibus, de Libelli oblation. (3) Ley 40 tit. 2. Part. 3. ley inter litigantes. ff. de Judic. ley Ampliorem, §. In refutatoriis, Cod. de Appellat. y cap. Forus, de Verbor. signific. (4) Ley 1. tit. 14. lib. 11 Nov. Rec. (5) Ley 43. tit. 2. y 1. tit. 14. Partid. 3. y §. Sed hæc quidem. Institut. de Action.

fectos de la demanda, y asi no debe omitirse (1); pues por el hecho de *pedir justicia*, es visto que el que la pide, quiere arreglarse, y conformarse en todo con lo que dispone el Derecho. La sexta se pone porque el oficio del Juez como noble, y mercenario, si se implora, sucede en lugar de accion, y sirve á la propuesta; y para mandar pagar las costas, y otras cosas accesorias (2), pero no implorandose, no podrá surtir efecto, porque no debe interponer de oficio su autoridad á la utilidad privada (3). Y la septima es necesaria en las causas civiles arduas, y en las acusaciones, restituciones de menores, oposiciones á las executiones, y en otros casos semejantes (4). Si se omite, y el contrario opone este defecto, no valdrá el juicio (5), pues con el juramento se excluye la presuncion de que la demanda es maliciosa.(*a*)

102 El juramento que se hace en las demandas y sus contestaciones, se llama de *calumnia*, *ó credulidad*; y para que el principiante se instruya de los que se hacen en los pleitos, y de sus nombres y efectos, los explicaré con la claridad posible. El juramento es *invocacion tácita*, *ó expresa del nombre de Dios*, *como verdad primera é infalible* (6). Debe contener tres cosas del todo esenciales, verdad, juicio y justicia; y es de tres maneras: *asertorio*, *promisorio*, *y confirmatorio*. Se llama, y es *asertorio* aquel con el qual se afirma, ó niega simplemente alguna cosa, sin intervenir promesa. *Promisorio* es el que se hace para confirmacion, y observancia de algun pacto ó promesa. Y *confirmatorio* el que se interpone para corroborar, ó dar vigor á algun

(1) Cap. 2. de Ordin. cognition. Jason. in dict. §. Omnium, n. 147 Socin. in leg. Certi conditio, §. Si numos, ff. Si cert. petat. (2) Glos. in cap. Præterea, verb. Satisfieri, Instituit. de Action ley Quod si minor, § Restitutio, ff. de Minorib. ley Quintus, ff. de Adimend.legat. ley Qui restituere, ff. de Reivind. ley Qui per collussionem, §. fin.ff.de Action. empti. ley 4. Cod Depositi, y ley Cum fundus, ff. Si certum petat. (3) Ley 4. §. Hoc autem judicium 8. ff. de Damn. infect. (4) Ley 23. tit.11. Part. 3. ley 1. tit 10. lib.11. Nov.Rec. ley 2. §. Sed quia veremur, Cod de Jurejur. propter calumn. y cap. fin. de Juram. calumn. (5) Ley de Pupilo, §. Qui opus, & ibi Bart.column. fin. ff. de Novi oper. nuntiation. ley 9. tit.17. lib.4. Nov. Rec. y cap. 1. de Juram calumn. in 6. §. 1.

(*a*) Ya se ha dicho que estas fórmulas y solemnidades no son de absoluta esencia del juicio, pero sin embargo deben ponerse para observar la ritualidad estabecida, y porque realmente comprenden cosas necesarias; bien que si se omitiesen, el Juez debe suplirlas, y proceder atendida la verdad.

(6) Ley 1. tit.11. Part.3. cap. Et si Christus, de Jurejurand Matth. cap 5. Div. Tom.2.2 q.89. & in tertia sententia, dist.39. Scotus in 3. dist.39. q.unic.

contrato, ó acto lícito, que no se opone al Derecho natural y buenas costumbres, ni á la utilidad pública, ni cede en perjuicio de tercero, ni en dispendio de la salud eterna, porque si contiene alguna cosa de éstas, no se corrobora con el juramento. (1) Omito explicar otras especies de juramentos, á saber: *simple*, *solemne*, *contestativo*, *comminatorio*, *y execrativo*, *ó execratorio*, de las quatro maneras de hacerlo, que son mentalmente, con señales, palabras, y hechos, y otras cosas, por ser todas concernientes á la Teología Moral, y paso á tratar del juramento asertorio, que se hace en juicio, que es la materia de mi asunto.

103 El juramento asertorio judicial es de tres clases, de *calumnia*, de *malicia*, y de *decir verdad*. El de *calumnia ó credulidad* es el que deben hacer actor y reo al principio del pleito, ó despues en todas las causas civiles, criminales, mixtas, eclesiasticas y profanas, ya sea en primera ó segunda instancia, y se proceda sumariamente, y de plano sin estrépito, ni figura de juicio, ó plenariamente, observando el orden y solemnidades legales. En las civiles afirma el actor que mueve el pleito, porque cree tiene justicia, y que asi lo proseguirá de buena fé, sin diferirlo, ni cometer fraude, molestar, ni calumniar al reo; y en las criminales, que no le acusa, ni intenta acriminar falsamente. Y el reo, que las excepciones de que usa, y defensas que hace, son en los mismos términos, y que de ellas usará igualmente en el discurso del pleito.

104 Ha de mandar el Juez hacer este juramento á ambos litigantes despues de contestado el pleito, siempre que lo pidan uno al otro expresamente, por ser de substancia del juicio en este caso (2). Pero si uno lo pide dos veces al otro, y no quiere hacerlo, habiendoselo mandado el Juez, y éste sentencia sin embargo la causa; á mas de ser nulo el proceso, debe ser condenado en costas el mismo Juez. Lo propio milita en otras cosas de substancia del juicio, quando la parte declarandolas, pide que la otra las guarde, y no quiere aunque se le mande (3).

(1) Authent. Sacrament. puber. Cod. Si adversus vendition. cap. Cum contingat, de Jurejur. cap. Quamvis pactum, de Pact. in 6. cap. Si diligenti, de Foro compet. cap. Non est obligationum, de Reg. jur. in 6. y ley Jus publicum, ff. de Pact. (2) Ley fin. tit. 10. y ley 23. tit. 11. Part. 3. ley 2. Cod. de Jurejurand. propter calumn. y ley 1. § 1. ff. ad Senatus consult. Turpilian. cap. Sæpè, de Verb. signif. cap. 1. §. 1. y cap. Cæterum, de Juram. calumn. lib. 6. (3) Ley 10. al fin. tit. 21. lib. 11. Nov. Rec.

105 Si no lo piden, no se anula por su defecto el proceso; y así rara vez se pide ni hace con la especialidad referida, estimandose hecho con aquellas palabras: *Juro lo necesario &c.* que se ponen al final de los pedimentos, por lo que se confunde con el de *malicia*, y los Letrados usan de éste en lugar de aquel; pero á la verdad ambos debieran omitirse, sin embargo de haberse introducido por la utilidad pública, y para que los litigantes no ocultasen la verdad, pues parece que mas juran cometer calumnia, y proceder de malicia, que evitarlas, y de esta suerte no habria tantos perjuros, de que ningun caso se hace.

106 Deben hacer los litigantes este juramento, particularmente sobre cinco cosas. 1.ª, que creen tener justicia ó buena causa. 2.ª, que quantas veces sean preguntados, dirán ingenua y sencillamente la verdad. 3.ª, que no han prometido ni prometerán, ni han dado ni darán ninguna cosa al Juez ni al Escribano del pleito, fuera de lo que es costumbre por razon de su trabajo. 4.ª, que no usarán de falsas pruebas, ni excepciones fraudulentas. 5.ª, que no pedirán dilaciones maliciosas en perjuicio del colitigante (1).

107 Tambien pueden hacer este juramento los Apoderados, Procuradores, y defensores de los litigantes en su ánima, y en las de éstos, con tal que para hacerlo tengan su poder especial, y no de otra suerte, ya sean Procuradores de persona particular, ó de Concejo, Villa, Ciudad, Obispo, Prelado, Convento, ó Maestre de alguna Orden, si ellos principiaron el pleito, pues si no, deben hacerlo sus principales. Lo mismo procede para con los tutores de menores, y administradores de Iglesias, Hospitales, Universidades, y para con otras personas que con legítima autoridad administran bienes agenos, quando tubieren que demandar, ó contestar en juicio por ellos. Pero si el menor es de clara discrecion, está cerciorado del negocio sobre que se sufre el pleito, y principió éste con otorgamiento de su tutor ó curador, debe hacer por sí mismo el juramento (2).

108 El juramento de *malicia* (que se acostumbra poner en las demandas, sus contestaciones, y en otros pedimentos que se dán en el discurso del pleito) es el que se hace, no sobre toda

(1) Ley 23. tit. 11. Part. 3. (2) Ley 24. tit. 11. Part 3. ley 2. §. Quod observari, Cod. de Jurejur. propter calumn. y cap. final de Procurator. in 6. Sr. Greg. Lop. en dicha ley 23. glos. 9.

la causa, sino sobre algunos articulos, ó excepciones antes ó despues de contestada la demanda, y siempre que se presume que el colitigante propone maliciosamente la excepcion, ó pide la dilacion (1).

109 Se diferencian estos dos juramentos: lo 1.°, en que el de malicia se puede pedir antes, y despues de contestado el pleito, y el de calumnia solo despues. Lo 2.°, en que el de malicia se puede pedir tantas quantas veces se presume que el colitigante porpone maliciosamente alguna excepcion, ó pide la dilacion, y el de calumnia solo una vez se debe pedir, y hacer por una persona en una instancia, y sobre toda ella. Y lo 3°., en que éste se pide, y hace sobre toda la causa ó negocio que se controvierte, y aquel sobre excepciones ó articulos particulares, ó sobre dilaciones (2).

110 El juramento de *decir verdad* es el que hacen en juicio, no solo los litigantes quando juran *posiciones*, ó antes de la contestacion en los casos prescriptos por Derecho, sino los testigos, y peritos que declaran en él. Los testigos juran sobre lo que saben, y no sobre lo que creen, á diferencia del juramento de *calumnia* que es al contrario, porque recae sobre la credulidad, y no sobre la ciencia de lo que se pregunta; por cuya razon el que jura decir verdad, no está obligado, ni debe responder, ni afirmar sino lo que real y verdaderamente vió, oyó, conoció, y percibió por los sentidos, y por lo mismo los testigos deben expresar el motivo por qué saben lo que deponen, si es por haberlo visto ú oido, quándo, á quién, cómo, y en dónde, con toda individualidad: no declarando de esta forma siendo preguntados, no hacen fé, ni prueban sus deposiciones, por consistir, y afianzarse la virtud de éstas en la razon que dán de su dicho (3). Los peritos deben declarar por lo que ven, entienden, y observan en la materia litigiosa que reconocen, y están obligados á decir verdad con expresion del motivo por qué lo afirman segun las reglas de su arte;

(1) Ley 23. tit. 11. Part. 3 verb. La quinta: Sr. Greg. Lop. en ella. glos. 7. arg. cap. Pastoralis 4. de Exception. y cap. Ultra tertiam 55. de Testib. (2) Authent. De iis, qui ingrediuntur ad appelland. §. final collat. 5. Authent. In isto jurament. Cod. de Jurejur. propter calumn. y Authent. Hoc Sacramentum, Cod. de Juram. calumn. cap. Etsi Christus 26. de Jurejur. cap. 2. de Probation. y cap. In appellationis causa, de Juram. calumn. in 6. §. In omnibus autem causas (3) Cap. Testes 15. causa 3. q. 9. y leyes 26. 28. y 29. tit. 16. Part. 3.

bien que el juramento de estos es propiamente de credulidad.

111 Se divide el juramento asertorio judicial en *decisorio litis, y decisorio in litem.* El primero es aquel por el qual se decide la controversia, y negocio principal, y es de tres maneras: *voluntario* ó convencional; *necesario* ó supletorio; *y judicial.* El voluntario es el que defiere una parte á la otra despues de principiado el juicio, para no proseguir la contienda, sin que lo presencie el Juez; y se le dá este nombre porque está en la voluntad de aquella en quien se defiere el hacerlo ó no, ó pedir que la otra lo haga, pues si no quiere no está obligada á ello. Pero si entre las dos se pacta que lo ha de hacer no puede escusarse, ántes bien seria obligado á hacer una de dos cosas; ó jurar, ó pagar, ó quitarse de aquella cosa sobre que era la contienda, sobre lo qual el actor y el reo tienen su accion y excepcion respectivamente, y lo mismo sus fiadores (1).

112 El juramento *necesario* es el que el Juez de oficio, ó á pedimento de uno de los contendores manda hacer al otro, á lo que no puede escusarse sin legitima causa aquel á quien se pide, y manda, ni pretender que el que lo pide lo haga. Si se resiste, se le debe dar por convicto, del mismo modo que si su contrario hubiera probado plenamente su intencion. Á este juramento llaman tambien *supletorio*, porque suple la falta de prueba, y se defiere por necesidad de la bastante: asi solo se manda hacer quando el pleito está dudoso, por no haber justificado plenamente su accion y excepcion los litigantes, v. g. quando los testigos dicen que han visto á Pedro prestar á Juan cierta suma, pero no se acuerdan quánta fué, en cuyo caso se defiere su importe en el juramento del actor (2); y lo mismo sucede en otros casos semejantes. Este juramento se puede mandar hacer aunque sea despues de la conclusion, con tal que ántes se haya pedido (3); pero no deferirlo el Procurador en el contrario de su parte, ó colitigante, á ménos que para ello tenga poder especial, ó general, con libre y franca administracion en causa dudosa, y no líquida; ó que sea constituido Procurador actor en su misma causa, y fuera de estos casos ni aprovecha al que jura, ni daña al otro colitigan-

(1) Ley 2. y 8. tit. 11. Part. 3. ley 8. Cod. de Rebus credit. y leyes 1.2. 3.6.7.8.9.13.17. y 28 ff. hoc tit. (2) Cap. Ex litteris, de Jurejur. Parlador. lib.2. cap. 18. (3) Ley Admonendi 31. ff. y ley Generaliter, Cod. hoc tit. y dicha ley 2. tit. 11. Part. 3. cap. Sicut.2. de Probat. y cap. fin. hoc tit Marant Specul. aur. part.6. act. 9. tit. de Jurament. & quando defertur, n. 2. y 3.

te (1). El tutor carece de facultad para deferir en el contrario de su Pupilo este Juramento, excepto en el caso de que por pruebas legitimas no pueda justificar su derecho (2).

113 Finalmente el juramento *judicial* (que se llama asi por el lugar en que se hace) es el que á presencia, y con aprobacion del Juez defiere el actor al reo, ó éste á aquel. Este juramento es tambien voluntario, y no necesario, porque está en la libre voluntad de aquel á quien se pide, el hacerlo, ó pretender que el otro lo haga; pero no debe escusarse á una de las dos cosas, y si se escusa, se le tiene por confeso, y cae de su derecho, porque manifiesta con su resistencia la injusticia de su pretension; lo qual se entiende, no teniendo causa justa para resistirlo, v. g. si es preguntado de un hecho, que ignora: si probó plenamente su intencion: ó si la accion propuesta por el actor es tal que el reo no puede ser reconvenido; en cuyos casos ninguno está obligado á jurar ni puede pretender que jure el que pide el juramento (3).

114 Para el juramento *litis decisorio voluntario* bastan en el que lo hace, las cosas que para jurar qualquier pacto, ó transaccion, de suerte que no tenga prohibicion legal de hacerlo (4). Para el judicial se requiere á mas de esto que lo apruebe el Juez con previo conocimiento de causa (5).

115 Pero para el *necesario ó supletorio* son necesarias copulativamente cinco cosas: la 1.ª, que la parte no tenga prohibicion de jurar, ni de pedir el juramento, y que el negocio esté dudoso; bien que justificando el actor su accion, no hay lugar al juramento, y el reo debe ser condenado (6). La 2.ª, que la causa esté semiprobada por un testigo fidedigno de toda excepcion, que dé razon de su dicho, ó por otro médio legal, y verosimil, pues si nada prueba el actor, debe ser absuelto el reo, aunque nada haya justificado, y no hay para que hacer el juramento, porque éste sirve unicamente de semiplena proban-

(1) Ley 4. tit. 5. Part. 3. ley Præses, Cod. de Transact. y ley 2. tit. 9. lib 11. Nov. Rec. (2) Ley Tutor 35. ff. de Jurejur. Montan. de Tutore, cap. 33. n. 392. (3) Ley 2. tit. 11 Part. 3. ley Delata 9. Cod. de Rebus credit. ley Jusjurandum 24. §. Ait Prætor. 6. ley Manifeste 38. ff. hoc tit. y ley Marcellus 11. §. 1. ff. de Action. rerum amotar cap. fin. hoc tit. vers. Quamvis, y cap. 2. de Probation. (4) Leyes 2. y 34. ff. de Jurejur. (5) Ley 2. tit. 11. Part. 3. ley In bonæ fidei: y ley Generaliter, §. Sed juramentum, ff. de Reb. credit. (6) Cap. Sicut 2. de Probation. y ley 3. tit. 11. Part. 3. Cap. 2. dicho, y cap. In præsenti 8. eod. tit.

za (1). La 3.ª, que la parte en quien se defiere, no sea vil, ni sospechosa de perjuro, sino legal, fidedigna, y que tenga ciencia veridica de la causa, y cosa por los sentidos al modo que el testigo, la qual se equipara en este caso, por lo que no se suele deferir en el heredero (2); y que para la declaracion esté presente, ó sea citada la parte contraria (3). La 4.ª, que la causa civil sea de corta entidad, pues en las de consideracion no se defiere, sino que sea sobre algun incidente, ó que haya vehementes presunciones que patrocinen al actor: quál se llame ó no causa de consideracion se dexa al arbitrio del Juez. Tampoco se defiere en las causas criminales, excepto al reo para purgar su inocencia (por lo que en éstas se llama juramento *de purgacion* de los indicios que resultan contra él, por los quales no puede ser condenado en difinitiva, y por eso el Juez le hace que jure si cometió el delito) y para guaduarse de grande ó pequeña la causa, se mira á la condicion de las personas. Y la 5.ª, que la probanza semiplena de una parte no se elida y desvanezca por la de la otra. Faltando alguna de estas cosas no há lugar á la delacion (4).

116 El juramento *in litem* (que es propiamente de decir verdad) es aquel, en el qual por falta de prueba defiere el Juez, pues la parte no puede deferirlo, la estimacion, y valor de la cosa que se disputa en el juicio, ó el daño que á su dueño causó su contrario por dolo, y no lata culpa, (excepto contra el tutor, pues basta ésta) engaño, ú otro motivo justificado; cuyo juramento debe hacer el actor ó dueño de la cosa litigiosa, y no el reo, y por el pupilo su tutor ó curador *ad bona*, bien que si llegó á la pubertad, ha de hacerlo por si propio (5):

117 Para que se defiera á este juramento se requieren seis circunstuncias: la 1.ª dolo del contrario: la 2.ª dificultad de probanza á mas de dolo: la 3.ª que el que hace el juramento, esté cierto de que es verdad lo que jura, y ninguna presuncion tenga contra sí: la 4.ª que el Juez defiera á él, y se cite al colitigante para hacerlo: la 5.ª que se haga despues de la contestacion, y an-

(1) Ley Qui accusare, Cod. de Edendo, y cap. Cum Ecclesia. fin. de Causa possion. (2) Arg. cap. Testes, caus. 35. q 9. y ley Testium, Cod. de Testib. glos. in leg. Bonæ fidei, verb. Decidi, ff de Reb. credit. (3) Sr. Greg. Lop en la ley 2. tit. 11. Part. 3. glos. 7. (4) Marant. dicha part. 6. act. 9. ex n. 2. al 23. y n. 28. Parlador. lib. 2 cap. 18. n. fin. (5) Ley 5. tit. 11. Part. 3. y ley Videamus 4. §. Deferre, ff. de In litem jurand.

tes de la conclusion de la causa: y la 6.ª que el que lo hace, tenga capacidad para hacerlo, y edad, (pues el menor, el loco, el siervo, el pródigo, y desmemoriado no pueden pedirlo, ni hacerlo, y por ellos lo deben hacer sus tutores, bien que si el contrario les pidiese el juramento, y lo hiciesen á su favor, se debe estar á él, ya sea ó no verdadero; mas no, siendo contra sí, sin que por no ser verdadero se les pueda sindicar de perjuros, y en otros términos no há lugar (1).

118 Debe recaer este juramento sobre una de tres cosas, á saber: *Aficion, interés singular, y verdadera estimacion: ó interés comun.* Sobre aficion v. g. por la que el dueño tiene á la alhaja, pues puede jurar no solo sobre lo que valia intrinsecamente, sino en su estimacion y aprecio, y sobre el daño que el reo le causó por el dolo de habersela substraido, ó hecho perder, aunque exceda al justo valor que tenia. Pero para que se estime este juramento, es menester que concurran copulativamente tres circunstancias: la 1.ª que el reo haya sido condenado por el dolo cometido, y no quiera sin embargo restituir la alhaja: la 2.ª que la aficion sea á ésta, v. g. á un libro, ú otra, y no al dinero, porque éste se paga con otro de igual especie: y la 3.ª que su dueño proceda de buena fé, y la regulacion que haga, no sea absolutamente arbitraria, sino justa y exacta, pues ha de hacerla ante el Juez, y luego mandarle que jure sobre aquella cantidad cierta en que la estima, como lo ordena la ley 5. tit. 11 Part. 3. ibi: *E quando todas estas cosas oviere catadas, debe el juzgador asmar, é apreciar aquellas cosas, ó el daño que oviese venido á la parte por algunas de las razones que de suso diximos, é poner cierta quantía fasta quanto jure, é la parte debe jurar que por tanto non queria haber menos aquella cosa que demandaba, ó que aprecia tanto el daño que recibió por razon de aquel tuerto, ó de aquel engaño, quanto el juzgador asmó*, lo qual ignoran muchos, y por no haber visto la ley, hacen lo contrario. Tengase presente que el tutor puede hacer este juramento por su Pupilo si quisiere, y no de otra suerte (2).

119 Recae el juramento sobre *interés singular*, quando por no haber pagado el reo al actor lo que le debia al plazo estipu-

(1) Leyes 3 5.6. y 7. tit. 11. Part 3. Guerreir. de Inventar. lib. 4. cap. 1. n 72. Gutier. de Tutel. part. 2. cap. 1. n. 27. y 28. y cap. 2. Mascl conci. 441. n. 13.
(2) Ley Videamus, ff. Si in litem jurand. y Paul. de Castr.

lado, fué condenado éste á instancia de un acreedor suyo en alguna pena pecuniaria, ó se le vendieron sus bienes, pues el actor puede jurar sobre el interés singular, y perjuicio que le ocasionó la morosidad del reo. Y finalmente recae sobre *verdadera estimacion*, quando por dolo del reo pierde el actor alguna alhaja, pues puede jurar quanto valia justamente, y el reo debe ser condenado á la paga de su valor (1).

120 Resistiendose el tutor acabada la tutela, á dar cuenta de ésta al menor, que ya es mayor, ó á quien su poder tenga; ó á entregarle el inventario de sus bienes, y éstos con sus titulos, puede el menor hacer contra él el juramento *in litem*, así de *aficion* como de *interés singular*. Lo propio puede hacer, si prueba que por su culpa, aunque no interviniese dolo, se le menoscabaron algunos de sus bienes, lo qual es especial en el tutor; pero contra sus herederos no há lugar el juramento referido, y asi solo averiguando el Juez el valor de los bienes, y sus frutos, los debe condenar á la entrega de su importe, haciendo primero la regulacion, y que jure luego el menor que valían la cantidad en que los estimó, y no de otra suerte en ambos casos. Pero sin embargo, quando por engaño ó culpa de los herederos se le menoscabaron sus bienes, puede jurar contra ellos del propio modo que contra el tutor (2). Lo mismo puede practicar, quando éste contestó la demanda ántes de morir (3).

121 Todo juicio ó pleito civil ordinario se debe principiar por demanda, y contestacion, y no por declaracion jurada del demandado, excepto que el demandante, si omite esta diligencia, no pueda ir adelante, ó proseguirlo, pues en este caso puede hacerle las preguntas concernientes á entablar su demanda, como lo expresa la ley 1. tit. 10. Part. 3. al principio, ibi: *ciertas preguntas son las que puede facer el demandador sobre la cosa que quiere facer su demanda, ante que el pleito se comienze. É son de tal natura, que si el demandador no las ficiese en aquel tiempo, é otrosi el demandado no respondiese á ellas, que non podrian despues ir adelante por el pleito ciertamente*; y la tercera siguiente, que dice: *Comenzamiento, é raiz de todo pleito sobre que debe ser dado juicio*,

(1) Ley 5. tit. 11. Part. 3. Marant. ibi, n. 27. (2) Ley 6. tit. 11. Part. 3. ley Alio, Cod. de In litem jurand y leyes tutor 8. ff. eod. tit y tutor, qui, ff. de Administrat. tutor. (3) Ley penult. Cod. de In litem jurand.

es quando entran en él por demanda, é por respuesta delante del juzgador. Asi pues se admiten al actor las preguntas concernientes al pleito, y el Juez manda que el reo las absuelva ántes de poner la demanda, como repetidas veces lo he visto, por ser convenientes para fundarla.

122 Si se quiere demandar á alguno como heredero de otro, puede preguntarsele si lo es, ó no, y en qué parte de herencia. Al padre por el peculio de su hijo, si éste lo tiene, ó no. Si duda de la edad del reo, se le pregunta si tiene ó no 25. años, para en caso de no tenerlos pedir que ántes de pasar adelante; se le provea de curador *ad litem*, con quien se substancie el juicio, ya sea civil ó criminal, y asi otras preguntas semejantes segun la naturaleza de la demanda, á las quales debe responder clara, abierta y categoricamente (1).

123 Pero ni el actor ni el reo están obligados á responder, quando las preguntas son impertinentes á la causa, ó sobre puntos de derecho; ó quando gozan de fuero y no es del suyo el Juez que de ella conoce; ó sobre los derechos del actor; ó quando no son preguntados por via *de posicion*, sino *de interrogacion* sobre el negocio principal; ó en su hecho propio se les pregunta del ageno, ya sea civil ó criminal; ó de lo que consiste en su mero ánimo no declarado con hechos, ni palabras; ó si tratando de reivindicacion, se les pregunta si poseen la alhaja con buena ó mala fé; y en otros casos semejantes (2).

124 Tampoco debe principiarse por seqüestro, ó embargo de bienes ni por intervencion, que en el efecto viene á ser lo mismo, sino en los seis casos de la ley (3), que son: el I.° por convenio de ambas partes: El II.° quando la cosa litigiosa es mueble, y el que la tiene sospechoso, y se presume que haga fuga, ó la deteriore, ó si son frutos de alhaja raiz, que los consuma. En estos casos queda al arbitrio del Juez decidir de la sospecha, precedida informacion sumaria, ú otra justificacion y conocimiento de causa. El III.° quando el condenado difinitivamente á entregar la alhaja, apela de la sentencia, y su contrario recela de fuga. El IV.° quando el marido disipa la dote de su muger, pues acreditando ésta, debe el Juez deferir á su pretension, entregandola su dote, ó á

(1) Leyes 1. y 2. tit. 10. Part. 3. (2) Ley 2. tit. 12. Part. 3. Marant. part. 6. tit. de Interr. (3) Ley 1. tit. 9. Part. 3. Sr. Greg. Lop. en ella, glos. 2. 5. 7. 12. 13. y 14.

otra persona para que la administre, y la contribuya con sus frutos. El V.° quando el hijo preterido, ó exheredado injustamente pretende su legítima; pues si su hermano instituido unico heredero se resiste á entregarsela con sus frutos, puede pretender que hasta que se efectúe la division, se depositen todos los bienes partibles, de que el hermano está apoderado. Y el VI.° es por razon de la condicion de la persona, v. g. si un siervo obtenida su libertad en juicio, pretende que su señor le entregue los bienes que le retiene, y éste niega que son suyos, pues se deben seqüestrar hasta que se declare á quién pertenencen, y depositarse en persona lega, llana, y abonada, la qual ha de tener en su poder el depósito todo el tiempo que parezca al Juez, de cuya órden lo constituyó, ó á las partes, si voluntariamente le hicieron (1).

125 No debe principiarse asimismo por informacion de testigos á instancia del actor ántes de la contestacion, á ménos que de omitirla, pueda perder su derecho por falta de justificacion; v. g. quando son muy viejos; ó están enfermos, y se teme su muerte; ó tienen que hacer larga ausencia del Pueblo, ó con otros motivos justos sobre los quales decidirá la prudencia del Juez. En estos casos pueden ser examinados, con citacion de la parte contraria. Si ésta no se halla en el Pueblo, ó si no quiere presenciar el juramento no dexará el Juez de admitirlos (2), y hará fé su dicho, siendo idoneos, y fidedignos. Véase la Curia Philipica Part. 1. §. 17. Prueba nums. 7. y 8. en quanto á la que tiene la informacion *Ad perpetuam rei memoriam*, que se hace por los motivos referidos, ó para probar el naufragio, y caso fortuito acaecido en el mar, y en los caminos, y lo que debe practicar el que la pretende.

126 Pero por parte del reo se pueden admitir, y hay costumbre de que con citacion contraria se admitan y examinen ántes de la contestacion, sin embargo de que no intervengan las causas referidas (3), especialmente despues de tomada la declaracion á la parte contraria que está negativa. Tambien se admiten á instancia del actor, porque la declaracion sucede en lugar

(1) Dicha ley 1. al fin, y 2. tit. 9. Part. 3. (2) Ley final, tit. 10 y ley 2. tit. 16. Part. 3. (3) Authent. de Testibus. §. fin. collat. 7. Sr. Greg. Lop. en dicha ley 2. tit. 16. glos. 1. vers. *Adverte tamen*.

de contestacion, y así lo he visto practicar en esta Corte repetidas veces. Asimismo se admiten en causas criminales, y de pesquisa y residencia, y sobre capitulos contra los Jueces, ú otros comisionados del Rey, sin citar á los reos, y en otros casos que traen las leyes (1); pero en este ultimo es menester que el capitulante firme el memorial de capitulos, y afiance de calumnia ante todas cosas (2).

127 Igualmente se admiten quando el padre adoptivo prometió algo á su hijo delante testigos, ó el testador mandó á su heredero que diese libertad á su siervo, para hacerlo constar éstos en juicio (3), y sobre las excepciones dilatorias, v. g. recusaciones de Jueces Togados, ó Eclesiasticos para probar las causas de su recusacion, pacto de no pedir, pleito acabado sobre lo mismo que se pretende, privilegio obtenido con vicios de obrepcion y subrepcion, &c. citando en estos casos á la otra parte (4).

§. III.

De la citacion ó emplazamiento con la demanda, y de quántas maneras puede hacerse.

128 De la demanda propuesta por el actor se debe conferir traslado al reo, y hacersele saber ó citar con ella, para lo qual debo sentar, que la citacion ó emplazamiento se practica, y es de tres maneras: *Verbal, real, y por escrito.* La verbal *es un llamamiento judicial que el Juez hace al demandado, á fin de que comparezca ante él á defenderse, y cumplir algun mandamiento suyo* (5). Es el principio, raiz y fundamento substancial del órden del juicio, admitido por todos Derechos, como indispensable para la defensa del reo (6); por lo que ni se omite ni se dispensa. Si se omite, es nulo el juicio, á ménos que el demandado ocurra

(1) Leyes 3. y 6. tit. 16. Part. 3. y leyes 5. y 6. tit. 13. lib. 7 Nov. Rec. (2) Ley 7. tit. 33. lib. 12. Nov. Rec. Robad. lib. 5. Polit. cap 2. n. 92. y sig. (3) Leyes 4. y 5 tit. 16. Part. 3. (4) Ley 7. tit. 16. Part. 3. y el tit. 12. lib. 11. Nov. Rec. (5) Ley 1. al princip. tit. 7. Part. 3. y ley 14. tit. 4. lib. 11. Nov. Rec. (6) Prœem. del tit. 7. Part. 3 §. fin. Instit. de Pœn. temere litigant. glos. in Rubr. ff. & Cod. de In jus vocand Clementin. Sæpe, de Verb. signification. Sr. Covar. Practic. cap. 23. n. 6. Sr. Salgad. de Reg part. 2. cap. 13. n. 83.

por sí, ó por su Procurador ántes de practicarse, que entónces es superflua. Sobre el modo de hacerla y circunstancias en que puede tener lugar, veanse los AA. que se citan (1). Pero para citar, tomar declaracion, ó práctica otra diligencia con persona constituida en dignidad, jurisdicion ó distincion, debe preceder darla recado de atencion, aunque en el auto ó despacho no se mande, porque la Justicia no se opone á la urbanidad, ni la impide; lo que tendrá presente el Escribano.

129 No solo debe ser citado al principio del pleito el reo contra quien se instaura la demanda, sino todas las personas, de cuyo perjuicio se trata principalmente en el juicio (2). Si al principio no se les cita, tal vez por ignorarse quienes son, se puede pretender su citacion en qualquier estado del pleito, y sobre ella formar artículo, y mas quando de omitirse, se puede causar perjuicio al que la pretende, y el Juez debe deferir á esta solicitud ántes de proceder adelante, y no reservar la determinacion sobre el artículo para difinitiva. Si no lo hace, se puede apelar, como se executorió á mi instancia por la Sala de Justicia del Consejo en pleito que seguí, revocando el auto de un Señor Ministro de él, por haber reservado para difinitiva la decision sobre que se citase á otra parte al juicio, segun se habia pretendido por la mia á consequencia de su prueba, despues de haber alegado el actor de bien probado.

130 Pero no es necesario citar á las demás personas, á quienes accesoria ó secundariamente toca, y puede causarse perjuicio; bien que será util para que les perjudique la sentencia (3), por cuya razon en los pleitos de mayorazgo, basta que se cite á su poseedor (4): en los de locacion, y commodato, si la cosa que se demanda está prestada, ó arrendada, debe citarse al señor, ó deudor, y no al conductor, ni commodatario, á ménos que otro se la haya prestado ó arrendado, que entónces como tercero se

(1) Ley Post edictum, ff. de Judic. ley Labeo, ff. Quomodo, & quando, Genes. 3. vers. 9. Clementin. 2. de Senten. & re judic. cap. 1. de Causa possesion. & proprietat. Sr. Cov. ibi, S. Salg. ubi supr n.90. y part.3. cap.9 n.27. Gom. en la ley 76. de Toro, n.8. vers. Pro cujus Sr. Larrea allegat. 107. n.8. (2) Parlad. lib. 2. cap.fin. part. 5. § 9 n.20. (3) Gom. en la ley 40. de Toro, n. 73. Surd. decision. 256. n. 1. Sr. Castill. lib.6. Controvers. cap. 156. n.12. Gutier. lib.3. Pract. quæst. 17. n. 24. (4) Mieres de Majorat. part. 4. quæst. 1. n. 160 Sr. Molin. de Primogen. lib. 4 cap.8. Guzm. de Veritat. jur. verit.4. n.40. Petr. de Potest. Principis capite 32. n. 43.

le debe citar igualmente para que use de su derecho (1): en los de jurisdiccion entre dos Señores no es necesario citar al Pueblo (2): ni en el suscitado sobre alhaja dotal á la muger, por ser suficiente que con el marido se substancie y entienda como administrador legítimo que es, y dueño de sus bienes con dominio revocable (3); y así se practica.

131 El citado debe comparecer ante el Juez que le mandó citar, aunque goce de privilegio, en cuyo caso no siendo competente, le ha de manifestar el que tenga (4). No pudiendo ser hallado en su casa, se ha de hacer saber en ella la demanda á su muger, hijos ó criados si los tuviere, y en su defecto á sus vecinos mas cercanos, para que se lo noticien quando venga (5); pero esta comparecencia no es preciso que sea personal, pues basta por Procurador, porque en las causas civiles, ya sean ordinarias, executivas ó sumarias, ninguno está obligado, ni puede ser compelido á comparecer personalmente ante el Juez, sino solamente por Procurador ó Apoderado con suficiente poder. Los emplazamientos expedidos en contrario, no valen (6), por lo qual se deben expedir para que por sí, ó por su Procurador con poder bastante comparezcan, y así se practica. Pero no siendo suyo el Juez, no es menester que comparezca con pedimento ante él, basta que en el acto de la notificacion exhiba el título ó privilegio de esencion de su jurisdiccion al Escribano, el qual ha de poner en ella lo que de él resulte, y devolverselo, á lo que no debe escusarse, y así se observa en esta Corte.

132 Lo que se practica en caso de no poder ser hallado, sin embargo de no ser rigorosamente preciso porque las leyes no lo mandan, es hacer el Escribano tres diligencias en diversos dias y á horas cómodas, en que los hombres, segun la costumbre del Pueblo, suelen estar en sus casas, no á una misma, y ponerlo por fé cada dia, y la respuesta que le han dado; y en vista

(1) Sr Castill. ibi, Gom. en dicha ley, n. 43. y 49 vers. Quarto, y n. 73. Sr. Salg part. 4 de Retent. cap. 8. n. 112. Vela disert. 19 n. 4 (2) Lex 1. Cod. de Liberal caus. Inocent in cap. Inter quatuor, de Major. & obed. Parlad. lib. 2. Rer part. 5. cap. fin. §. 5. n. 21. (3) Gom. dicho n. 73. Castill. en la ley 55. de Toro, n. 44. Quesad. Divinar. quæst. cap. 14. n. 22. Parlad. ibi, n. 21. y sig. (4) Ley 2. tit. 7. Part. 3. y ley Si quis ex aliena 4 ff. de Judic. (5) Leyes 1. tit. 7. Part. 3. y 1. tit. 2. lib. 11. Nov. Rec. Gutier. lib. 1. Pract. quæst. 133. Acev. en la ley 19. tit 21. lib. 4. Rec. n. 97. 119. y 120. (6) Ley 3. tit. 7. Part. 3. y ley 28. tit. 4. lib. 11. Nov. Rec.

de todo acude el actor al Juez con pedimento refiriendo lo acaecido, y pretendiendo mande dexarle cédula ó memoria por escrito con la expresion competente, y declare en su conseqüencia por hecha la citacion como si fuese en persona, para que le pare el mismo perjuicio, y no alegue ignorancia, á lo qual defiere, mandando que primero se practique otra diligencia en su busca, con cuyo acto queda citado, y no es menester buscarle por el Pueblo, como lo previene la ley: luego lo pone todo por fé, y diligencia el Escribano en los autos, con expresion de la persona á quien entregó la cédula, y de las horas en que fué á buscarle, lo qual basta para prueba de la citacion.

133 Haciendo la citacion el Portero mayor del Juez, ha de justificarla con un testigo para ser creido, y si es el menor, con dos; pero nada de esto es menester, haciendola el mismo Juez ó el Escribano, pues deben ser, y son creidos. Si el reo no puede ser habido, ni tiene casa en el Pueblo, ha de ser llamado por edictos ó pregones (1). Lo propio se ha de practicar, quando las personas á quienes debe citarse, son inciertas, ó aunque ciertas son muchas, de modo, que sin dificultad no pueden ser habidas, ó conocidas para hacerles la citacion (2), y así se observa.

134 Si el que ha de ser citado, es menor, se le debe proveer de curador *ad litem* (ya esté ó no en el Pueblo) en los términos explicados en los numeros 22. y 24. con el qual, y no con el menor se han de entender, no solo la primera citacion, sino todas las diligencias que ocurran en el juicio (3) hasta su final decision.

135 Si está domiciliado en territorio de otro Juez puede el de la causa, suponiendo que tiene jurisdiccion para conocer de ella por alguna de las razones expuestas, ir por sí mismo á citarle, ó expedir requisitoria de emplazamiento ó letras exhortatorias á aquel Juez á instancia de la parte, ó de oficio, si no la hay, á fin de que mande hacer la citacion (4): esto último es lo que se observa entre Jueces inferiores, y no lo primero, sin embargo de la terminante disposicion de la ley recopilada que se cita, y remueve toda duda, como lo advierte *Carlev.* (5) mas no por los

(1) Dicha ley 1. tit 7. Part.3. Sr. Greg. Lop. en ella. glos.6 Carlev. tit.1. disp. 2. n.4. (2) Parlad. lib 2. part.5. cap. 3in. § 9 n. 15 16 17 y 18. (3) Ley in causa, § fin. ff. de Procurator. y leyes 11. y 12. tit 1. Part.3. Otero de Officialib. lib.3. cap.8. n. 28. (4) Ley 3. tit.4. lib. 11. Nov. Rec. Sr. Solorz. lib. 2. Politic. cap. 28. vers. *Cuyo particular.* (5) de Jud. tit.1. disp. 2. n. 27. al 29.

superiores, pues éstos citan por medio de sus despachos, y de qualquiera comisionado, como que tienen jurisdiccion en todo el Reyno ó Provincias á cada Tribunal demarcadas, tomando ántes el cumplimiento del Juez del Pueblo. Pero el Juez debe señalar al reo en la requisitoria término competente para comparecer, y perentorio, como si fuese asignado por tres, sin que el actor sea obligado á acusar las rebeldías mas que al fin del prefinido (1), y es lo que se practica.

136 Siendo delegado, ó comisionado el Juez que entiende en el negocio, debe incorporarse en la requisitoria el título ó comision que tiene, ó á lo ménos dar fé de serlo el Escribano de la comision, porque de otro modo no la acredita, ni se presume tenerla, y el requerido puede negarle el cumplimiento, lo qual no es necesario, siendo ordinario, por ser notoria su jurisdiccion (2), como que el Derecho se la concede.

137 Pero ya sea ordinario, ó delegado, se deben insertar en la requisitoria el poder de la parte, si lo hay, la demanda, el papel ó escritura en que se funda, el auto, y los demas documentos concernientes y justificativos, y tambien la sentencia, segun sea el estado en que se expide. En las causas criminales debe además contener la prueba del cuerpo del delito, y de que es reo aquel contra quien se dirige, y la legitimidad del Juez, que conoce de la causa, á fin de que el requerido no tenga reparo en cumplimentarla, como está obligado (3); pues faltando estos requisitos, ninguno puede denegarle el cumplimiento sin incurrir en pena. Lo propio debe hacerse en las executivas, como en el capítulo 2. diré.

138 La requisitoria ó despacho de emplazamiento, ú otra qualquiera ha de estar tres dias naturales despues del en que se concluyeron las diligencias que previene, en el juzgado en que se presenta, para cuya presentacion no es necesario dar pedimento á efecto de que en ellos pueda el sugeto contra quien viene dirigida pedir su retencion, si para ello tiene legal fundamento por incompetencia de jurisdiccion, ú otro qualquiera

(1) Leyes 12. y 13. tit. 4. lib. 11. Nov. Rec. y en esta Aceb. n.8 (2) Ley Post edictum, ff. de Judic. ley Labeo, ff. Quomodo & quando. Bobad. lib.3. Polit. cap.7. n.15. Avend. in Dictionar. verb. Almoneda, verb. *Prædicta*. (3) Ley 14. tit.4. lib.11. Nov. Rec. Carlev. tit. 1. disp. 2. n. 26. y 757. y sig. Sr. Covar. Pract. cap. 10. n. 7. al fin, y cap. 11. n. 8.

motivo, y pidiendola, se le debe entregar. Si pretende que se retenga, parece se deberá substanciar con el que la presentó, sin pedirle poder, porque á mas de habilitarsele por ella, es visto conferirselo el demandante por el hecho de encargarle la solicitud, y que esto procederá, aunque sea necesario apelar de la providencia en que el Juez requerido declara haber ó no lugar á su retencion, y seguir la apelacion; por lo que en las requisitorias se pone, y no se debe omitir esta clausula: *Que siendo presentadas por qualquiera persona en nombre de Fulano, sin pedirle poder, ni otro documento, las manden aceptar y cumplir, &c* pues si se omite, y no tiene poder el que las presenta, carece de facultades para todo lo expuesto, y no se le tendrá por parte; pero mi dictámen es que se le dé poder, á fin de que llegado el caso de pedir su retencion, no se le ponga el defecto de ilegitimidad de persona para seguir este incidente, pues las leyes nada tocan sobre este particular. La requisitoria no le autoriza para seguirlo, y sí unicamente para hacer que se evaque lo que en ella se manda, de manera que sin poder no se le debe estimar parte, ni entregar los autos.

139 Las demandas que se instauran contra Concejo, Comunidad, Cabildo ó Universidad, aunque lo mejor es que se hagan saber á todos, ó á la mayor parte congregada segun se acostumbra; no obstante, como es dificil conseguirlo, y entenderse con todos separadamente, sino quieren, ó no pueden congregarse, basta que se notifique á su Procurador ó Apoderado existente en su Pueblo ó en el de su juicio. Pero sus individuos no deben ser reconvenidos singularmente por el débito y obligacion de sus respectivos cuerpos, ni al contrario éstos por lo que debe cada uno de aquellos (1).

140 No solo puede hacerse la citacion al Síndico, ó Procurador del Concejo, Universidad, y Cabildo Eclesiástico, ó Secular, sino al de qualquiera persona que lo tenga, si cómodamente no se la halla (2); y con él, como dueño de la instancia, se han de entender, y substanciar despues de contestada la demanda, y no con su parte, á ménos que le revoque el poder, todos los au-

(1) Ley 13. tit. 2. Part. 3. Greg Lop. en ella, gl. 3 y 4. (2) Dicha ley 13. y ley 14. sig. y ley. In causa, § final. ff. de Procurat. cap. Non solum de Appellation. Otero de Officialib. lib. 3. cap. 8. n. 23. Salg. de Reg. part. 4. cap. 1. num. 7.

tos, y diligencias que ocurran hasta declarar la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada, y executarla, si el poder se estiende á esto, y no de otra suerte, á fin de evitar los gastos y dilaciones que de entenderse con ella se pueden causar al colitigante, y el que sean interminables los juicios, si existe en otro Pueblo, ó procede de mala fé su parte; mas no en otra instancia, v. g. en grado de apelacion, porque ya es diversa, pues en ésta, ó se han de hacer saber á la misma parte, ó ésta conferir su poder á Procurador de aquel Tribunal, con quien se practiquen, (1) y asi se observa.

141 Si el demandado es vecino del Pueblo en que está el juicio, no debe ser compelido á nombrar Procurador, ántes bien puede comparecer en él por sí, y defenderse (2), aunque hoy, como hay Procuradores determinados en los Tribunales superiores, y en muchos inferiores, no se entregan los autos á las partes en donde los hay, sino á ellos para la mayor seguridad, porque á su debolucion son responsables sus oficios, y para la facilidad de apremiarlos, por lo que es preciso darles poder, sin el qual á nadie se admite en los Consejos Reales.

142 La citacion, ya se considere acto judicial ó extrajudicial, lo es de jurisdiccion, porque para mandarla hacer el Juez, ha de tenerla sobre el sugeto como súbdito suyo, y por ella adquiere prevencion en las causas civiles. Si conocen del negocio dos ó mas Jueces, el que previno el juicio por previa y legítima citacion, ha de proseguir en él como competente (3); bien que el citado debe comparecer ante todos los que le mandan citar, segun la comun práctica, y usar de su derecho, pretendiendo la acumulacion para no ser molestado por diversos Jueces sobre una misma cosa. En las causas criminales si fuere citado por muchos á un propio tiempo sobre una sola, no incurre en pena, compareciendo ante uno solo, excepto que sean desiguales en jurisdiccion, pues entónces debe comparecer ante el mayor, y mas

(1) Ley Nulla dubitatio 23. Cod. de Procurator. Valenz. cons. 19. n 9. Parlad. lib. 2. Rer part. 5. cap. fin. §.9 n.29. Ciriac. controvers. 390. Covar. Pract. cap. 11. n.2. (2) Leyes 1. y 2. tit 3. lib. 11. Nov. Rec Marant. tit de Citation. n. 118. Vela disert. 39. n. 53. Solorz. de Jur. indiar. tom. 3. lib. 4. cap. 3 n. 23. & in Polit. lib. 5. cap. dicho, vers. *y en términos*. (3) Cap Proposuisti, de Probation. ley contra pupillum, §. final ff. de Re judicat. y ley 2. al fin, ff. de Custodia reor. Acev. en la ley 10. tit. 13. lib. 8. Rec.

digno: siendo iguales, y las causas diversas, ante el que entienda en la mas grave. Sobre todo lo qual vease *á Carlev. tit.* 1. *disp.* 2. *sect.* 3. y á los que cita, pues trata latisimamente de la prevencion de jurisdicion.

143 En los negocios civiles no debe hacerse la citacion en dias feriados, y si se hace es nula, por estar prohibido en ellos todo juicio (1), lo qual se entiende, á ménos que se interese la utilidad pública, ó privada, que entónces puede habilitarlos el Juez; bien que si el citado comparece en virtud de ella, se revalida. Tampoco debe hacerse de noche sin especial habilitacion con causa justa, lo qual se observa por evitar nulidades y controversias. De órden judicial expresa puede hacerse la verbal en la Iglesia, con tal que no se impidan los Divinos Oficios, ni cause escándalo (2). Pero en un acto no es necesario hacer muchas citaciones, basta una sola, como lo ordena nuestro Derecho (3).

144 No es necesario hacerla quando el reo comparece por sí, ó por su Procurador en el juicio, ántes de ser citado (4), ni quando consta notoriamente que ninguna excepcion, ni defensa le compete (5), ni tampoco en los casos en que el Juez puede practicar de oficio lo que dispone el Derecho, aunque la parte no esté presente, v. g. evitar escandalos (6).

145 Si por algun acaso se mudáre Juez en otro Tribunal, (no en el mismo) ó el de la causa delegáre su jurisdiccion para dar la sentencia, ó muriere alguno de los litigantes, es precisa nueva citacion, en los dos casos primeros á los propios colitigantes, y en el último á los herederos del muerto (7). El que quiera instruirse perfectamente de las circunstancias que deben concurrir para la citacion verbal, á quién, quándo, por quién, cómo, y en dónde debe hacerse, y de otras cosas concernientes á ella, vea

(1) Lancelot. de Atentat. part. 2. cap. 12, limit. 5. n. 3. Doctor. in cap. Prudentiam, in cap. Ex litteris. de Offic. delegat. & in cap. Si duobus, de Appellation. (2) Ley Etiam. Cod. de Execut. rei judicat. Orozco in leg. 2 n. 6. col. 2. de In jus vocand. Marant. part. 6. membr. 1. Judic. n. 1. (3) Leyes 2. tit. 15. lib. 11. y 13. tit. 4. lib. 11. Nov. Rec. Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 9. n 32. (4) Bobadill. lib 3. cap. 7. n. 15. Parex. de Edition. tit 2. resolut. 2. n 76. Gutier. lib. 1. Pract. quæst. 133. n. 12. (5) Barbosa in cap. 23. de Election. n. 5. Guzm. de Eviction. q. 4. n. 81. Farinac. Prax. crimin. part. 1. quæst. 21. n. 70. (6) Cap. In causa, de Re judicat. Barbos. cap. cit. n. 23. Guzm. y Farinac. ibi. (7) Glosa in cap Consentaneum, verb. A quò, Cod. Quomodo, & quando. Maresc. lib. 1. Var. cap. 31. n. 5. Martha de Jurisd. part. 4. conject. 1. cas. 23 n. 11. Solorz. de Jur. Indiar tom. 2. lib. 2. cap. 29. n. 73. y lib. 3. Polit. cap. 31 verb *Demás*: Robad. lib. 2. Polit. cap. 13. n 47.

al práctico *Maranta* en su *Specul. aur. part. 6. memb. 1. Judic.* que en los 131. números de él la explica qual ninguno.

146 La citacion *Real* es la captura del reo, ya esté, ó no formalmente demandado, por ser fallido, presumirse que haga fuga, y no tener arraigo ni domicilio en el Pueblo en que se le demanda, pues muchas veces se le prende baxo la obligacion (*a*) que constituye el actor de responderle de los daños en caso de incertidumbre de su pretension. Esta citacion es la mas eficáz de todas, y se prefiere á la verbal; de tal suerte, que si v. g. en causa de fuero de mixto cita el Juez Eclesiástico al lego, y el Juez Secular le prende despues por el mismo delito, debe conocer de él este, y no aquel, porque con la captura previno mejor que el Eclesiástico con su citacion (1). De esta materia trata con mucha distincion, y claridad *Carlev.* en dicha *sect. 3.* desde el n. 883.

147 Por esta citacion tiene principio real, y verdaderamente el uso de la accion, la qual será *civil*, y como tal la deberá proponer el actor, y seguirla, quando el motivo impulsivo, y final de la captura mira solamente á cobrar lo que el reo le debe, ó consumió. *Criminal*, quando dimana de delito, y tiene unica tendencia á que por él se le castigue. *Y mixta*, quando se dirige no solo á resarcir su caudal, sino á que no quede impune, como sucede en el hurto, mala versacion, y extravio de caudales y en otros delitos.

148 La citacion por escrito es la que se hace por edictos, llamando y emplazando al reo que está ausente por ignorarse su paradero; la qual no es de igual eficacia que las otras, pues siempre que parezca el citado, se le debe oir; pero no debe hacerse por mera voluntad del Juez, sino en caso de necesidad, ó quando el reo no puede ser citado de otra suerte (2).

(*a*) Esta obligacion nunca subsana el daño y las fatales consecuencias que pueden seguirse de privar á un hombre de su libertad. Los Jueces no deben proceder á la captura en casos civiles, quando puede quedar alguna duda de la certeza de las pretensiones del actor. No basta que se pida la prision para decretarla. Es necesario exâminar con gran prudencia las causas, considerar las circunstancias del que se supone reo, hacer la crítica mas escrupulosa de las pruebas, graduarlas, y considerar quáles deben ser las consecuencias del juicio. Vale mucho para un hombre su libertad sea la que quiera su condicion.

(1) Ley Sepultura, ff. de Sepulch. violat. Fagnan. in cap. Pervenit, n. 40. de Adulter. Farinac. Prax. crim. lib. 1. quæst. 7. n. 53. tit. de Inquisition. (2) Extravag. Rem non novam, de Dolo, & contumacia. Clementin. 1. de Judic. cap. cum. 3. de Dolo, & contumac. y ley Dies 4. §. Prætor ait, ff de Damn. infect. Pirhig. tit. de Foro compet. n. 213. Marant. part. 6. tit. de Citation. n. 82.

149 Tiene lugar esta citacion en quatro casos. El I.° quando el que ha de ser citado se oculta maliciosamente para que no llegue á su noticia, ó impide por sí, ó por otros que se le cite. El II.° quando el lugar en que se le ha de citar, no es seguro por causa de enemigos, ú otro impedimento, pues entónces se han de fixar los edictos en los lugares inmediatos. El III.° quando es vago, en cuyo caso se deben poner en aquel lugar ó lugares en que mas suele permanecer, y si en alguno tiene casa abierta, en la puerta de ella. Y el IV.° quando es persona incierta, v.g. en una ocurrencia de acreedores á los bienes de difunto, que se ignora, quiénes y quántos son; en cuyo caso se ponen edictos llamando á todos los interesados, para que dentro del término que se les prefine comparezcan, pues de lo contrario se les impondrá perpetuo silencio, y les parará el perjuicio que haya lugar (1).

150 Compete solamente este modo de citar por edictos á los Jueces ordinarios y á los Delegados del Principe, ó su Consejo; pero no á otros Delegados, por lo que en caso de entender éstos en alguna causa en que sea preciso citar por escrito, se ha de recurrir á aquel de quien dimana la comision, excepto que se le conceda especialmente, ó se le permita por costumbre, pues entónces podrá citar por edictos (2).

151 Sucede algunas veces que las partes que litigan son contumaces, el actor desamparando la demanda que puso al reo, y éste no queriendo comparecer en juicio. Y para que el Escribano sepa qué es contumacia, en qué casos se comete, y de quántas maneras; qué diferencia hay entre la verdadera y la fingida; en qué pena incurre el contumáz; qué remedios concede el Derecho contra él; cómo se han de seguir los autos en rebeldía; quiénes no incurren en contumacia; y otras cosas concernientes, procedo á explicarlas diciendo, que la *contumacia* ó rebeldía no es otra cosa que inobediencia al precepto del Juez legítimo que llama á alguno al juicio (3).

152 Se comete regularmente en siete casos: el I.° quando el actor no manifiesta su accion habiendoselo mandado el Juez dos ó mas veces. El II.° quando sí la manifiesta, y el reo contextó, no la prosigue, instandole éste. El III°. quando el reo no comparece, ó impide que se le haga la citacion, ó se oculta ma-

(1) Reinf. lib. 2. tit. y § 3. de Citatione edictali, n 79. al 85. (2) Reinf. ibi, n 87. (3) Cap 3. y 6. de Dolo, & contumacia, ley 53. ff. de Re judicat. y ley 8. tit 7. Part. 3.

liciosamente. El IV.° quando no responde al libelo y posiciones del actor, ó responde obscuramente, no obstante habersele mandado que responda clara, abierta y categoricamente. El V.° quando uno ú otro no quieren jurar de calumnia mandandoselo el Juez. El VI.° quando no obedecen la sentencia, é impiden su execucion. Y el VII.° quando estando delante del Juez, no quieren responder á lo que se les pregunta, y esta es la mayor contumacia por la injuria que le hacen en no darle respuesta, desairando su autoridad en su presencia (1).

153 La contumacia es de quatro maneras: *notoria*, *verdadera*, *presunta y ficta*. Se llama *notoria*, quando el citado en persona responde que no quiere comparecer. *Verdadera*, quando el citado legítimamente, ó que es sabidor de la citacion, dice que comparecerá, ó calla, mas no comparece. *Presunta*, quando no consta que la citacion haya llegado á noticia del citado, pero se presume, miéntras no lo pruebe. Y *ficta*, quando comete dolo, para que no llegue, pues entónces finge y supone el derecho que llegó, y fué citado (2).

154 Entre la contumacia verdadera y ficta hay esta diferencia, que el contumáz ficto puede apelar, ó pedir restitucion *in integrum*, pero el verdadero no (3); y para proceder contra éste, aunque por nuestro Derecho Real (4) á la primera rebeldía que se le acuse, se le tiene por tal, y se puede pedir se le condene en las costas y daños causados á su contrario; no obstante en práctica suelen preceder (como lo he visto repetidas veces) tres citaciones, estando en el pueblo, ó una peremptoria, si existe fuera de la jurisdiccion, siguiendo lo dispuesto por Derecho Civil y Canónico (5); y aun en este caso es menester que lo pida la parte, y le acuse dos rebeldías, porque el Juez no está obligado á impartir su oficio en las causas civiles entre partes por su privativa utilidad, sino lo piden (6); bien que por seguir con todo rigor las leyes no se excede, ni comete atentado, y así á la primera rebeldía le puede haber por contumáz.

155 Pero si el contrario tiene justo motivo ó impedimento

(1) Murill. lib.2. Decret. tit.14. de Dolo, & contumacia, n. 113. Gregor. Lop. en la ley 1. tit 8. Part.3. glos.3. (2) Murill. ibi. (3) Cap.18. de Setent. & re judicat. y ley 1. Cod. Quorum appellationes non recipiuntur. (4) Ley 8. tit.7. Part.3 y leyes 2. y 6. tit 4. lib.11. Nov. Rec. (5) Cap. fin. §. In aliis, Ut lite non contextat. y ley 53. § 1. ff. de Re judicat. (6) Ley Dies 4. §. Hoc autem Judicium 8. ff. de Damno infecto.

para no comparecer, y lo prueba, v. g. incompetencia de Juez, tiempo de ferias, prohibicion de su propio Juez, estar llamado á Tribunal superior, haber tempestades, guerras, ó crecientes de rios por donde ha de transitar, ser menor, ó rústico, estar cautivo y otros semejantes, no incurre en contumacia (1).

156 Contra el verdadero contumáz puede proceder el Juez por prision, embargo de bienes, condenacion de costas, imposicion de multa, y otras penas arbitrarias (2), con tal que la condenacion no sea á perdimiento de la causa, ni confiscacion de todos sus bienes, aunque el delito sea grave y extraordinario (3).

157 Si es actor, y despues de contestada la demanda se ausenta, ó no quiere comparecer, puede compelerle á pedimento del reo, y no de oficio á proseguirla (4); y si no la prosigue, y la causa está pendiente, absolver á éste de la instancia, y condenar á aquel en las costas, y daños que le causó (5), y no oirle despues, á ménos que preste caucion de comparecer, y continuarla, ó pruebe haber estado legítimamente impedido, ó que el reo haya sido tambien contumáz, pues en este caso se compensa la contumacia del uno con la del otro (6); y tambien imponerle multa, segun sea la contumacia (7); pero no debe imponersela por no usar de la accion que le compete, y proponer otra, porque ninguna ley le concede esta potestad, y sí solo repelerla, siendo contra Derecho, y prefinirle término para que la deduzca, apercibiendole que si dentro de él no lo hace, procederá á lo que haya lugar, que es á imponerle perpetuo silencio, y absolver al reo de la instancia, pues no hay contumacia, para que el Juez se extienda á mas.

158 Si el reo es contumáz, conceden las leyes (8) al actor dos medios para conseguir su pretension. 1.° El de seguir la causa por rebeldía en estrados hasta difinitiva, como si hubiera comparecido. En este caso estando en el Pueblo, y la causa

(1) Leyes 53. y 54. ff. de Re judicat. ley 2. §. Si quis 1. ff. Si quis in jus vocatus, y ley 11. tit. 7. Part. 3. (2) Cap. 1. de Judic. cap. 2 de Dolo, & contumac. cap. 3. Ut lite non contextat. ley 1. §. 3. ff. de Inspic. ventr. ley 8. tit. 7. Part. 3 y ley 8. Cod. Quomodo, & quando (3) Ley Ex quacumque causa 2. § 1. cit ff. Si quis in jus vocatus. (4) Cap. 3. d Dolo, & contumacia (5) Ley Eum 79. ff de Judic y cap. 1. de Dolo, & contumacia in 6. (6) Murill. tit. 14. cit. n 114. (7) Leyes 2. y 6. tit. 4. lib. 11. Nov. Rec. y ley 8. tit. 7. Part. 3 (8) Ley 13. tit. 4. lib. 11. y las del tit. 5. del mismo lib. y de las del tit. 8. Part. 3.

pendiente, se declara por contestada la demanda á la tercera rebeldía que el actor le acusa, se recibe á prueba, y el auto de ésta se le hace saber, justifica el actor su accion, y pasado el término de prueba, y hecha publicacion, si la pide, alega de bien probado, concluye, y el Juez procede á sentenciar la causa, y las diligencias de substanciacion se notifican en los estrados de la Audiencia, á excepcion dé las de demanda, prueba, y sentencia que se le deben hacer saber en persona, y no dexandose ver, á su muger, hijos, ó criados, y no teniendolos, á sus vecinos mas cercanos en la forma explicada en el número 132: pasado el término de la apelacion, declara la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada, y procede á su execucion, todo á instancia del mismo actor.

159 Si se halla domiciliado en otra jurisdiccion, y está sujeto en aquel negocio al Juez que de él conoce, aunque segun las leyes 13. tit. 4. y la 1. tit. 5. lib. 11. Nov. Recop. debe ser uno, y perentorio el término, sin ser necesario otro, ni estár obligado el actor á acusar las rebeldías mas que al fin de él, substanciandose los autos en los estrados de la Audiencia; se suelen librar no obstante quatro despachos, ó requisitorias en el discurso del pleito, no estando muy distante el reo. El primero de emplazamiento con término perentorio para que comparezca. El segundo para hacerle saber el auto de prueba, pues aunque no haya comparecido hasta entónces, se le deben entregar los autos, si comparece, y los pide, y admitir la que haga dentro de su término. El tercero para notificar la sentencia por si quiere apelar de ella. Y el quarto para una vez declarada por pasada en autoridad de cosa juzgada, executarla en su persona y bienes. Este es el verdadero, y mas justificado modo de substanciar los autos en rebeldía, para que el reo no tenga disculpa de no habersele oido, y pague las costas, si en ellas debiese ser condenado.

160 Yendo documentados estos despachos, los debe cumplimentar el Juez de su domicilio, y como executor mixto no exceder de lo que previenen, á excepcion de lo que explicaré en el cap. 2. de este Libro. Si deniega el cumplimiento, ó se teme que lo deniegue, debe el requirente ó la parte acudir, y representar al superior inmediato, para que los auxîlie, y le imponga penas, á fin de que los cumplimente y evacue. Lo propio se ha de practicar quando el Juez del negocio no quiere expedirlos al otro, ó

es moroso en ello por dolo ó malicia ; pues por este hecho hace suyo el pleito , y probado debe pagar á la parte los gastos y daños que le ocasionó , y sobre ellos estarse á su juramento (1) ; lo qual es corriente en la práctica , y lo advierte *Carlev.* (2).

161 Pero si del cuerpo del mismo despacho resultan méritos suficientes para no cumplimentarlo , ya sea por no ir documentado , ó por incluir algunas excepciones legales para denegacion, ó por no llevar el político tratamiento que corresponde al Juez requerido , puede denegarle el cumplimiento , asesorandose si es lego , con letrado como lo he visto practicar.

162 Siendo ordinarios asi el Juez requirente como el requerido , no debe cometer el exceso de conminar á éste con multa, ni otra pena , porque son iguales en jurisdiccion , aunque el requerido parezca en este caso inferior , pues como dice el Derecho , el igual no tiene imperio sobre otro igual (3) , y mucho ménos el inferior sobre el superior (4) ; lo qual se entiende aunque sea togado , y por esta razon mas digno , pues el honor de la toga es personal , y no presta mayor jurisdiccion que la ordinaria , ni tiene que hacer con ella ; por lo que el requerido puede exortarle se abstenga de imponerlas , y no se exceda en su jurisdiccion , y facultades , ó retener el despacho original , y con él quejarse de sus procedimientos al superior para que le contenga.

163 Mas si el requirente es comisionado del Principe , ó de Tribunal superior , puede en vista de la inobediencia , y no ántes , no solo conminarle , sino exigirle la multa que le imponga, porque la superioridad á quien representa , y cuyas veces exerce, le concede tácitamente jurisdiccion y facultad para mandarle, y hacer que le obedezca , respecto de que por política no obedeció. Si el requerido es superior al requirente , le ha de despachar suplicatoria , y no exorto , y asi se practica.

164 El segundo médio que las leyes conceden al actor , es la via de *Asentamiento*, para que por contumacia del reo se le ponga en posesion de sus bienes , ya proceda por accion real , ó perso-

(1) Ley Si quando, Cod. de Testib. ley Properandum. §. Sin autem, Cod. de Judic. y ley 9. tit.7. Part.3. (2) De Judic tit.1. disp.2 n.38 (3) Ley Ille, à quò 13. §. Tempestivum, ff. ad Trebellian. cap. Innotuit. 20. & ibi glos verb. Imparem, de election. (4) Ley Minor 10. ff. de Minorib. cap. Cum inferior 16. de majorib. & obed.

nal, de lo qual tratan las tres del tit. 5. lib. 11. Nov. Rec. y el tit. 8. Part. 3. y no obstante que no se estila en esta Corte, ni en otras muchas partes, puede usarse, como lo dicen los AA. (1), Si el actor elige la via de prueba, aunque sea contra el menor contumáz, puede dexarla y usar de la de asentamiento, segun la ley *final de dicho tit.* 51. *lib.* 11. En quanto al modo de proceder contra los ausentes y rebeldes en causas criminales, véanse los tit. 33. y 37. del citado libro 12.

165 No incurren en contumacia aunque no comparezcan ante el Juez de la causa los siguientes: I.° el que es mayor, ó igual á él; II.° el Clérigo miéntras celebra, ó está en las Horas Canónicas; III.° el Religioso, y otros que están baxo de obediencia, pues la citacion se debe entender con sus Prelados: IV.° los que por grave enfermedad, servicio de la República, ú otro motivo semejante están impedidos de comparecer; pero éstos lo deben hacer por Procurador: V.° los novios en el dia en que se casan; VI.° el que vá acompañando el cadaver de su casa, ó de la de su señor, amigo ó consanguineo, hasta que esté enterrado; VII.° los menores, locos, pródigos, y mentecatos que tienen curador; VIII.° los Diputados, ó Comisionados por el Rey, ó por su Señor, Ciudad, ó Villa, miéntras están en su comision; IX.° el pregonero interin pregona; X.° el siervo, si no en ciertos casos; XI.° el que esta llamado por Juez mayor que el que le emplazó, pues debe comparecer ante el mayor. Todos los demás deben comparecer por sí, ó por medio de Procurador, aunque gocen de privilegio; pero en este caso será unicamente á hacerle ver que no es Juez suyo, ni puede conocer de sus negocios (2); ó practicarán lo explicado en el n. 131.

166 En causas civiles no debe ser emplazada la muger honrada que vive honestamente, para ir personalmente ante el Juez, sino solamente por Procurador, pues si hay que tomarla alguna declaracion, debe el Juez ir á su casa, ó enviar Escribano que se la reciba; pero puede serlo en las criminales (3). Si el Juez quiso violentarla torpemente, ó casarse por fuerza con ella, ni debe emplazarla, ni á ninguno de su casa, ni están obligados á

(1) Paz en su Pract. tom. 1. part. 2. y tom. 2. part. 1. cap. 3. y 4. Hevia Bolañ. en la Curia Philip. part. 1. Juicio Civil. §. 14. n. 11. y 12. (2) Ley 2. tit. 7. Part. 3. (3) Ley 3. tit. 7. Part. 3.

ir, aunque los emplace, ni á enviar personeros. Lo que debe hacer en este caso el demandante, es usar de su derecho ante otro Juez del Pueblo, y no habiendolo, ante el mayor de aquel territorio (1).

167 Si alguno tiene accion contra bienes de difunto que dexó herederos conocidos por *testamento*, *ó abintestato*, y éstos no han admitido, ni dimitido la herencia, debe pretender se notifique á todos que la admitan dentro de un breve término que se les prefina, y aceptandola, ha de pedir contra ellos. Lo mismo ha de practicar quando callan, pero en este caso, pasado el primer término, les ha de acusar dos rebeldías, y el Juez haberlas por acusadas, prefiniendoles en cada una otro competente segun la distancia para que acepten, ó repudien, apercibiendoles en el ultimo, que si dentro de él no lo cumplieren, deferirá á la pretension del actor, que será á haberla por aceptada, ó repudiada; bien que si acudieren, aunque sea en el último, pretendiendo les conceda el legal, para deliberar, se lo debe conceder, y pasado sin haber dicho cosa alguna, se estimará haberla aceptado, y con ellos ha de seguir la demanda ordinaria, ó executiva que corresponda: si uno solo la admite, con él se debe entender.

168 Si los herederos repudian la herencia, han de ser requeridos á instancia del actor los inmediatos consanguineos por su órden hasta el quarto grado, contado por Derecho civil; y no queriendola éstos, se debe pretender ante todas cosas para evitar nulidad, que el Juez nombre defensor á los bienes, con el qual se entiendan la demanda, y las diligencias succesivas, y que se inventarien, y custodien para evitar su extravío, y en caso de haber algunos raices, que elija administrador lego llano y seguro que los cuide. Pero si por falta de parientes conocidos, (para cuya averiguacion se deben fijar edictos, llamandolos segun lo previenen las leyes) ó por repudiar todos la herencia, recayere en él Fisco, se ha de entender la demanda con el Fiscal de S. M.

169 Del mismo modo se debe proceder quando el marido, su heredero, ú otro acreedor quieren recouvenir ó demandar á la muger, ó al suyo, pues deben pretender se le prefina término para que acepte ó repudie los gananciales, y es lo que se observa (2).

(1) Ley 6. tit. 7. Part 3. (2) Paz tom. 1. part. 1. temp. 2. n. 50. al fin y en todo la 3. part.

170 Compitiendole accion contra cautivo, se ha de nombrar defensor á sus bienes, y substanciarse con él los autos (1). Lo propio milita para con el ausente ultra mar, ó en otras partes remotas, si no tiene apoderado en el Pueblo del Juicio, ni se espera su pronto regreso, pues esperandose, se ha de aguardar á que venga (2), pero no quando dejó Procurador ó Apoderado, en cuyo caso se ha de entender con éste, y no nombrarle defensor, para lo qual el actor debe probar la ausencia dilatada, y la ignorancia de su pronta venida (3).

171 Alegando el actor que el ausente se ha muerto, y pretendiendo su herencia como su inmediato consanguineo, ha de justificar por fama publica del Pueblo su fallecimiento, ó á lo ménos que se ignora su paradero mas de diez años há, y entónces se le entregarán sus bienes por inventario, para que los tenga como curador, dando fianzas seguras, y saneadas de restituirlos con los frutos que produzcan al ausente, ó al heredero que haya instituido, siempre que venga (4), como para otros casos lo previenen las leyes (5) No pudiendo probar uno ni otro, ni sabiendose de su vida ó muerte, se deben entregar sus bienes bajo de fianzas á sus parientes mas cercanos, para que los tengan en la propia forma (6).

172 Si el ausente tiene acreedores, y éstos piden que se nombre defensor ó curador á sus bienes, basta que conste estarlo en partes remotas, y que no se espera su pronta venida, para que se nombre, y con él se han de substanciar los autos, y valdrá lo que sin engaño haga, del mismo modo que si el ausente lo hiciera por sí (7). Pero esperandole en breve, se han de aguardar los acreedores, y no nombrarsele defensor (8).

(1) Ley Ab hostibus, ff. Ex quibus causis majores ley 4. tit. 29. Part. 2. y ley 12. tit 2. Part. 3. (2) Dicha ley Ab hostibus, Greg. Lop. en la 12. cit. glos 1. (3) Socin. consil. 26. lib. 2. Menoch. in leg. 1. ff. de Curator bon. dand. n. 17. (4) Ley 14. tit. 14. Part 3. (5) Leyes 4. y 5. tit. 17. lib. 11. Nov. Rec. (6) Ley 1. §. 1. ff. ad Tertillian. y ley 1. ff. de Bon. posses. furiosi. Greg. Lop. en dicha ley 14 glos. 2. (7) Ley 2. tit. 12. Part 3. (8) Ley penult. ff. de Legation. y ley Ignorare 4. Cod. de Restitution. milit.

§. IV.

De las clases de excepciones que el reo puede oponer en juicio, y del término que para ello se le concede.

173 Hecha notoria la demanda al reo, y tomados por él los autos en uso del traslado conferido, debe inspeccionar si contiene alguno de los defectos difusamente explicados en el §. 2. ó le competen contra el demandante algunas excepciones, á fin de oponerlas en el tiempo y forma que el Derecho dispone (1).

174 Para que el Escribano principiante se instruya de quántas clases son las excepciones; dentro de qué tiempo ha de oponerlas, y justificarlas el reo, y de quáles se debe conocer ántes de proceder en el negocio principal, debo sentar que la excepcion *es exclusion de la accion*, y defension, ó defensa *es repulsa de la intencion del actor* (2). Las excepciones, (que por otro nombre se llaman artículos) se dividen en *mere dilatorias*, y *temporales*; *en mere peremptorias*, y *perpetuas*; *en mixtas*, *ó anómalas*; y en *perjudiciales*.

175 Las mere dilatorias son las que difieren el ingreso, y progreso del principal juicio; pero no lo extinguen ni acaban, porque el reo no impugna directamente la accion del demandante, ni niega que tiene justicia en lo que pretende, sino que conspira á divertirle, y entretenerle, para que tal vez cansado desista, y cese totalmente en su conato, y se transija, y componga con él, ó por ganar tiempo para poderle pagar sin molestia, ó por otros fines (3).

176 De estas excepciones unas tienen su tendencia directa á la persona del Juez, otras á la del actor, y otras á la causa y proceso. Las primeras son la *declinatoria de fuero*, ó incompetencia de Juez por defecto de Jurisdiccion, y la *recusacion* por sospechoso, para inhibirle del conocimiento del negocio; las quales debe proponer el reo con especificacion, y la declinatoria prime-

(1) Prœm. del tit. 3. Part. 3. (2) Ley 2. ff de Exception. Dieg. Perez en la 1. tit. 8. lib 3. Ordinam. glos. 1. vers. *Videtur tamen* Cancer. part. 1. Var. cap. 18. n. 1. glos. in cap. Ex parte, de foro competent. & in cap. Dudum 2 de election. Speculator tit de expcetion. §. 1. n. 9. (3) Carlev. de Judic. tit. 2. disp. 5. n. 1.

ro que todas las demás, pues de omitirla, se sujeta á él, le prorroga la jurisdiccion en los casos en que es prorrogable, y le constituye competente para conocer de las otras, y del principal negocio. No sucede así con la recusacion, porque ésta requiere muchas solemnidades, y á veces expresion, y justificacion de las causas por que se hace (1), como diré en el §. 12. de este capítulo, y así la declinatoria debe determinarse antes que todo, aun quando exija mayor examen, é indagacion, como que requiere especial, y expresa declaracion, la qual no es precisa en las otras excepciones (2). Puede conocer de ella el propio Juez (3), sin que por esto se deba decir que lo es en propia causa, pues solamente se llama causa propia aquella de la qual se sigue algun daño ó provecho á alguno, y aquí ninguno se sigue al Juez en declarar que es suya la jurisdiccion, por razon de su oficio (4); y esto se entiende ya sea requirente ó requerido especialmente si se controvierte el punto entre las partes mismas. Pero de esta regla general se exceptúan catorce casos que traen *Felin.* in cap. *Ex litteris*, *de Rescript.* y los AA. que cita *Carleval* (5).

177 La prorrogacion de jurisdiccion se puede hacer de quatro maneras. La I.ª de persona á persona, v. g. quando el Juez la tiene limitada en un Pueblo ó territorio, pues si algunos de otro quieren convenirse en que su negocio se ventile ante él, y lo determine, puede hacerlo, sin embargo de no ser subditos suyos; por lo que su jurisdiccion limitada se amplía por el convenio á personas que no están sujetas a ella (6).

178 La II.ª es de *cantidad* á *cantidad*, ó *de cosa á cosa*, v. g. quando un Juez tiene jurisdiccion para entender solamente en negocios que no excedan de una suma determinada, y no obstante quieren las partes que el suyo, que es de suma mayor, se trate ante él: en este caso por el consentimiento de éstas se prorroga su jurisdiccion de la cantidad menor á la mayor. De la misma manera se prorroga de alhaja, ó cosa cierta á otra diversa, que tam-

(1) Marant. part.6. de Exception n.1. Carlev. ibi n.2. (2) Leg. ultim. n.6. Cod. de Judic. in leg.19. n.11. Cod. de Probation. & in leg.1. n.11. vers. Prætereà, Cod. de Orain. judicior. Felin. in cap. Inter monasterium, n.4. y 6. de Re judicat. Jason in leg. Ait Prætor 7.n.25. ff de Jurejur. (3) Ley Ex quacumque 2. ff Si quis in jus vocatus, y Si quis ex aliena 5. ff. de Judic. (4) Ley 1. §. In propia, 11. ff. Quando apellandum sit (5) Carl. tit.2. disp 5. cit. n.10. (6) Leyes 1. y 2. ff. de Judic. y ley Si convenerit 18. ff. de Jurisdict.omn. judic.

bien lo sea, con tal que el Juez sepa la prorrogacion (1).

179 La III.ª *de tiempo á tiempo*, v. g. un Juez delegado tiene jurisdiccion para conocer de cierto negocio, pero con la calidad de determinarlo precisamente dentro de un año, pues si acabado éste quieren las partes prorrogarle la jurisdiccion que espiró, pueden hacerlo por el tiempo que les parezca hasta su decision, y se ampliará de un tiempo á otro tiempo (2).

180 La IV.ª *de lugar á lugar*, y es quando el Juez de un territorio quiere conocer en otro de alguna causa con consentimiento de los litigantes; en este caso vale la prorrogacion de jurisdiccion, con tal que el Juez del lugar preste expresamente su permiso; bien que algunos AA. afirman ser bastante tácito, esto es, que sabiendolo, no se lo prohiba. Lo mismo procede quando acostumbra hacer audiencia, ó juicio en lugar determinado de su territorio, y las partes quieren que conozca de su negocio en otro de la misma jurisdiccion. (3) Se previene, que la jurisdiccion del delegado se puede prorrogar de los tres modos ultimos, pero no de persona á persona (4), sobre todo lo qual vease á *Carlev.* (5).

181 Tambien puede hacerse expresa, y tácitamente la prorrogacion de jurisdiccion. Se hace expresamente quando las partes consienten de llano en ser reconvenidas, ó en tratar su negocio ante Juez que no es suyo, y perseveran en su consentimiento (6).

182 Se hace tacitamente, quando el reo permite ser reconvenido ante Juez incompetente, y no declina su fuero; acerca de lo qual dicen algunos, que para que tenga efecto irretratable esta prorrogacion tacita, y el reo no pueda arrepentirse, se requiere de parte de éste la litis contestacion. Otros afirman ser suficiente que ántes de ésta proponga alguna excepcion dilatoria, y que el Juez la determine, por cuyo acto es visto prorrogarle la jurisdiccion, y consentir en él sin necesidad de contestacion (7), y es la opinion mas corriente.

183 Pero esto se limíta lo primero, quando la excepcion propuesta tiene su tendencia á la persona del Juez, y su jurisdic-

(1) Ley De qua re, §. 1. ff de Judic. (2) Ley Consensisse 2. §. Si & judex, ff. de Judic. (3) Marant. part. 4. tit. Judicium ordinar. & prorogat. distinction. 12. n. 3. vers. Exemplum de quarta prorrogatione, y n. 4. (4) Dicha ley De qua re, y cap. Statum, §. In nullo, extra de rescript. in 6. (5) Tit. 1. disp. 2. n. 977 al 1173. (6) Carl. de Judic. tit. 1. disp. 2. n. 1003. al 1072. (7) Ley Sed etsi suscepti 52. ff. de Judic. y ley final, Cod de Exception. Carl. tit. 1. disp. 2. n. 990. al 93. Doctor. in cap. Inter monasterium, de Re judicat.

cion, pues entónces como se le deniega ésta, aunque se le pida que pronuncie sobre la excepcion, no es visto aprobar su persona sobre lo principal, ni sujetarse á él, ántes bien por lo mismo puede oponer despues la diclinatoria (1).

184 Lo segundo, quando al tiempo de proponer la excepcion, protesta que no consiente en el Juez, y despues ningun acto hace, que de él se induzca la prorrogacion de jurisdiccion; en cuyo caso esta protesta conserva su derecho para declinar despues (2).

185 Mas para evitar dudas y disputas, y que el Juez siga en el conocimiento de los autos, deben concurrir tres circunstancias. La I.ª que la protesta sea expresa, y no tácita ó genérica, á cuyo fin en el primer pedimento que el reo presente, pondrá esta cláusula: *Sin que sea visto atribuir, ni prorrogar á Vm. mas jurisdiccion que la que por Derecho le compete, ni sujetarme por este acto á fuero que no es mio, ni tampoco contestar demanda que no debo; y con ánimo, y bajo la protesta de contestarla en el término competente ante quien legalmente corresponda, siendo digna de contestacion, y no en otra forma, y de usar de todas las acciones y recursos que me tocan, quándo, y en dónde me convenga, Vm. en méritos de justicia, y ella mediante, se ha de servir inhibirse del conocimiento de este negocio, declarandose por no Juez de él, y mandando á dicho Fulano que use de su derecho dónde, contra quién, y como le conduzca: y sobre que así lo declare, y se execute, formo artículo de previo, y especial pronunciamiento con protesta de la nulidad en el progreso de la causa; pues debe hacerse como lo pido, por lo que resulta de autos, y expondré en este escrito &c.* La II.ª que no haga acto alguno del qual se induzca la prorrogacion, v. g. quando la excepcion, ó artículo fué de no contestar, y sobre él se recibió el pleito á prueba, y luego pide llanamente prorrogacion del término; en cuyo caso por este acto se induce tácitamente la prorrogacion de jurisdiccion. Y la III.ª que declarado que sea el artículo, proponga precisamente la declinatoria dentro de los nueve dias legales, porque si la propone despues, como que ya espiró el término, perdió por su omision, y descuido el derecho de usar de ella, como lo he visto declarado

(1) Cap. Super litteris 20. de Rescript. Panormit. in cap Inter monasterium cit. n.20. (2) Felin. in dict cap. Inter monasterium, n.8. Decio in cap.1. de Judic. n. 187. in 1. lectur. Petr. Barbos. in leg.1. ff.de Judic. art.3. n.16.

en juicio. Con estas cautelas no se perjudica el reo, ni aunque el Juez se declare por competente, puede haber por contestada la demanda en el auto de declaracion, antes bien ha de concederle término para ello, ni por tal se le debe reconocer hasta que el auto se consienta, y pase en autoridad de cosa juzgada, porque tiene fuerza de difinitivo, y es apelable; y como que la demanda no esta contestada, ni empezó el término de contestarla, puede oponer luego simultanea, ó separadamente dentro del legal las demás excepciones dilatorias que tenga, y asi se practica

186 Lo tercero se limita lo explicado quando el Juez procede contra alguno por via de inquisicion en caso prohibido, pues entónces puede usar de la declinatoria en qualquier tiempo, no obstante que haya propuesto ante él qualesquiera excepciones dilatorias; y la razon es, porque con la declinatoria una vez que se declare, se anula todo lo actuado hasta ella (1).

187 Hay otros actos judiciales, por los quales no se prorroga tácitamente la jurisdiccion del Juez, sin que intervenga la litis contestacion, y son, el primero por pedir el reo los autos, ó término para el despacho de ellos, y responder lo que convenga á su derecho y defensa, porque esto es para deliberar lo que debe practicar, y tener tiempo para ello (2). El segundo por dar las fianzas de estar á derecho y pagar juzgado y sentenciado, porque en éstas se entiende puesta la condicion *de que no tenga causa para declinar, ó recusarle*, pues si la tuviere, ha de poder hacerlo (3). El tercero, por hacer la confesion ante Juez incompetente, porque es visto que no la hace espontaneamente, ni por sujetarse á él, sino solo por redimir la vexacion del apremio (4). Pero para evitar toda duda conviene que lo exponga asi en la propia confesion, pues el Juez, y Escribano deben admitirselo, y es lo que se practica en esta Corte. El quarto, por la contumacia, lo qual se entiende, á ménos que el Juez incompetente se pronuncie en vista de ella por competente, pues entónces aunque el

(1) Leg. Licet. 24. n. 6. Cod de Procurator. Alex in leg. Quidam 17. n. 21. ff. de Re judicat. Socin. en la Si convenerit, ff. de Jurisdiction. omn. judic. n. 28. al fin. Decio en ella, n. 26. y en el cap 1. de Judic n. 183. y sig. (2) Ley Non videtur 33. ff. de Re judicat ley Edendo, y Autent Offeratur, Cod. de Litis contestation. (3) Leg Si convenerit, cit. & in leg. Vir bonus 18. n. 4. ff. de Judicatum solvi. Carl. tit. 1. disp. 2. n. 997. (4) Socin. consil. 108. col. fin. vol. 3. Avendañ. respons. 40. n. 6. vers. Secus vero Farinac. in Prax. quæst. 7. n. 4. vers. Sublimitendo; Maranta, part. 4. distinct. 12. n. 13.

reo no sea súbdito suyo, como por su contumacia se inhabilita de poder apelar, y pierde el derecho de la declinatoria, carece despues de la facultad de oponerla (1) El quinto, en las causas criminales, pues por la oposicion de la excepcion no se prorroga, porque cede en perjuicio del Juez competente (2). El sexto, en la que se hace de lugar á lugar, pues debe ser expresa (3). El septimo, en caso de omnimoda incompetencia, que es quando el que se titula Juez, ninguna jurisdiccion tiene, en cuyo caso puede el reo oponer la declinatoria en qualquiera parte del juicio, porque en nadie reside potestad para hacerse Juez por solo el tácito ó expreso consentimiento de las partes, y de consiguiente para prorrogar una jurisdiccion que no tiene (4). Lo propio milita quando la jurisdiccion es limitada á cierta especie de personas, ó causas, pues no puede prorrogarse á otras de diversa especie (5). El octavo si interviene error ó ignorancia continuada de hecho, ó de derecho de parte del reo, porque como el error quita el consentimiento, impide que se haga, y entienda hecha la prorrogacion (6), y esto tiene lugar quando el Juez es del todo incompetente por derecho, mas no, quando es competente, y solo por la excepcion se constituye incompetente, pues entónces aunque haya error, vale la prorrogacion (7). Y el nono en la causa de apelacion, pues ésta debe hacerse gradualmente al Juez competente, y no há lugar la prorrogacion de consentimiento de las partes del incompetente (8).

188 El Juez prorrogado puede conocer y sentenciar, mas no poner en execucion la sentencia que profiera, porque esto toca al ordinario como competente (9).

189 Propuesta la declinatoria en los términos insinuados, se

(1) Carl. disp. cit. n.1000. al 1002. Marant. ibi. n.16. (2) Leg. Si quis ex consensu, col.2. al fin. Cod de Episcop. audient. Socin consil. dicho al fin. Jason in leg. Si convenerit, col.8. circa finem. (3) Marant. ubi sup. n.15. (4) Ley Privatorum consensus, Cod. de Jurisdict. omnium judic. cap. Si diligenti, de Foro compet. (5) Ley 2. al princip. y ley 61. §. Latrunculator, ff. de Judic. Jason en la Si per errorem 15. col. omn. 1. ff. de Jurisd. omn. judic. Marant. loco cit. n. 18. (6) Ley Si per errorem cit. & ibi y ley 15. tit.22. Part.3. Greg.Lop. en ella glos.2. (7) Leg. Ex quacumque, col.4. ff. Si quis in jus vocatus. glos. in leg. 4 §. 1. vers. Consensus, ff. de Judic. Jason in l.g. Si per errorem cit. col. (8) Marant. part 4. distinct.12. n. 22. Alex. in leg.2. ff. de Judic. in Addition. ad Bart. (9) Ley Episcopale, Cod. de Episcop. audient. Jason in leg. Si per errorem, in not.4. Alex. in leg. Cum quædam 19. ff. de Jurisd. in not. oenult. Bart. en la ley 1. ff. de Judic. Marant, y Carlev. en los lugares citados.

impide el ingreso, y progreso del juicio, de tal suerte, que el Juez no puede proceder en los autos, interin no se declare expresamente por competente, ó incompetente, y se consienta, ó executorie el auto; y si procede sin esta expresa declaracion, (pues no basta la tácita) es nulo el proceso. Si se pone la *de litis pendencia*, *legitimacion de persona*, ú otra que impida el progreso del pleito, de modo, que recayendo declaracion sobre ella, no pueda expedirse el negocio principal, debe el Juez hacerla expresa, ó tacitamente. Quando se opone alguna otra dilatoria, que si se admite se anula todo lo actuado hasta alli, debe difinirse tambien al instante, y no reservarse para el final del juicio, á efecto de que éste no quede ilusorio, ni el reo experimente vexacion con expensas inutiles. Lo mismo se debe practicar, quando propone alguna perjudicial, que de reservarse para difinitiva, contiene gravamen irreparable por ésta, y de lo contrario es nula la sentencia, como advierte el *Sr. Salg.* (1) Pero sobre las demás excepciones no es necesaria declaracion expresa, excepto que el reo la pida, y lo que se practica, es recibir el pleito á prueba sobre lo principal, sin mencionar la excepcion, con lo que se desprecia virtualmente ésta. Vease al *Sr. Greg. Lop.* en las glosas primeras de las leyes 11. tit. 3. y 5. tit. 10. Part. 3. y á *Carlev. de Judic. tit. 2. disp. 5. núm. 8. y 9.*

190 Si el reo forma artículo de no contestar, y no pide que asi se declare ante todas cosas, ni hace la protesta *de contestar la demanda á su tiempo en el competente, siendo digna de contestacion, y no de otra suerte*, y el Juez desprecia el artículo expresa ó tacitamente, ya no puede pretender término para contestarla, por ser pasado, y asi puede el Juez recibir el pleito á prueba sobre lo principal, porque se há por contestada, y por concluso para prueba; bien que no por eso está privado de articular, y probar todas las excepciones peremptorias que conciernan á enervar, y extinguir la accion del demandante, no obstante que no las haya manifestado en el escrito si lo hace despues. Pero si hace la protesta, y pide declaracion expresa, no debe el Juez recibirlo á prueba despreciando el artículo, sino ántes bien mandarle que conteste dentro del término legal, y de lo contrario se puede apelar; y es lo que se practica.

(1) De Reg. part. 2. cap. 18. n. 68. al fin.

191 Las excepciones que tocan á la persona del actor, son las *de legitimacion, no solo para pedir, sino para comparecer en juicio*, v. g. el menor que comparece sin intervencion de su curador, el tutor en nombre del pupilo, sin acreditar su encargo, el Procurador sin poder, ó con él, si es diminuto, obscuro, y sin facultad especifica, quando el negocio la requiere, el substituto suyo, careciendo de facultad para nombrarlo, el excomulgado vitando, el hijo de familia, y todos los que no manifiestan la que les asiste, ó carecen de ella, ó tienen prohibicion legal de comparecer en juicio, pues ya sea en el civil ó criminal, ordinario ó executivo, extraordinario, plenario ó sumario, y la causa tal que se trate de plano sin estrépito, ni figura de él, debe legitimar el actor su persona (1).

192 Pero se duda si debe legitimarla al principio del pleito ántes que el reo conteste, ó basta hacerlo en el término de prueba, ó ántes de la sentencia. *Carlev.* que propone esta dificultad (2) conciliando con sutil, y maduro exámen la discordia de los muchos AA. que cita, distingue dos casos: el primero, quando el actor comparece por sí mismo en su propio nombre, v. g. el heredero, y donatario, los quales no necesitan acreditar que lo son ántes de la contestacion, y basta producir los documentos de tales ántes de la sentencia. La razon es, porque éstos mas sirven para justificar lo que piden, que para legitimar sus personas, pues miran á los méritos del proceso para obtener en juicio, y esto se amplía al cesonario quando litiga como tal en su propio nombre, exerciendo las acciones utiles que el cedente le transfirió por la cesion, mas no quando comparece en nombre, y como mandatario de éste, exerciendo las directas que como dueño le competen.

193 Esto tiene tres limitaciones. La I.ª quando el actor hace mencion en la demanda (como debe) de la cesion, donacion, testamento, &c. pues entónces ha de manisfestarlo ántes de la litis contestacion, pidiendolo el reo, para que éste delibere en su vista si ha de continuar en el pleito ó separarse, á ménos que jure no poder exhibirlo, por no existir en su poder. La II.ª en las causas executivas, en las quales debe producir ante todas co-

(1) Leyes 9. y 24. Cod. de Procurator. y leyes 9.20. y 21. Cod. de Iis qui accusare non poss. y cap. 1. de Accusation. (2) De Judic. tit. 2. disp. 4.

sas el instrumento que trae aparejada la execucion. Y la III.ª si por la ley se requiere alguna qualidad para que sea admitido al juicio, pues en este caso debe acreditar que concurre en él, y que es la misma que la ley apetece; excepto que el reo no la excepcione, en cuyo caso bien se puede proseguir el juicio sin este requisito,

194 El segundo caso es, quando el actor demanda en nombre, y como Procurador de otro; en el qual, aunque sea cesonario, debe manifestar sus facultades en el juicio ántes de la contestacion, y de no hacerlo, le obstará la excepcion: *tua non interest*, y podrá el Juez repelerle de oficio, por carecer de accion, porque es injusto permitir que uno sea molestado en juicio por quien no tiene interés, con solo el aparente pretexto de que lo hace por otro, á mas de que seria burlarse del Juez; y por eso nuestro Derecho Real (1) manda que no se defiera á la pretension del actor que comparece en juicio como personero de otro, miéntras no acredite con el poder tener facultades para ello, é impone pena á los Escribanos y Relatores del Consejo, y Audiencias; á aquellos si pasan á éstos los autos ántes que los poderes estén firmados por bastantes por los Abogados de las partes; y á éstos si hacen relacion del pleito, sin que preceda esta circunstancia; en cuya observancia los Jueces doctos proveen este auto: *Esta parte legitíme ante todas cosas su persona, y hecho se traiga.* Y si se opone en nombre del reo sin su poder, dicen: *Presentando esta parte poder competente, se le entreguen los autos que pide, por el término ordinario.*

195 Se estiman, y admiten tambien por excepciones dilatorias concernientes á la persona, y se han de decidir previamente las fianzas ó seguridades que se piden, y deben dar en juicio (2), y son las de estar á derecho y pagar juzgado y sentenciado, que expliqué en el cap. 7. de mi primera parte §. 5. n. 141. la de no ofender, que es quando alguno se queja de que otro le amenazó, pues puede implorar el oficio del Juez, y justificando copulativamente no solo la amenaza, sino que el que la hizo, suele poner en execucion las que hace, (pues no basta la justificacion de una cosa sola) debe el Juez compeler á éste á que

(1) Ley 4. tit. 7. lib. 4. y leyes 2. y 3. tit. 3. lib. 11. Nov. Rec. (2) Marant. Specul. aur. part. 6. Nonomemb. Judic. n. 4 vers. Et similiter quando petitur satisdatio judicialis.

afiance, y a segure que no hará daño al querelloso, sus bienes, ni familia por sí, ni por medio de otro, de la qual tratan *Bart.* en la ley *Illicitas*, §. *Ne potentiores*, *ff. de Offic. Præsid. y Felin. in Rub. de Tregua, & pace:* la de *rato*, que debe dar el que comparece á nombre de otro sin su poder, ó sin el bastante, ó como conjunto en los casos que el Derecho prescribe, de que su parte habrá por firme, y no reclamará lo que se practique en el pleito, de la qual toqué lo correspondiente en el cap. 14. §. 1. n. 15. de mi primera parte, y tratan las leyes 1. *y Muritus* 21. *Cod. de Procuratorib.* la ley *Non solum* 39. §. 1. *la Pomponius* 40. §§. 2 *y* 3 *ff cod. tit.* y todo el tit. *ff. Rem ratam haberi*: la que el actor debe dar al principio del juicio, de pagar al reo las costas y daños que con motivo del pleito se le irroguen, en caso de que por no probar su intencion, sea condenado y esté absuelto; de que tratan la Authentica *Generaliter autem judex*, *Cod. de Episcop. & Cleric.* y el cap. *Ad excludendas* 2. *in Athent. de Litigiosis, collat. 8. tit.* 11. *novel.* 110 La de *indemnidad*, de que traté en dicho cap. 7. n. 159. y sig. ó quando el reo preso en carcel estrecha, pretende se le alivie y remueva á otra suave, ó que por carcel se le dén Villa y arrabales, y dá fianza, ó caucion y seguridad de subsistir en ella, y no quebrantarla hasta que el Juez se lo permita: la convencional en los contratos, que igualmente puede darse fuera de juicio, si lo pactan los contrayentes, de la qual hablan los títulos, *ff & Cod. de Judic.* la de *mutacion de condicion*, de que trata la ley *Omnibus* 41. *ff. de Judic.* v. g. quando el deudor que está obligado á pagar cierta suma á plazo determinado, vá empobreciendo, pues para evitar que se le moleste, dá fianza de que al tiempo estipulado la satisfará: la que el Principe, ó su Consejo mandan dar al deudor que pretende espera ó moratoria, para que durante ésta no le persigan sus acreedores, sin la qual no vale, ni le aprovecha de la que habla la ley *Universa* 4. *Cod. de Precib. Imperatori offerendis*; y segun la ley 1. tit. 33. lib. 11. Nov. Rec. no debe concederla el Consejo, sin dar traslado á aquellos, ver su respuesta, y que luego dé á su satisfaccion fianza de pagar cumplido el tiempo de la concesion: la que los Jurisconsultos llaman *Muciana*, y expliqué en el cap. 1. de mi primera parte, §. 12. n. 217. ó quando el testador legó cierta cosa ó cantidad á dia fixo, ó con condicion, y su heredero afianza de que verificada ésta, ó cumplido aquel, entregará al le-

gatario su legado: la de *damno infecto*, que es para asegurar, y resarcir el daño que no ha sucedido, pero puede suceder, de la qual tratan las 48. leyes ff. de este titulo: la de *usufructo* que expliqué latamente en el referido cap. 1. §. 20. n. 267. y sig. en el cap. 7. lib. 1. de esta segunda parte, de que hablaré tambien; de la qual trata el tit. *Usufructuarius quemadmodum caveat*: la que se da en las denuncias de obra nueva, de que asimismo traté en dicho cap. 7. §. 9. n. 165. y de ella habla el tit. *ff. de Oper. nov. nunciat*: la que debe dar el heredero extraño de restituir el exceso al importe de la *Quarta falcidia*, de que habla todo el tit. *ff. Si cui plus quam per leg. falcid. licuerit legatum esse dicetur*: las de las leyes de Toledo, Madrid, y demas que tambien expliqué en el cap. 7. §. 5. nn. 138. y 139. y otras de que hacen mencion el tit. *ff. de Prætor. stipulat.* varias leyes del Derecho Civil, y Real, y el práctico *Maranta part.* 6. *tit. de Satisdatione* 8. *Membr. judicii*, en donde el aplicado Jurista las podrá hallar, como que debe saberlas para quando le ocurra el caso de defender y juzgar: todas las quales tienen su tendencia directa á la persona del litigante, y en ellas se ha de obligar primero el principal, y en su defecto el fiador, y de lo contrario no valdrán, porque como obligaciones accesorias y subsidiarias no pueden tener subsistencia sin las principales, ni verificarse ó surtir su efecto sino á falta de éstas, por ser fianzas puras, y simples.

196 Las excepciones que miran á la causa, son *litis pendencia* sobre el mismo asunto ante diversos Jueces, ó ante uno, y distintos Escribanos, la *subrepcion* del rescripto, por haber sido obtenido con relacion siniestra; *estar el libelo inepto, ú obscuro*; *el pacto temporal de no pedir*; *carecer el actor de accion para litigar, pedir ántes que espire el plazo, ó se cumpla la condicion*; y otras semejantes (1), las quales debe poner el reo ántes de la contestacion, á ménos que hayan sobrevenido despues por algun acto del demandante en que el reo no haya intervenido; ó que la misma excepcion anule el proceso, pues en estos dos casos en qualquiera parte del juicio que las advierta, las puede oponer, y de no hacerlo, es visto que las renuncia.

197 En estas excepciones no tiene lugar la *acumulacion* que

(1) Ley 9. tit. 2. Part. 3. Cevall. de Cognition. per viam violent part. 2. quæst 111. Cirac. controvers. 187. Valenzuel. cons. 133. y 173. Jul. Capon. discept. 135. tom 3.

produce la litis pendencia, pues no solo se puede pretender en qualquiera parte del juicio, aun fuera de los dos casos expresados, sino que admite restitucion *in integrum*; y la razon es, para que la persona privilegiada no experimente vexacion en diversos Tribunales sobre una misma cosa (1). Otras excepciones dilatorias hay que se pueden oponer despues de la contestacion, de las quales tratan *Felin. in cap. Exception. col.* 9. vers. *Fallit octavo*: *de Except. y Alex. in leg. Ita demum, Cod. de Procurator.* las que omito referir, por no molestar mas al Escribano.

198 La litis pendencia es motivo de que se pida y haga acumulacion de autos, y procesos. En ella se interesan principalmente los litigantes, para que no se divida la continencia de la causa, ni se les irrogue detrimento, ni sobre un mismo asunto aparezcan dos sentencias tal vez contrarias, de manera que la dada en un juicio, pueda servir de excepcion en el otro; ó que sea ménos principal, ó que los Jueces y Escribanos consientan se trate accesoriamente por su privativa utilidad pecuniaria, y regalía de jurisdiccion.

199 Para que se verifique haber *litis pendencia*, es menester que el Juez que principió á conocer del negocio sea competente, y que el reo sea citado, é instruido plenamente de la demanda en tiempo, y forma; ó que si no lo es, dependa de él, por no dexarse citar, ó usar de medios que impidan llegue á su noticia, pues no le deben sufragar su dolo, y malicia, ni por su contumacia constituirse de mejor condicion que el obediente (2). Pero pendiente el pleito no se puede enagenar la cosa litigiosa, y si se enagena, es nula su enagenacion, excepto que sea por razon de dote, ó donacion por casamiento ó de transacion; ó de division de las cosas hereditarias, ó por legado, ó fideicomiso, ó en los juicios universales en que el Juez permite, porque asi lo exîge la necesidad, enagenar alguna para el funeral del deudor, paga de ciertos débitos suyos, y alimentos de su familia (3): fuera de estos casos se ha de revocar, y volver la cosa enagenada á su

(1) Carlev. tit.2. disp.2. n.5. al 12. Molin. de Primogen. libro 3. cap. 13. n.61. Gutier. lib.1. Pract. q.52. n.4. Foltanel. de Pact. claus.2. glos. 8. n.51. y decis.19. n. 5 y 6. Marant. parte 6. de Exception n. 9. y 10 (2) Clementin.2 Ut lite pendente, & ibi Imnol. §. fin. & glos. verb. Competenti, ley Si ideo, ff de Evict. cap. Sedes 15. y Ex tenore 16. ff. de Re judic. Reinf. lib.2. tit.16. §.1. n.5.al 9. (3) Ley 13. tit.7 Part.3 y ley final, Cod. de Rebus litig. y Authent. de Litigiosis, collat.8 glos.in cap.3.Ut lite pendente. Reinf.ibi,n.19.

antiguo estado, y si no puede ser, subrogarse otra en su lugar; y así el rescripto ó privilegio que pendiente el pleito se obtiene sin mencionarlo, no perjudica á la parte contraria, por ser subrepticio; bien que por la litis pendencia no se priva al reo de la posesion de la cosa, percepcion de sus frutos, y uso de su comodidad; antes por el contrario subsiste todo del mismo modo sin innovacion, porque de privarle, se le irrogaba injustamente grave daño, quitandoselo sin ser vencido, y la presuncion está por él de ser verdadero dueño y poseedor. De todo esto y de otras cosas concernientes tratan con mas extension *Carleval* (1).

200 Supuesto lo referido debo sentar, que la acumulacion, union de autos y procesos (no hablo de la de acciones que es muy diversa, y la dexo explicada en el §. 2. de este capítulo desde el núm. 66. al 68.) se ha de hacer por qualquiera de las tres causas siguientes: la primera *siempre que la cosa juzgada produce excepcion de tal sobre lo que se litiga*, pues de ventilarse ante dos Jueces, y en diferentes procesos, se determinaria en distintos tiempos, y la sentencia dada por uno, obstaria, y podria oponerse como excepcion ante el otro (2).

201 La segunda por *litis pendencia*, que es por razon de pleito pendiente sobre el dominio, ó quasi dominio de la cosa litigiosa (pues no basta que sea sobre gravamen que tenga, ó sobre posesion de ella, bien que se hará litigiosa ésta), y así no debe continuar el Juez segundo, estando principiada la causa ante el que previno el conocimiento (3). Lo mismo procede quando el deudor forma concurso voluntario ante qualquier Juez suyo, pues puede pedir, y hacer que se unan, y acumulen todas las causas que contra él penden ante otros, ya se hayan movido antes, ó despues de formado, é instaurar esta pretension ante el del concurso en qualquier estado del pleito; y tambien lo pueden pretender los acreedores que han ocurrido á él, ó el defensor nombrado, aunque esté pasado el término prescripto para oponer

(1) De Judic. tit. 1. disp 2. sect 3. quæst. 7. n 875. hasta el fin; Reinf. lib 2. tit 16. §§. 1 y 2. y los que citan (2) Leyes Julianus 3. Singulis 7. § Et generaliter 4 y Et an eamdem 14. ff. de Exception. rei judicat y ley Fundum 16. y Funli 18 ff. de Exception. cap 1. de Litis contestation y cap. 2 de Exception. in 6 (3) Authent de Litigiosis, collat 8. & Authent. Litigiosa res, Cod. de Litigiosis. Clement. 2 Ut lite pendente, y ley Uoi a ceptum 30. ff. de Judic. Reinf. lib 2 tit. 16. §. 2. n. 23. al 27. Parlad. lib. 2. Rer. cap. 9. n. 8. Carlev. tit. 2. disp. 1. n 2.

las excepciones dilatorias (1), porque como juicio universal avoca, y atrae á sí todos los particulares, segun en él diré.

202 Y la tercera, para que no se divida la *continencia* de la causa (2); pues siempre que se verifica conexion, similitud, y relacion entre los litigantes, ó entre la cosa ó accion, ó entre todos juntamente, y se opone esta excepcion, se deben acumular unos autos á otros, porque viene á ser una causa comprehensiva de otras varias que tienen idéntica continencia, lo qual puede suceder, y verificarse en seis casos. El I.° quando concurren las tres identidades de *persona* (aunque esté representada por otro) *juicio*, *y cosa*, ó alhaja; quiero decir, quando es una la accion, y son unos los litigantes, y una misma la cosa que pretenden. El II.° quando la accion es diversa; pero la cosa, y litigantes son los mismos. El III.° quando la cosa es distinta, pero la accion, y los litigantes son tambien los mismos. El IV.° quando la identidad de la accion proviene de una causa, y fuente contra muchos, aunque la persona, y cosa sean diferentes, v. g. la accion de tutela, por la qual se procede contra muchos tutores; ó quando los acreedores litigan contra su deudor, ya sea por una cantidad, y obligacion á favor de todos, ó por la cosa en que son participes, ó cada uno por su crédito particular y privativo. El V.° quando la accion, y la cosa son las mismas, pero las personas distintas, como sucede en los juicios que llaman *duplicados*, ó *mixtos*, por ser actores y reos todos los litigantes; y son el de *Finium regundorum*, que es sobre deslinde, y amojonamiento de tierras, y términos, aunque en ellas haya edificios ó arboles: el de *Famil. erciscundæ*, que es sobre division de herencia: el de *Comm. dividundo*, que es sobre particion de la cosa que pertenece á muchos, (de lo qual tratan los títulos 1. 2. y 3. ff. lib. 10. y los 39. lib. 1. y 36. y 37. lib. 3. Cod.) el de *Tenuta*, y otros semejantes, que no pueden dividirse cómodamente sin dispendio y vexacion de las partes; y asi se han de tratar ante un Juez, para que viendo á un propio tiempo el derecho de todos, pueda dar á cada uno el que le toca. Y el VI.° quando los juicios son, y se reputan como un género y especie, pues no deben dividirse (3).

(1) Salg. part 1. Labir. cap. 4. §. 3. (2) Ley Nulli 10. Cod de Judic. y ley Cognitio 8. §. Si plures 1. ff. de Liberali caus. cap. 1. de Caus. possesion. & propriet. cap. 1. de Sequestrat. posses. & fruct. y cap. 5. de Litis. contestat. in 6. (3) Carlev. de Judic. tit. 2. y disp. 1. cit. n. 3. 4. y 11. Salg. Labir. part. 1. cap. 4. §§. 1. 2. y 3. Pallad. lib. 2. y cap. 9. dichos. n. 1. al 3.

203 Pero se exceptúan siete casos, en los quales no se deberá hacer la acumulacion de autos ó procesos, aunque la continencia de la causa se divida. El I.° quando la parte no lo pide, ni opone esta excepcion; pues el Juez, como que no es interesado, ni por consiguiente le incumbe, no debe hacerla de oficio. El II.° quando actor y reo son omnímoda, y absolutamente de diverso fuero, v. gr. uno del eclesiástico, y otro del secular. El III.° quando el reo demandado ante el primer Juez es contumáz, pues por su contumacia pierde la excepcion y beneficio que le competía, á no ser que previamente satisfaga las costas, y siga luego ante él su Justicia, que entónces lo recuperará con este acto. El IV.° quando el Juez no tiene jurisdiccion plena para conocer de todo el pleito, ó intervienen otras causas justas para la division de su conocimiento; v. gr. si dos reos, uno Clérigo, y otro lego son cómplices en un delito, ó el negocio toca á entrambos, pues debe tratarse ante el Juez de cada uno, por carecer de jurisdiccion sobre los dos, como ví decidido en el Consejo en pleito que seguí (*a*). El V.° en las executiones, pues el execu-

(*a*) Sin embargo, siendo cómplices de un delito dos personas de distinto fuero, sería muy conveniente que no se dividiese la continencia de la causa, porque realmente no debe ser mas que una siendo una la sumaria, y unas las pruebas, ó los medios de probar de dónde, á lo mas solo puede resultar la mayor ó menor complicidad de uno de los reos, y esto como que solo induce á minorar la pena, no es un motivo para separarse. En este caso sería muy oportuno para facilitar la brevedad de la causa, que ambos Jueces hallándose en un Pueblo, formasen un solo Tribunal, en donde se viese y sentenciase, excusandose competencias siempre muy perjudiciales para la recta administracion de justicia. Si estuviesen separados, debería seguirla el que primero hubiese conocido en ella, dando despues al otro noticia de la sentencia para que le constase, ó para que la pusiese en execucion con respecto al reo de su fuero. Esto debe entenderse respecto de los delitos en que no se incurre en desafuero, pues de los otros debe conocer indispensablemente la Justicia Ordinaria. Sobre lo que deba hacerse quando el negocio ó asunto de que se trata toca á personas de distinto fuero, es necesario estar á la práctica y á las decisiones del Consejo, consultándose siempre la nauraleza de la causa, y el espíritu de nuestras leyes, que es él de favorecer á los litigantes, no haciendoles comparecer en distintos Tribunales para un mismo negocio, especialmente si estan en diversos lugares multiplicando los gastos, y causandoles muchos daños con las dilaciones que son consiguientes. Fuera de que siempre sería un mal en la administracion de justicia, que en un asunto, por exemplo, sobre el qual no hubiese ley terminante, y se hubiese de decidir por la opinion del Juez, declarase uno de un modo y otro de otro, como habrá sucedido muchas veces. Mucho pudieran remediar en esto los Jueces

tante puede acudir ante distintos Jueces para la mas pronta exâccion de su débito, porque los remedios que se dirigen á un fin, son compatibles, y la eleccion de uno no quita, ni excluye al otro (*a*). El VI.° quando los procesos están en diversas instancias; v. gr. uno en primera, y otro en segunda, ó tercera. Y el VII.° por razon del juramento del contrario, pues por él adquiere jurisdiccion el Juez Eclesiástico; pero no por eso debe decirse que se añade fuero á fuero, sino que el actor tiene dos para reconvenir al reo, y que puede elegir el que quiera, mas no seguir por ambos á un tiempo sobre la misma cosa (1).

204 Pidiendose acumulacion de autos civiles ó criminales, pendientes ante Escribanos de diverso fuero contra un reo por varios acreedores ó injuriados, ha de hacerse al del Juez que de la causa debe conocer, que es el primero que empezó, aunque no sea tan digno. Si los Escribanos son de un mismo fuero, al que principió á entender en ella, ya fuese á pedimento de parte ó de oficio; lo propio se ha de observar en la execucion de cosa juzgada, ó eviccion, quando ante el Escribano se trató el pleito principal, y ambos son de un propio fuero (2). Pero con el auto en que se manda al Escribano que vaya á hacer relacion, y con el de señalamiento de dia para hacerla, se ha de citar á las partes, y el que se dé, declarando haber ó no lugar á ella, noti-

mismos, si guiados por un zelo discreto no diesen mas valor á su jurisdiccion del que la corresponde, escusando personalidades, que suelen ser las mas veces el origen de las competencias. El remedio de estos males deberian ponerle las leyes civiles de acuerdo con las Eclesiasticas.

(*a*) No parece esto muy compatible con la proteccion que nuestras leyes quieren dispensar á los litigantes especialmente á los reos. Seria una accion poco conforme á los principios de humanidad, y contraria á la justicia misma, el que por una misma deuda se viese un hombre vexado por distintos Tribunales. El que sabe de qué manera se procede en las execuciones por los Ministros que las hacen, y el trastorno que causan en una familia, no podrá ménos de compadecer al executado quando le vea expuesto á sufrir estas repetidas vexaciones. Por otra parte, si tuviese lugar esta doctrina se complicarian las diligencias, se comprometeria la autoridad de los Jueces, y el reo no podria acudir á un tiempo á defenderse en todas partes. Será pues conveniente establecer la máxîma, de que una misma deuda no se repita ante diversos Jueces. Aun respecto de varias deudas y varios acreedores, seria muy util que tuviese lugar la acumulacion, por muchas consideraciones que se omiten en obsequio de la brevedad.

(1) Carl. Ubi sup. proximè n 7 y n. 13. al 19. (2) Parlad. lib. 1. Rer. cap. 9. n. 6. al 8. Salg. part. 1. Labir cap. 4. §. 1. n. 37. Carl. loco cit. n. penult. y ult.

ficarselo, para que las conste, y usen de su derecho, y estenderlo el que llamó al otro, y no éste, pues allí se ha de concluir este artículo, como que por ante él, y no por ante el requerido se principió.

205 Si los autos penden ante dos Jueces, uno mas digno por su graduacion que el otro, v. gr. el uno togado, y el otro no, ó si ambos los son, es Consejero el uno, y el otro Alcalde, ú Oidor de Audiencia, ó Chancillería; ó el uno con el honor solo de la toga, y el otro con destino en Tribunal donde todos son togados, &c. se ha de pretender ante el mas digno, que el Escribano del otro juzgado vaya á hacer relacion citadas las partes, (aun quando á los del ménos graduado se deban acumular) y que se acumulen estos á aquellos, ó al contrario, segun por derecho deba hacerse, porque lo mas digno atrae á sí lo ménos digno, y el Escribano del Juez mas graduado sigue en esta parte su distincion, por lo que no debe sujetarse á ir ante el otro á dar cuenta de los suyos. Pero si el Juez de menor graduacion es comisionado por el Rey, ó por Tribunal superior para el conocimiento de ellos, debe ir ante él, si se lo manda, porque no procede como ordinario, sino representando al superior que le dió la comision, en la que es mas que el Juez particular graduado: asi lo he visto practicar siempre en esta Corte, y es conforme á razon.

206 Declarando haber lugar á la acumulacion, debe el Escribano á quien se quitan los autos, entregarlos íntegros y originales al otro, sin llevar mas derechos que los causados hasta el estado en que se hallan, inclusos los de hacer relacion; pero quando no há lugar á ella, y se manda que las partes sigan su justicia en donde, y como las convenga, no está obligado á su entrega, ni union, aunque todos pasen ante él, pues entónces si para unos aprovecha á la parte algo de los otros, puede pedir de ellos los testimonios que necesite (1), y que á este efecto el Juez que conoce de la causa principal, libre los compulsorios necesarios, citando con ellos á la parte contraria, para que si quisiere, se halle presente á verlos corregir, y concertar. Se debe tener presente lo I.° que en el auto en que se declare haber ó no lu-

(1) Ley 18. tit. 15. lib 7. y 4. tit. 33. lib. 12. Nov. Rec. vers. *Item de qualquiera proceso que se remitiese.* Cur. Philip. part. 1. §. 8. verb. Juicio, n. 11. Parlad. cap. 9 n. 4. y 5.

gar á la acumulacion, se ha de expresar haber hecho relacion cada Escribano de los que pendian en su oficio; y si unos y otros penden ante un Escribano, no es necesario compulsorio para sacar los testimonios referidos, pues en virtud, y á continuacion del auto en que se mandan dar, se pueden poner: así lo he visto practicar siempre sin disputa. Y lo II.° que miéntras está pendiente la acumulacion, y hasta que se consienta, ó executorie, nada se debe hacer en el negocio principal, porque como artículo dilatorio hace suspender el progreso de los autos hasta que se declare.

207 Excepciones *mere peremptorias* se llaman las que acaban y extinguen la intencion y derecho del actor, v. g. las de *non numerata pecunia*: *prescripcion*: *solucion*: *juramento de no pedir la deuda en juicio*: *pacto perpetuo de no pedir*: *simulacion de contrato*: *dolo de que usó el actor para conseguir que el reo se obligase*: *miedo grave que le impulsó á constituir la obligacion*, y otras semejantes, las quales deben oponerse despues de la contestacion, y de ningun modo se han de decidir hasta la sentencia difinitiva que recaiga sobre el negocio principal, absolviendo, ó condenando al reo segun los méritos del proceso (1). El que quiera saber de quántas maneras se comete el dolo, y quándo daña ó no al singular succesor, vea el cap. 2. de este libro, §. 4.

208 Se titulan *mixtas*, ó *anómalas* las excepciones que participan de la naturaleza de dilatorias y peremptorias: v. g. *la cosa juzgada*: *transaccion*: *pleito acabado*: *paga*, *finiquito*, *prescripcion*, y todas las que acreditan que el demandante procede sin accion por no competirle, ó no tenerla ya, aunque la hubiese tenido (2). Pueden oponerse ántes ó despues de la litis contestacion, y á veces no solo ántes de ésta en fuerza de dilatorias, ó como mas haya lugar, y puedan contribuir á la justificacion del artículo de no contestar que se forme, sino tambien despues, en caso que el artículo se desprecie, y mande contestar al reo, por requerir mayor conocimiento, como lo he visto practicar. Si se oponen ántes, sirven para impedir el ingreso, y progreso del juicio, de modo, que se acaba en caso de estimarse, y si despues, para elidir y

(1) Carlev. tit 2. dip.5. n.3. y 5. Paz tom. y part 1. temp.7. n.1. Marant. part.6 membr. 9. Judicii, n 11. 2) Cap. 1. de Litis contestat. in 6. & ibi glos. verb. Finita. Carl. ibi. n.4. y 27.

enervar la accion del demandante, que es el primario, y único fin, y objeto á que se dirigen.

209 Oponiendose ántes, si el reo ofrece probarlas incontinenti, que es en el término legal, y las prueba, debe hacerse declaracion sobre ellas, á ménos que requieran mas escrupuloso exámen é indagacion, por ser intrincadas en el hecho, (que el estimarlas, ó no por tales es arbitrario en el Juez, por no haber texto terminante que especifique quales son) y no poderse liquidar brevemente, pues entónces se ha de reservar su decision para difinitiva. Lo mismo se ha de practicar quando se oponen despues de la contestacion como peremptorias (1).

210 Pero si la duda y dificultad es de derecho, y no sobre el hecho, deben determinarse incontinenti; lo uno, porque acerca de la disputa de derecho no cabe, ni se requiere orden judicial, y siempre debe ser una la determinacion del Juez; y lo otro, porque para el pleito que consiste en mero derecho, no conceden término las leyes, por no ser necesario hacer justificacion, y estar resuelto en él lo que el Juez debe practicar: el término solo tiene lugar quando se trata de hechos de que se duda, á fin de que se puedan probar y aclarar. Lo propio debe executarse con las excepciones dilatorias que tienen su tendencia á los méritos de la causa (2).

211 Tambien se deben expedir, ó difinir ántes de proceder adelante las que miran al proceso, y llaman *emergentes*, *ó incidentes*, v. gr. si se ha de conceder ó no mas término, recibir ó no los testigos ántes del probatorio, y otras semejantes (3).

212 Las excepciones llamadas *perjudiciales* se comprehenden entre las dilatorias, y en su género, y son de dos clases: unas *absolutamente*, y de suyo *perjudiciales*, y otras que lo son respectivamente. Las primeras se objetan, y proponen sobre causa muy grave, y de gran perjuicio, v. gr. sobre el estado de libertad, servidumbre, é ingenuidad de alguno; si es ó no hijo de quien se dice; si el parto es ó no verdadero, y otras semejantes, las quales son perjudiciales de suyo por el perjuicio de la persona. Tambien se llaman *perjudiciales*, quando el hijo dice que no está

(1) Lex 4. §. Condemnatum 6. & ibi Alex. ff. de Re judicat. Marant. part. 6. tit. de Excepcion. n. 14. al 16. (2) Dicho cap. 1. de Litis contestat. Carl. disp. 5. dicha n. 4. y 12. al 17. y 22. al 26. (3) Carl. ibi, n. 18.

baxo de la patria potestad, y por lo mismo niega la obediencia á su padre, ó el vasallo á su señor, ó el Monge á su Abad, y éstos por la *accion perjudicial* deben ser compelidos á obedecer á sus respectivos superiores. De estas acciones hablan el §. *Præjudiciales*, *Institut. de Action.* su glosa, y otros textos.

213 Son perjudiciales respectivamente las que se proponen como acciones privilegiadas contra otras que no lo son; lo qual sucede de diversos modos. El I.° quando se intentan dos, una principal, y otra accesoria, pues aquella perjudica á ésta, porque se trata primero de ella. El II.° por razon de su contrariedad, v. gr. quando se instaura una, y luego otra contraria, pues no se admite ésta por el perjuicio que causa á la otra. El III.° por la de mayoría y preeminencia, v. gr. quando se intentan dos civiles, una particular, y otra universal, pues aquella cede á ésta, porque el juicio universal como mayor prefiere al particular; ó quando la una es civil, y la otra criminal, y ésta absorve en sí á aquella, y no de otra suerte, pues como que se debe ventilar primero la criminal, por ser mayor, perjudica el curso de la otra. El IV.° por razon de despojo de alguna alhaja, pues mientras se trata de recuperar su posesion, ningun pleito puede mover sobre ella el despojador al despojado. El V.° quando alguno intenta la accion *familiæ erciscundæ*, diciendo que es coheredero, pues interin justifica serlo, si se lo niegan, no puede dividirse la herencia, y esta excepcion perjudica á la accion intentada. El VI.° quando intenta la de *communi dividundo*, y se le niega ser comun la cosa cuya division pretende; pues primero debe probar que es dueño, ó participante en ella, si no la posee, y usar de la reivindicacion, y luego que obtenga en juicio, pasar á dividirse. El VII.° quando intenta la hipotecaria contra tercero poseedor, ó contra el fiador simple, porque si se le opone la excepcion de la excusion en el principal obligado, debe hacerla primero, y ésta perjudica á la accion. El VIII.° quando se opone al actor la excepcion de excomunion mayor, de la qual se debe conocer ántes que del principal negocio. Y el IX.° quando no tiene accion, ó no legitima su persona, ó se excepciona contra la del Juez por incompetencia ó sospecha; de suerte, que siempre que el reo intenta alguna accion como tal, ó por via de excepcion, de la qual debe tratarse ántes que de la del actor, se llama *perjudicial*,

porque detiene, y perjudica su curso y conocimiento (1).

214 Aunque por el Derecho de las Partidas (2) se ordena, que si el Juez conoce que el ánimo del reo se dirige á diferir el pleito con las excepciones, como regularmente acontece, puede prefinirle término para que proponga juntas todas las que tenga, y no lo haciendo en él, proceder en los autos; por derecho posterior se prescribe el en que debe ponerlas, por lo que existiendo el demandado dentro de la jurisdiccion, ó territorio del Juez de cuya órden se le emplazó, le concede nueve dias continuos y peremptorios (contados segun la inconcusa práctica de los Tribunales, desde el de la citacion, ó emplazamiento exclusive) para oponer, y justificar las excepciones dilatorias (3); y pasados, no se deben admitir *en calidad de tales*, ni por via de restitucion del privilegiado á quien competa, á menos que de su inadmision se le irrogue grave detrimento, ó que haya tenido justa causa para no comparecer, pues entónces, precedida su inspeccion por el Juez, puede admitirlas (4). Pero si existe fuera de la jurisdiccion, se cuentan los nueve dias desde el siguiente al del ultimo, y peremptorio término, que el Juez con consideracion prudente á la distancia le asignó para comparecer (5).

215 Para alegar y oponer las *peremptorias y perjudiciales* de qualquier calidad que sean, le prefine el derecho otros veinte dias, los quales (por ser *otros* segun se explica la ley) empiezan desde que se concluyen los nueve referidos, en que ha de alegar y probar las dilatorias, y contestar el pleito, y despues de ellos no debe admitirlas el Juez, excepto que le parezca no oponerse de malicia, y que el reo lo jure así, y que hasta entónces no llegaron á su noticia; en cuyo caso no probandolas en el término que el Juez le señale, ha de ser condenado en las costas del proceso actuado durante su retardacion, sin esperar á la difinitiva: sobre esta condenacion no se le debe admitir recurso, ni hay remedio alguno (6).

(1) Marant part 4. distinct. 20. per tot. (2) Ley 9. tit. 3. Part. 3. verb. Otrosi decimos. (3) Ley 1. tit. 7. lib. 11. Nov. Rec. (4) Gutierrez lib. 1 Practicar quæst. 52. n. 34. y quæst. 52. n. 1. Salgado part. 3 Labir. cap. 4. n. 57 Greg. Lop. en la ley 9. tit. 3. Part. 3. glos. 5. verb. Non debe ser oido Ciriac controv. 383. (5) Dicha ley 1. tit. 7. ibi: *Contados del fin del término de la carta de emplazamiento.* (6) Ley cit. cap. 4. d. Exception. cap. 11. de Re judicat. Cov. Pract. cap. 26. n. 2. Parex. de Edition. tit. 4. Resolut. unic. n. 49.

216 En la instancia en que se opusieron alguna, ó algunas excepciones dentro del competente término, ninguna nueva se debe alegar despues de hecha publicacion de probanzas, para que el pleito se reciba á prueba sobre ella; excepto que el que la opone pueda justificarla por escritura pública, ó confesion de la parte contraria (1); ni tampoco articular en el interrogatorio sobre lo que no se alegó ántes, porque de permitirse esto, quedaria indefenso el colitigante, por no haber probado contra ella, á causa de ignorarla; y asi se practica.

217 No milita lo expuesto en el número inmediato para con los que gozan el beneficio de la *restitucion in integrum*, porque estos la tienen para poner y probar excepciones nuevas en primera instancia, y se les debe conceder una vez, y no mas, con tal que sea ántes de la conclusion para difinitiva; pues en otros términos no se les ha de otorgar, sin que primero se obliguen á pagar la pena que el Juez les imponga en caso de no justificarlas (2). El Juez debe suplir de oficio la excepcion que segun las leyes remueve la accion, aunque la parte no la oponga; pero si consiste en hecho, es preciso oponerla, y si en derecho, basta relacionar el hecho de que dimana, sin ser necesario expresarla (3) (*a*).

(1) Ley 1. cerca del fin. tit. 13. lib. 11. Nov. Rec. Vela disert. 41. n. 25. Salgad. de Reg. protect. part. 2. cap. 18. (2) Leyes 1. y 2. tit. 13. lib. 11. Nov. Recop. y ley final, Cod. Si Sæpius in integrum restitutio. Hermosill. en la 36. tit. 5. Part. 5. glos. 12. (3) Parlad. lib. 2. Rer. cap. 10. num. 8. al 10. Vela dissert. 49. n 104. Parex. de Ediction. tit 1. resolut. 1. §. 3. n. 2. y tit. 2. resolut. 7. n. 61. Jul. Capon. tom. 3. discept. 205. n. 1. Fontanel. decis. 193.

(*a*) Estas excepciones ó artículos es uno de los medios de que se valen los litigantes de mala fé para entorpecer y dilatar el curso del pleito. No bien han salido de un artículo propuesto las mas veces sin fundamento, quando proponen otro, y entretanto consiguen fatigar á su contrario, causarle gastos, y obligarle tal vez á que desampare el asunto principal, por no exponerse á mayores daños. Los Jueces, si los artículos no se proponen legalmente, ó conocen malicia en las partes, no solo deberian desecharlos, sino imponer la pena que merece la mala fé.

§. V.

De la contestacion de la demanda y sus efectos; cómo, y dentro de qué términos debe hacerse.

218 La contestacion en los juicios es respuesta asertiva ó negativa que dá el reo á la demanda del actor (1). Es el fundamento del juicio, y tan substancial y precisa, aunque sea en causas sumarias, que las partes no pueden remitirla, y si se omite, es nulo el proceso, y el juicio (2). Puede hacerse *expresa ó tacitamente*: expresamente, quando el reo comparece en él por sí, ó por su Procurador con poder bastante, y responde á la demanda, confesandola ó negandola; y tacitamente, quando por su contumacia ó rebeldía se declara por contestada, conforme lo ordena la ley (3).

219 Muchos efectos produce segun derecho la litis contestacion. El I.° es, que una vez hecha, no puede el demandante arrepentirse, dexar de proseguir el juicio hasta la sentencia, ni mudar su accion contra la voluntad del demandado; ni al contrario éste contra la de aquel, porque ya hay juicio, está trabada la litis, y pasa á casi contrato, que se celebra entre los litigantes (4); lo qual ántes de hacerla es permitido, y se practica. El II.° es cerrar la puerta, é impedir que se opongan la declinatoria de fuero, y demás excepciones dilatorias, y quedar sujeto el reo al Juez, y obligado al actor. El III.° es interrumpir la prescripcion de la accion, aunque se haga ante Juez árbitro. El IV.° constituir de mala fé al reo en quanto á los frutos de la cosa litigiosa; por lo que si es vencido en el juicio, debe restituir los devengados desde la contestacion. El V°. es que siendo válida, se perpetúa la accion personal por quarenta años. El VI.° que el Procurador que la hace, se estima dueño del pleito, puede substituir despues como tal el poder que se le con-

(1) Ley 1. tit. 10. Part. 3. y ley 1. tit. 6. lib. 11. Nov. Rec. Carl. tit. 2. disp. 4. n. 3. al 5. (2) Glos. in cap. Quoniam, de Probat. verb. Responsiones, & in cap. De causis, de Offic. delegat. Greg. en la ley fin. tit. 10. Part. 3. glos. 4. (3) Dicha ley 1. tit. 6. lib. 11. Nov. Recop. (4) Ley Licet. prætor 3. §. Idem scribit, ff. de Peculio, & ibi. glos. verb. *Judicio contrahi*. Authent. Qui semel, Cod. Quomodo & quando judex, y cap. Causam, que 3 Dolo, & Contumacia.

firió, y con él, y no con el dueño se deben entender en aquel juicio todas las diligencias que ocurran miéntras no le revoque el poder, hasta que la sentencia se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada y no mas, pues su execucion ha de ser con el dueño en persona. Sobre esta revocacion de poder, causas por qué puede hacerse, quándo espira, y lo que hoy se practica, vease el cap. 14. de la primera parte n. 21. al 23. El VII.º que despues de contestado el pleito se puede proceder á la recepcion de testigos; lo que ántes no, excepto en los casos ya expresados de que tratan las leyes 2. á la 8. del tit. 16. Part. 3: otros muchos efectos produce la litis contestacion, que explican la 8. tit. 10. de la misma Partida, *Paz in Prax. tom. y part. 1. temp. 6. n. 9. al 22. Carl. de Judic. tit. 2. dip. 1. n. 11.* y 12. y otros AA. que citan. Una vez contestado el pleito, aunque fallezca uno de los litigantes, puede el Procurador que lo contestó, continuarlo hasta su final decision, sin embargo de que sus herederos no le ratifiquen el poder, ni le den otro, con tal que no elijan nuevo apoderado, como con legal apoyo he sentado en el referido cap. 14. n. 21.

220 Debe contestar el reo la demanda ante el Juez, y Escribano de la causa, si pueden ser hallados, y si no, ante otro Escribano, y testigos con palabras claras y terminantes dentro de los mismos nueve dias siguientes al de la citacion ó emplazamiento en que debe oponer las excepciones dilatorias; los quales corren de momento á momento, aunque sean *feriados y colendos*, por lo que en éstos, y aun de noche se puede hacer, ya esté presente ó ausente el actor: no contestandola en ellos, la há la ley por contestada, y al reo por confeso en pena de su contumacia ó rebeldía (1) (*a*). Si el pleito es sobre alcabalas, ha de hacer

(1) Leyes 1. y 3. tit. 6. lib. 11. Nov. Rec. Acev. en dicha ley que era la 1. tit. 4. lib. 4. n. 39.

(*a*) De consiguiente, y por un efecto de esta confesion que supone la ley, mediante el silencio del demandado, queda este sujeto, y responsable á todas las resultas del juicio, y el Juez puede ir adelante en la causa, defiriendo á las pretensiones del actor, si aquel no probase despues concluyentemente su excepcion, para cuya prueba queda sin embargo libre y expedito. El haber la ley por contestada la demanda no es privar al reo de ser oido en el juicio abierto hasta difinitiva. Pudiera haber intervenido alguna legitima causa para no contestar, y no seria justo que la no contestacion le produxese un daño irreparable. La prudencia de los Jueces es muy necesaria en estos casos, convinando siempre la observancia de las leyes con la equidad ácia el reo.

la contestacion dentro de tres dias precisos, contados desde la intimacion de la demanda.

221 Aunque la malicia de los que conspiran á la dilacion, y á vexar á sus contrarios, ha querido introducir que solo se cuente qualquiera término desde que toman los autos, por lo que quando se les notifica algun traslado, no los toman hasta el último dia en que ya debian evacuarlo, de modo, que los tres que para responder á él tienen regularmente, hacen que sean nueve, ó mas, no deben los Jueces permitirlo, y asi se ha de contar qualquiera término desde el dia de su notificacion exclusive, y si en el en que espira toma el litigante los autos, y al siguiente quiere apremiarle el contrario á su devolucion, se le debe dar el apremio, y de ningun modo contribuir el Juez, ni Escribano á que contra lo prevenido repetidamente por las leyes, que apetecen, y encargan justamente la brevedad en los pleitos, se dilaten, y causen gastos y extorsiones á los que proceden de buena fé, lo que prevengo al Escribano para el cumplimiento de su obligacion (1) (*a*).

(1) Salg. de Reg. part. 2. c. 8. n. 76. Parex. de Edition. tit. 6. resolut. 7. n. 27 Vela dissert. 39. n. 13.

(*a*) Si pasado el termino ordinario no se hubiese evacuado el traslado, no debe omitirse el apremio; pero acontece comunmente pedirse término para despachar los autos, y los Jueces defieren á esta pretension concediendo muchas veces diez, quince, veinte dias, y aun un mes. Se cumple este término, se pide y se concede otro por tantos dias, en los quales tampoco se responde al traslado. Se hace nueva pretension, y se suelen conceder dos ó tres dias peremptorios, pasados los quales se mandan volver los autos con respuesta ó sin ella. A las veces se pasan en estos términos hasta dos meses, y esta dilacion suele repetirse por un efecto de la malicia de los litigantes, tantas quantas veces se toman los autos, de manera que un pleito de poca monta, que debia terminarse á lo mas en el espacio de dos ó tres meses, suele durar dos ó tres años. Este es un abuso que merece toda la atencion de los Jueces, teniendo presente quanto recomiendan nuestras leyes la brevedad, para evitar los daños y perjuicios que se ocasionan á las partes mismas con semejantes dilaciones. Todo padece con semejante abuso; padece la autoridad del Juez, y se desacredita el Gobierno que lo tolera sin castigarlo, y sin poner el remedio conveniente. Bien conoció el Consejo este daño, quando dispuso que los Letrados firmasen los escritos en que se pidiesen términos contando con su probidad, pero por desgracia no ha bastado esta prevencion, y hoy especialmente en los Juzgados Ordinarios se conceden términos casi siempre que se piden, causandose los daños que han querido evitar las leyes. Quando no se toman los autos se acusa la rebeldia, y este remedio introducido tambien en obsequio de la brevedad, se ha con-

222 Para haber al reo por contumáz, son precisas dos cosas segun la inconcusa práctica de los Tribunales, una, que el actor le acuse la rebeldía, y otra que el Juez lo declâre; por lo que si muere ántes de la contestacion, no se transmite la pena de contumacia á sus herederos: si despues, se debe hacer saber á éstos el estado de los autos para que salgan á su defensa, elijan otro Procurador, si quisieren, y les perjudique la sentencia, pues de otro modo no les perjudicará. Por lo mismo, aunque en derecho se le estima confeso, no le está prohibido oponer dentro de los veinte dias siguientes al de la contestacion las excepciones peremptorias (1). Pero si no quiere contestar porque el Procurador del actor no legitíma su persona, no está obligado á ello, ni se le debe tener por confeso, ni el Juez proceder á la determinacion una vez opuesto este defecto, porque en el juicio nulo no se puede considerar confesion (2).

§. VI.

De la reconvencion y sus efectos: dentro de qué término debe hacerse, y ante qué Jueces; y en qué causas há ó no lugar.

223 Como muchas veces competen á los demandados no solo excepciones para enervar y elidir las pretensiones de los demandantes, sino acciones para reconvenirlos judicialmente, y que por evitar gastos en nuevos pleitos, ó en acudir ante sus Jueces privativos, si son de diverso fuero, quieren usar de ellas en el mismo juicio, trataré ahora en primer lugar de la reconvencion, y de quién puede ó no hacerla. En el segundo de sus efectos. En

vertido en un mal, porque se acostumbran dar dos ó tres rebeldías quando basta una sola, segun se previene especialmente en la ley 2. tit. 15. lib. 11. Nov. Recop. por estas palabras. »Para concluir los negocios en el Consejo en qualquier estado, no se espere la tercera rebeldía, sino que todo lo que en los procesos se hacia y concluia con tres rebeldías, se haga con una sola, pasado el dia ó término que se diere para responder.» Esto debe entenderse con todos los Tribunales superiores ó inferiores, teniendo presente el espíritu de la ley, que es la brevedad.

(1) Paz in Prax. tom. y part. 1. temp 6. n. 29. y 46. al fin. (2) Gutierrez lib. 1. Practic quæst. 49. Dieg. Perez en la ley 1. tit. 4. lib 3. Ordenam Roland. consil. 31. n. 6. y 7. Parej. tit. 6. resol. 2. n. 1. Olea de Cesion. tit. 6. quæst. 9.

el tercero, del tiempo en que se debe hacer. En el quarto, de los Jueces que pueden ó no conocer de ella. Y en el quinto, de las causas en que há ó no lugar. La reconvencion *es segunda convencion, mutua peticion, ó nueva demanda que el reo pone al actor en vista de la que éste le puso* (1). Puede hacerla el que tiene potestad de comparecer en juicio, no habiendo expresa prohibicion; pero no se permite que el actor demande segunda vez, ó reconvenga en aquel juicio al reo que le reconvino, que es reconvencion de reconvencion (2); ni al reo excomulgado que reconvenga al actor, pues aunque puede comparecer en juicio para excepcionar y defenderse, no puede para intentar accion, qual es la reconvencion (3).

224 Tampoco se permite al reo que reconvenga al actor por lo que le debe, quando le demanda en nombre de otro, v. g. el tutor que le pide lo que está debiendo á su pupilo, el Clérigo como administrador de su Iglesia, &c. pues no puede reconvenirlos por su propio débito, ni se le debe admitir, porque para que haya lugar la reconvencion, es preciso que proceda por hecho, y derecho suyo propio, y no por el ageno, como el tutor, el procurador, ó apoderado, por no ser entónces verdaderos demandantes, sino los sugetos á quienes representan, y cuyas veces hacen (4); y quando el derecho establece alguna cosa acerca de la causa que se controvierte, ó ha de controvertir entre dos, se entiende en el caso de que procedan en su mismo nombre, y por su propio derecho, y no en el de otro (5).

225 Se diferencia la reconvencion de la excepcion, en que por ésta nada se pide al actor, y solo se dirige á enervar, y excluir su accion, y demanda (6); pero por la reconvencion se le pide otra cosa; bien que á veces tiene vigor de excepcion, si se

(1) Ley Cum Papinianus 14. y Authent. Et consequenter, Cod. de Sentent. & interlocutionib. y ley 22. ff. de Judic. cap. 1. de Mutuis petition. ley Si idem, cum eodem. §. Quod si mutuos, ff. de Jurisdic. omnium judic. y cap. 3. de Rescript. lib. 6. (2) Cap. Cum in multis, de Rescrip. in 6. & ibi glos. Speculat. tit. de Reconvent. §. Nunc dicamus, n. 13. Reinf. lib. 2. Decret. tit. 4. §. 1. n. 19. Murill. Decret. lib. y tit. cit. n. 54. Cur. Philip. part 1. §. 16. n. 9. al medio. (3) Cap Cum inter 5. y cap. Exceptionem 12. de Except. Reif. ibi num. 18. (4) Dicha Authent. Et consequenter, y cap. 1. y 2. de Mutuis petitionibus. (5) Ley Quæsitum, ff. de In jus vocand. ley Lis nulla, & ibi glosa, ff. de Jud. ley Furti, § Aliena, y ley Servus. ff. de His qui notant. infam. Cancer. part. 2. Var. cap. 13. n. 23. al 26. (6) Ley 2. ff. de Except.

opone para rebatir, y elidir la accion ó convencion: v. g. quando ésta y la reconvencion miran á la misma cosa, en cuyo caso las pretensiones de ambos litigantes son directamente contrarias, y la reconvencion tiene fuerza de excepcion, y defensa (1). Igualmente se diferencia de la compensacion: Lo I.° en que ésta para que se admita, ha de ser de deuda líquida y confesada, y no de otra suerte; pero la reconvencion se puede hacer no solo de lo que se debe, y no está líquido ni cierto, en cuyo caso es preparatoria para pretender la compensacion, sino tambien de lo que lo está, y asimismo de otra cosa y especie del todo diversa de la que se demanda, como diré en su lugar, lo qual no sucede con la compensacion (2), segun mas latamente explicaré en el cap. 2. de este libro, §. 4. Lo II.° en que la compensacion elide el derecho del actor, y produce á favor del reo que la opone, la absolucion de lo pedido por su contrario, lo qual no sucede con la reconvencion, pues á entrambos queda ileso, y salvo el suyo (3). Lo III.° en que en la compensacion no cabe la prorrogacion de jurisdiccion del Juez; pero en la reconvencion es al contrario, porque el Juez que es incompetente se constituye competente por ella para conocer de ambas acciones (4). Lo IV.° en que el reo puede reconvenir al actor no solo sobre el mismo negocio, sino sobre otro diverso, y sobre qualesquiera causas ante un propio Juez (5); pero la compensacion se admite unicamente en ciertas cosas, como diré en el cap. 2. de este libro. Lo V.° en que la compensacion se termina siempre en una sentencia; pero la reconvencion no siempre (6), segun adelante explicaré. Lo VI.° en que el que opone la compensacion confiesa el débito (7); lo qual no sucede con la reconvencion, y asi conviene mas al deudor que no está bien cerciorado de la legitimidad de su crédito, usar de la reconvencion, que de la compensacion. Lo VII.° en que el que compensa no puede exceder de lo que se le pide, y para lo demás á que es acreedor, debe usar de la reconvencion (8). Lo VIII.° en que si el que intenta compensar es venci-

(1) Alex. in leg. Viro, ff. Solut. matrimon. Carcer. ibi, n. 36. (2) Doctor in Authentic. Et consequenter, Cancer. ibi, num. 28. al 31. Salicet. in leg. Neque scriptura, al fin, Cod. de Compensation. (3) Scac. de Re judicat Spec. 3. n. 7. glos. 7. quest. 4. (4) Scac. ibi, num. 6. y 12. (5) Salicet. in leg. Cum Papinianus, 14. Cod. de Sentent. & interlocutionib omn. judic. (6) Salicet. ibi, n. 3. (7) Lex Cum Papinianus, n. 8. (8) Bersan. de compensat. cap. 1. quæst. 13. n. 17.

do, puede usar luego de la reconvencion; mas no, siendolo en ésta. (1) Lo IX.º en que aunque en la primera instancia se omita la compensacion, se puede usar de ella en la segunda; lo qual no sucede con la reconvencion, porque en la causa de apelacion no há lugar la prorrogacion de jurisdiccion (2), como expondré. Y lo X.º en que contra la compensacion vale á veces la réplica; mas contra la reconvencion no se admite, porque se ofenderia la autoridad del Juez con la acumulacion de pretensiones (3). Otras diferencias trahe *Bartholomé Bersano* en su tratado *de Compensationibus, cap.* 1. *quæst.* 13. á quien podrá ver el Legista aplicado.

226 Al modo que la prevencion legítima de jurisdiccion surte tres efectos, el uno de que se perpetue la del delegado (4); el otro de refundir, y consolidar en un solo Juez la que tienen igualmente muchos competentes, y apropiarsela de tal suerte que en lo succesivo ninguno mas que él conozca de aquel negocio, y queden inhibidos los otros (5); y el otro de que hecha la prevencion por la legítima citacion, ya no pueden actor ni reo contra la voluntad del uno mudar su fuero, ántes bien están obligados á seguir la causa principiada hasta su final decision ante el Juez que previno su conocimiento, sino desisten de su prosecucion, aunque el uno adquiera nuevo fuero ó privilegio (6); del mismo modo la propia verdadera reconvencion causa quatro: el I.º hacer que la convencion ó proceso sobre la causa principal se siga juntamente con ella, y que ambas sin embargo de ser diversas y desiguales, se igualen y determinen á un propio tiempo, y en una sentencia, bien que por su órden, aunque la reconvencion sea mayor. El II.º dar y prorrogar por derecho la jurisdiccion del Juez que conoce de la convencion ó negocio principal (7), no obstante que no intervenga consentimiento de los

(1) Salicet. ibi. (2) Ruginel de Appellat. §. 10. glos. 4. n. 18. Carl. de Judic. tit. 1. disp. 2. quæst. 8. sect. 4. n. 1175. (3) Fermosin. Var. tit. de peticionib. quæst. 8. n. 1. Bersan. dicho cap. 1. quæst. 9. per tot. y q. 13. n. 23 (4) Legistæ in leg Et quia 6 ff. de Jurisdiction. omnium judic. Doctor. in cap. Relatum 19. in cap. Gratum 20. & in cap. Licet undique 30. de Offic. delegat. (5) Lex Cum quædam 19. ff. Jurisdiction omnium judic. ley Si quis posteâ 7. ff. de Judic. y cap Proposuisti 19. de Foro competent. (6) Ley Ubi acceptum 30. ff. de Jud. y leyes, y cap. proximè cit. & DD. Carlev. tit. 1. disp. 2. n. 898. 899. y 906. (7) Ley 32. tit. 2. Part. 3. verb. La trecena es: ley 20. tit. 4. y ley 4. tit. 10. Part. dicha cap. 1. y 2. de Mutuis petion. Marant. part. 4. distinct. 6. tit. Judicium

litigantes. El III.° que no esté obligado el reo á responder á la convencion, si el actor no quiere contestar su reconvencion, pues entrambas se han de tratar simultaneamente, y la condicion de los dos debe ser igual (1). Y el IV.° es que el modo de proceder que se observa en una causa se debe observar en la otra (2).

227 Esta prorrogacion de jurisdiccion se puede verificar, asi de parte del demandante como del demandado. Del demandante, quando demanda ante Juez que no es del demandado, y éste no declina, ántes bien reconviene al demandante ante él, pues por el mismo hecho consiente, y le prorroga la jurisdiccion. De parte del demandado, quando el demandante le demanda ó conviene ante su propio Juez, y el demandado le reconviene ante el mismo, pues debe responder á la reconvencion (3).

228 Se verifican juntos á veces en los juicios los dos primeros efectos de la reconvencion, y á veces solo el segundo. Juntos quando la convencion, y reconvencion caminan á igual paso, pues entónces se siguen á un propio tiempo, y deben determinarse en una sentencia por el órden explicado. Y el segundo, quando la convencion requiere brevedad, por ser sumaria, y la reconvencion prolixo exámen, y discusion, por ser plenaria, y no probar con tanta celeridad y prontitud, pues en este caso el Juez que conoce de la convencion, proseguirá conociendo de la reconvencion; y asi debe proferir sobre cada una su sentencia en su respectivo tiempo, y no aguardar á que se liquíde y pruebe la reconvencion para decidir sobre la convencion, porque en esto injuriará al actor.

229 No puede excusarse el actor de responder ante aquel Juez á la reconvencion del reo en los casos en que ésta se omite, por no repugnar á la naturaleza y qualidad de la causa, porque el derecho le prorroga la jurisdiccion, siendo prorrogable, y no le protege el privilegio que tenga. Si se escusa á ello, se le debe denegar la audiencia sobre su convencion ó demanda, como á contumáz; al modo que si el reo no quiere contestar ésta, se le há por confeso, y la razon legal es, porque asi como quiso obtener

convencionale, n.7. 8. y 10. al 12. Carl. tit.2. disp.7 n.3. y 4.

(1) Dichos cap.1. y 2. de Mutuis petition. y cap. ult. §. fin. de Juram calumn. (2) Arg. dicho cap.2. & ibi Abb. n.2. Reinf. lib. 2. tit. 4. §. 3. n. fin. (3) Marant. dist. 12. tit. Judicium ordinar. & prorrog. n.17. Et consequenter col.2. Cod. de Sentent. & interlocutionibus.

justicia en aquel juicio ante el Juez que eligió contra el reo; así tambien está obligado á responder á la reconvencion de éste ante el propio Juez, por ser justo que ya que lo eligió para que determinase á su favor, sufra que determine en contra (1).

230 En las causas civiles milita y procede lo explicado en el número inmediato en tanto grado, que aunque el actor que demandó al lego ante su Juez sea Clérigo ordenado *in sacris*, y el reo le oponga la reconvencion por via de excepcion, y defensa, ó por via de accion, debe responder á ella ante el mismo Juez, como se prueba de la ley 57. tit. 6. Part. 1. ibi: *Mas si el Clérigo demandáre alguna cosa al lego temporal; tal demanda como ésta debe ser fecha ante el juzgador seglar. É si ante quel pleito se acabase, el lego á quien demanda, quisiere facer otra demanda el Clérigo su demandador, alli debe responder por aquel mismo juicio, é non se puede escusar por la franqueza que hán los Clérigos por razon de la Eglesia.* La razon es, porque la reconvencion no es propiamente convencion como la del actor, en cuya potestad, y arbitrio está el demandar quando quiera al reo (2), sinó convencion mutua de que éste usa para su defensa, y para que la accion intentada por aquel, no le dañe en mas de lo justo (3).

231 Pero se exceptúan tres casos, en los quales no podrá el lego demandado reconvenir al Clérigo demandante ante el Juez secular. El I°. si la reconvencion es de cosa espiritual, ó anexa á ella, pues no se le debe admitir, porque aunque la reconvencion quita el privilegio de la persona, no el de la causa, de que el Juez no puede conocer por falta de jurisdiccion, no obstante que las partes lo consientan (4). El II.° quando es por delito que ha cometido contra el lego, aunque éste lo intente civilmente (5), pues milita la propia razon. Y el III.° quando el lego injurió al Eclesiástico, ó le hizo daño, ó hurtó alguna cosa con ánimo deliberado de que éste le demandase ante su propio Juez por la in-

(1) Ley 20. al fin. tit. 4. y ley 4. tit. 10. Part. 3. ley Cum Papinianus, y Authent. cit. Canon, Accusatote 3. quæst. 8. y ley Qui non congitur 22. ff. de Judic. Carleval de Judic. tit. 2. disp. 7. n. 3. (2) Ley Pure, §. fin. ff. de Doli mali excepcion. (3) Reinf. lib. 2 tit. 4. §. 2. n. 31. y 34. (4) Cap. Tuan, de Ordin. cognition. cap. Lator, qui filii sint legitimi, y glos. in cap. Cujos agendo 3. quæst. 3. Cancer. part. 2. dicho cap. 3 n. 58. y 59. (5) Cap. unic. de Cleric. conjugat. in 6. Cancerius ibi, n. 60. Reinf. ibi, n. 22.

juria ó delito, para poderle reconvenir ante el mismo, pues no debe sufragarle este fraude, porque la maquinacion, y afectacion como dolosas están reprobadas, y no aprovechan á su Autor; á mas de que si en tal caso se permitiera la reconvencion, ó se ofenderian impunemente con daños, y contumelias el Clérigo y el lego; ó estaria en el arbitrio del uno sujetar al otro á la jurisdiccion del Juez, que no era suyo, por medio de la injuria (1). Otros casos en que el Clerigo no puede ser reconvenido en el propio juicio por el lego, trae *Jacobo Pignateli* tom. 3. *consult.* 27. y tom.9. *consult.* 23. á quien podrá ver el aplicado para su radical instruccion.

232 Aunque segun derecho Canónico se puede proponer la reconvencion en qualquier estado del juicio para surtir el segundo efecto, que es la prorrogacion de jurisdiccion, en cuyo caso no será reconvencion perfecta (2); y segun el Comun ántes de la contestacion, ó poco despues (3); por el Real nuestro debe hacerla el reo dentro de los mismos veinte dias en que ha de proponer las excepciones peremptorias, y pasados no es admisible, ni por consiguiente surtirá efecto alguno (4). De ella, y de éstas se debe conferir traslado al actor, al qual para responder á las excepciones se le conceden seis dias, y para la reconvencion, si la hay, excepcionar, replicar, y presentar escrituras que la enerven, nueve mas (5), contados unos y otros (segun se practica) desde el de la notificacion del traslado exclusive; pues corren de momento á momento, aunque sean feriados; de modo, que segun nuestro derecho tiene el reo nueve dias solos para contestar la demanda, y poner las excepciones dilatorias, y despues de contestada puede proponer las peremptorias, y la reconvencion dentro de los veinte siguientes; pasados los quales, no se le debe admitir: al actor concede la ley seis dias para satisfacer á

(1) Ley 2. §. Sed si agant, ff. de Judic. ley Spadonem al fin, ff. de Excusation tutor. y ley Sed & qui data. ff. Ex quibus cas. mayores cap. Relatum, §. Ad hoc, de Jure Patronat. cap. Sedes 15 y cap. Ex tenore 16. de Rescript. Marant tit. de Judicium conventionale cit. n. 53. al 55. Greg. Lop en la ley 57. inserta, gl. 4 Cancer. ib, n.55. al 57. Reinf. ibi n. 35. y 36. (1) Cap. Dispendia 3. §. Reus quoque, de Rescript. lib 6. & ibi glos. Bald. n.12. Innocent. n.4. y Franc. n.5. Canonistæ in Clementin. Sæpe, eod. tit. (3) Legistæ in Auth. Et consequente, Cod. de Sentent & interlocutionibus. (4) Ley 1. tit.7. lib 11. Nov. Rec. & ibi Acev. n.60. Carl. tit.2. disp.7. n.6. (5) Ley 3. tit. y lib. dichos.

las excepciones peremptorias, y nueve para responder á la reconvencion.

233 De la réplica del actor, y documentos ó escrituras que presente en satisfaccion á las excepciones peremptorias, y reconvencion del reo, se debe comunicar igual traslado á éste, para que en el término de otros seis dias responda á ella, presente sus réplicas, ó concluya, pues pasados no se deben admitir las escrituras, excepto que jure que de nuevo las hubo, y vinieron á su noticia, en cuyo caso se le permite su presentacion hasta la sentencia difinitiva, y al actor hasta la interlocutoria; y sin mas pedimento ni auto de conclusion, se ha de estimar, y tener el pleito por concluso, aunque las partes no concluyan. Todo lo qual es conforme á nuestro derecho (1).

234 Lo que se practíca quando se sigue llanamente el juicio, y no hay artículos dilatorios, es dar el actor dos pedimentos principales, que son el de demanda, y el de réplica al de contestacion del reo, respondiendo en éste al mismo tiempo á la reconvencion, si la hay. El reo pone otros dos, el uno contestando la demanda, en el que se ponen la reconvencion, y excepciones peremptorias, sin dar otro para ellas, (no obstante lo que indica la disposicion legal) y el otro satisfaciendo al de réplica del actor, ó concluyendo para prueba; bien que en vista de la contestacion, y reconvencion puede concluir sobre todo sin replicar. Con estos dos escritos de cada parte há la ley el pleito por concluso, y asi el Juez no debe admitir otro alguno (*a*). Si se forma artículo, se dan dos pedimentos acerca de él por cada uno el suyo, y del último se comunica traslado al que lo formó, el qual concluye; y decidido, se continúa el negocio principal, en caso de que con el artículo no se termíne, pues miéntras dura éste, debe estár suspenso el curso de aquel.

235 Si el actor en vez de responder al traslado que de la re-

(1) Ley 1. al fin. tit 14. ley 3. tit. 7. y ley 1. tit. 15. lib. 11. Nov. Rec.

(*a*) Hay en esto un abuso intolerable especialmente en los Juzgados Ordinarios. Sea la malicia de los litigantes, ó sea el interés de los Curiales, lo cierto es que sobre qualquiera bagatela que se litiga, se hacen mil escritos en los que solo se lúce un estilo chavacano, y un sin número de sutilezas y metafísicas para zaherirse las partes, ó desvanecer sus pretensiones por medios tortuosos. De estos escritos se confieren traslados, y se dá asi un motivo para dilatar los pleitos. Ojalá se supiesen y respetasen mas nuestras leyes. Entónces habria ménos pleitos, y estos serian mas breves.

convencion se le comunica, concluye llanamente, se estima por lo mismo haber respondido á ella; porque es contumáz, y niega lo perjudicial, y asi debe recibirse á prueba sobre todo. Si concluye especifica, y señaladamente sobre su demanda, desentendiendose de la reconvencion, se debe dar traslado de su conclusion al reo, el qual, mediante á que la ley (1) por esta omision, y silencio no há por confeso al actor, ha de pretender que en atencion á no oponer su contrario excepcion que le exima de responder á su reconvencion, se haya ésta por contestada, y los autos por conclusos para prueba, ó para los efectos que haya lugar en derecho. El Juez ha de declararlo asi sin dar mas audiencia, porque aun quando sea incompetente por gozar el actor de algun fuero, le prorroga éste la jurisdiccion por haberlo elegido para sí, y sujetadose á él. Asi lo he visto practicar, y declarar en pleitos que seguí, y en otros.

236 La reconvencion se puede hacer regularmente ante qualquier Juez, no habiendo expresa prohibicion legal (2); y asi tiene lugar ante el delegado, quando fué electo á peticion del actor para entender en su negocio, y no de motu propio del Príncipe, pues en esto no se diferencia del ordinario (3) por la razon que dexo expuesta, y dá la ley 20. tit. 4. Part. 3. al fin ibi: *Cá guisada cosa es que despues que el demandador quiso alcanzar derecho ante este Juez, que ante él lo fuga al demandado.* Esto se entiende no solo sobre la accion originada antes de obtener rescripto para que el delegado conociese de ella, sino despues; á ménos que la facultad en él contenida se circunscriba limitadamente á ella, y le prohiba entender en otra (4). Pero es de advertir, que aunque el actor quiera apartarse de la demanda puesta ante el delegado, no puede despues de la reconvencion sin permiso del reo. Antes de ella podrá hacerlo para evitar que éste le reconvenga (5), el qual si no quiere reconvenirle, nadie le puede precisar á ello (6).

237 Tambien há lugar la reconvencion ante los Jueces par-

(1) Ley 4. ó final, tit. 6. lib. 11. Nov. Rec. Cur. Philip. part. 1. §. 14. n 10. (2) Cap. Cujus agendo, caus. 3. quæst. 8. y ley Cum Papinianus al fin, Cod. de Sentent. (3) Ley 20 tit. 4. Part 3. y cap. de Mutuis petition. (4) Socin in cap. Ex litteris, de Mutuis petitionib. artic. 4. n. 29. Marant. part. 4. ditinct. 6. tit. Judicium conventionale, n. 15. (5) Canc. dicha part 2. y cap. 13. n. 37. y 38. Marant. ibi, n. 13 al 19 Socin, ibi, n 22 (6) Ley unica, Cod. Ut nemo invitus. Reinf. lib. 2. Decretal. tit. 4. §. 1. n. 13.

ticulares que tienen algunas personas, v. g. los *Escolares*, quando el actor elige al Juez, porque su jurisdiccion es prorrogable, se prorroga por la eleccion, y milita la razon de la ley; lo qual no sucede, quando alguno que tiene dos ó mas Jueces, que puedan conocer de sus causas, es demandado ante uno de ellos, y porque no le conviene contestar la demanda ante él, interpone la declinatoria, y acude ante otro que no lo es del demandante, pues no puede reconvenir á este ante él, porque no lo eligió (1).

238 Acerca de si habrá ó no lugar á la reconvencion ante el Juez prorrogado es de advertir, que ó proviene la prorrogacion de la sumision de uno de los litigantes, ó de la eleccion de ambos. Si de la sumision del uno, v. g. quando el mayor, ó igual se sometió espontaneamente a un Juez, demandando ante él á su contrario, ha lugar entónces, porque por el hecho de someterse á su jurisdiccion, es visto que no solo lo elige para sí, sino contra sí, por cuya razon no se debe desdeñar de que asi como conoce á su favor, conozca en contra. Pero si es electo de unánime consentimiento de los dos, no há lugar, porque á mas de no militar la razon legal expuesta, se entiende haberlo elegido solamente para conocer de la demanda (2), excepto que conste lo contrario.

239 No puede ser reconvenido el actor ante el árbitro voluntario electo de comun consentimiento de los litigantes, porque carece de jurisdiccion, y solo tiene cierta nocion ó conocimiento arreglado á la mera facultad dada por las partes, que no puede exceder de los términos del compromiso, por lo que cesa la razon legal (3). Pero bien puede serlo ante el *arbitro juris* electo por necesidad de la ley, ó estatuto para ciertas causas, (que es quando la ley manda que ciertos negocios se comprometan) con tal que lo sea para toda la causa, y no para un solo artículo, v. g. para conocer de la sospecha, porque se recusa al Juez: la razon es, porque estos árbitros son electos de necesidad por la ley misma, de la qual viene la jurisdiccion que tienen, que ni bien es

(1) Marant. loc. cit. n. 28. al 31. (2) Lex Est receptum 14. ff. de Jurisdict. omnium judic. Marant. ibi, n. 23. (3) Ley Notionem, & ibi glos. ff. de Verbor. signification. ley Non distinguendum, §. de Officio, ff. de Recept. arbitr. y cap. Cum dilectus extra de Arbitr. Et consequenter, al fin, Speculator in tit. de Reconventione, §. 1. Reinf. ibi, n. 16.

ordinaria, ni delegada; pero como de tercera especie participa de ambas (1).

240 Tampoco há lugar la reconvencion ante el Juez de apelacion. Lo I.° porque el apelante no recurre á él por su voluntad y eleccion, sino por necesidad, para que le desagravie de la injuria que el inferior le hizo en la sentencia difinitiva. Lo II.° porque la apelacion sirve únicamente para reparar el gravamen irrogado en la sentencia dada en primera instancia, y reduce la causa al estado que tenia despues de la litis contestacion, que es el de conclusion para prueba; y no teniendo como no tiene lugar despues de ésta la reconvencion, tampoco puede tenerlo ante el Juez referido, á lo ménos para que surta el efecto de tal. Y lo III.°, porque este Juez no puede conocer de otra cosa que de la de que se conoció en primera instancia. Si la apelacion fué de alguna providencia interlocutoria ántes de la contestacion, y el superior la confirma, sucede lo propio, porque no quedan en su jurisdiccion los autos, ántes bien los devuelve al inferior; pero si los revoca, y los retiene, habrá lugar ante él (2).

241 El Juez nombrado para conocer de cierta especie de causas, podrá entender en la de reconvencion sobre otras de diversa expecie, v. g. civil, ó criminal, liberal, ó de mayor suma, si este nombramiento lo ha hecho el litigante mismo en persona, que no tiene jurisdiccion sobre él por su fuero, y asi el Clérigo que elige al Juez secular para demandar al lego ante él, puede ser reconvenido por éste en el mismo juicio (3).

242 Si no tiene potestad para conocer por el privilegio de la misma causa, porque su jurisdiccion es limitada á ciertas, y de determinada especie y suma, y no se amplía á otras de mayor suma y especie diversa, habrá lugar á la reconvencion, siendo la causa de la misma especie que la demanda, con la sola diferencia de la cantidad, porque por ser de la propia especie, se prorroga accesoria é incidentemente la jurisdiccion del Juez; pero no siendo de diversa, v. g. la demanda de cosa profana ante el lego, y la reconvencion de la espiritual ante el mismo; ó la demanda criminal ante Juez que solo puede entender en causas criminales,

(1) Abb. in dict. cap. Cum dilectus col.3. Marant. ibi. n.20. al 22. Reinf. ibi, n.17. (2) Cancer part.2. y cap.13. dicho n.61. al 63. Marant. tit.cit. n.24. al 27. Carl de Judic. tit.1. disp.2. n 1175. y tit.2. disp 7. n.8. (3) Glos. 2 in Authent. Et consequenter Marant. ibi, n.32.

y la reconvencion civil ante el propio; y en otros casos semejantes, de lo qual conciliando y aclarando las opiniones, trata latamente *Maranta* (1).

243 Finalmente, la reconvencion há lugar en qualquiera causa, en que su naturaleza y qualidad no lo repugnan, ó no hay prohibicion especial, aunque las dos sean de diverso género, v. g. la demanda por la accion *ex empto*, y la reconvencion por la de *mutuo*, ó si la una procede de accion real, y la otra de personal, ó que ambas sean sumarias ó plenarias, ó una sumaria, y otra plenaria (2), y deben caminar á igual paso, substanciarse á un propio tiempo, y determinarse en una sentencia; lo qual se entiende, á ménos que la una exija celeridad, y la otra no pueda substanciarse con tanta, pues entónces la de reconvencion surtirá solamente el segundo efecto, que es la prorrogacion de jurisdiccion (3), porque de lo contrario se causaria perjuicio al actor en la dilacion.

244 Há lugar asimismo la reconvencion en las causas executivas, quando ella lo es tambien, y se puede liquidar y decidir al propio tiempo que la demanda, porque como ambas tienen igual vigor, no impide la una el curso y pronta expedicion de la otra. Pero no quando no pueden substanciarse, porque el instrumento executivo en quanto á poderse despachar execucion en su virtud, es semejante á la sentencia, tiene su vigor, y se equipáran; y como despues de ésta no se admite reconvencion, tendrá lugar solamente su admision en lo que concierna al segundo efecto, que es la prorrogacion de jurisdiccion, porque versa la razon legal expuesta (4) (*a*).

(1) Num 33. al 36. (2) Ley 1. § fin ff. de Extraord. cognit. y ley Nec non 28. § 2. ff. de Ex quibus causis major. Clement. 2. de Verbor. significat. Murill lib. Decret. tit. 4. n. 55. (3) Cancer. part. 2. y cap. 13 cit. n 50. al 52. (4) Carl. tit. 2. disp. 7. n. 9 10. 11. y fin. Cancer. ibi, n. 39. al 44 Marant. ibi, n. 39. al 41. Acev. en la ley 1. tit. 5. lib. 4. Rec. n. 68.

(*a*) Precisamente la via executiva no admite la reconvencion, segun la práctica de dentro y fuera de la Corte. Si la cantidad porque el reo trata de reconvenir al actor, es liquida como la suya, podrá excepcionarlo así en el término del encargado con presencia del documento que justifique su accion. Si no es liquida, como que no tiene lugar para una excepcion justa, tampoco lo tiene para la reconvencion. De consiguiente no habiendo lugar á ella, no puede prorrogarse la jurisdiccion del Juez que conoce en la demanda. Vease acerca de este punto al Señor Conde de la Cañada en sus Instituciones prácticas part. 1. cap. 6. n. 35. y siguientes.

245 Igualmente há lugar en las sumarias, y quando se implora principalmente el oficio del Juez, porque la imploracion sucede en lugar de accion. Mas no quando ésta se hace por incidencia, ó por modo de acto extrajudicial, ni quando la una es sumaria, y la otra plenaria, sino en quanto al segundo efecto, á ménos que esta se pueda liquidar al mismo tiempo que aquella, ó que el actor lo consienta (1): ni en las de depósito, porque éstas son privilegiadas por la buena fé que en ellas debe haber; y asi ninguna excepcion, ni compensacion admiten, pues lo líquido no se debe retardar por lo iliquido; y si se proponen, servirán únicamente para la prorrogacion de jurisdiccion (2): ni tampoco en las de apelacion, por los motivos expuestos en el n. 240.

246 En las criminales para explicar con claridad quándo habrá ó no lugar la reconvencion, se distinguen quatro casos. El primero, si el acusado criminalmente quiere reacusar de otro delito mayor al acusador ante su Juez, ó de otro que tenga conexion con él, puede, y entónces há lugar la reconvencion; mas no de otro igual, ó menor, á ménos que sea por su injuria, ó por la hecha á sus parientes, ó que ambos litigantes procedan respectivamente por la suya, ó que el acusado se liberte principalmente por la reacusacion del delito que se le imputa (3). Pero si el acusado no reconviene al acusante por su injuria, ó por la de los suyos, ó el Juez carece de jurisdiccion para proceder contra el acusador, v. g. por ser Clérigo, ó para conocer de causa criminal, no há lugar entónces; y la razon es, porque el que demanda criminalmente, lo hace de necesidad por la ofensa, ó injuria que recibió, y no de voluntad como en lo civil, en que no media, ni se interesa su honor; y asi no se prorroga la jurisdiccion al Juez en aquello como en esto; excepto que el acusador impetre letras para conocer contra el acusado, pues en este caso habrá lugar la reconvencion, porque es visto haberlo buscado

(1) Ley Quintus, ff de Annuis legat. cap. de Offic judic. Marant. ibi, n. 36. al 38. Jason in leg. 1. col. 7. ff. de Jurisdict. omnium judic. Lex. Sed hæ, § Non solum, ff. de Procurato. Socin. consil. 167. col. fin. vers. Secundo concludo, vol. 2. (2) Cap. 2. de Deposit. ley 11. Cod. y ley 31. ff. eod. tit. Marant. ibi, n. 39. Lex Si quis, Cod. Depositi. (3) Leyes 1. y 19. Cod. de His qui accusar. ley 14. § 6. ff. de Bonis liber. ley 5. ff. de Public. judic. y ley 4. tit. 1. Part. 7. Marant. tit. cit. n. 56. y 57.

para sí, y contra sí, y milita la razon legal (1). El segundo, si el acusado criminalmente quiere reconvenir civilmente al acusante, no puede, porque éste lo hace por necesidad, y asi la causa criminal se seguirá sola (2), pues no se verifican los efectos de la reconvencion por falta de voluntad del actor en la eleccion de Juez, y demás razones que dexo expuestas antèriormente. El tercero, si el demandado civilmente quiere reconvenir criminalmente al actor, puede siendo el Juez competente de éste, y no de otra suerte; pero se ha de conocer primero de la criminalidad como mayor, y perjudicial á la accion civil (3). Y el quarto, si el acusado civilmente quiere reacusar del mismo modo al actor ante su Juez, puede, porque como es accion criminal intentada civilmente (que es por el interés, y no por la injuria) versa la razon de la ley; pero si no es Juez suyo, no se le permite, porque el acusador, ó actor lo elige de necesidad por el delito contra él cometido, y no de voluntad, y asi cesa la razon legal (4).

247 En las causas posesorias para saber quándo habrá, ó no lugar á la reconvencion, tengo por conveniente explicar primero *quántos juicios posesorios hay: qué interdicto, accion, ó remedio compete al despojado: quándo puede intertarlo: contra qué personas, y quáles no compete.* Los juicios posesorios son tres: *recuperandæ, retinendæ*, y *adipiscendæ* (5). El juicio *recuperandæ, ó reintegrandæ* es sobre recuperar el despojado la alhaja, ó alhajas que poseía, y se le quitaron por fuerza, ó clandestinamente, sin oirle, ni vencerle en juicio. El *retinendæ* es sobre conservar, y mantenerse en la posesion que tiene. Y el *adipiscendæ* es sobre conseguir la de que carece, de los quales, á qué personas competen, quiénes son los legitimos contradictores, y de otras causas concernientes, tratan con suma claridad y extension *Gomez* en la ley 45. de Toro, desde el núm. 127. y otros varios AA. Tambien hay *juicio petitorio*, que es sobre la propiedad, dominio, ó quasi dominio de la alhaja.

248 Es constante que al que está en posesion de alguna alhaja, ó finca raiz, le debe conservar y mantener en ella el Juez,

(1) Ley 2. § Sed si agant, ff. de Judic. Marant. ibi, n. 60. y 61. Greg. Lop. en la ley 57. tit. 6. Part. 1. glos 4. vers. Item est. (2) Ley final, Cod. de Ordin. judicior. Et consequenter col. 3. (3) Lex in Authent. citat. Marant. ibi, n. 66. y 67. (4) Ley Cum Papinianus, y Authent. Et consequenter cit. Marant. ibi, n. 68. (5) Ley 2. §. Hæ autem interdicta, ff. de interdict.

y no quitarsela, sin que primero sea oido, y vencido en juicio, y no vale la Real Cédula que en contrario se expida (1), porque en caso de duda es mejor la condicion del que posee (2); y asi incumbe la prueba á su contrario, el qual si no la hace en bastante forma, se debe conceptuar y estimar al otro por poseedor, aunque para ello ningun titulo tenga (3).

249 Pero esto se entiende quando es poseedor de buena fe, y no despojó al otro clandestinamente, ni por fuerza de la alhaja, porque si le despojó de esta suerte, compete no solo al despojado, sino á sus herederos y succesores el remedio de la prévia restitucion, de que trata el interdicto *Unde vi*, para recuperar su posesion; con arreglo al qual, justificando el despojo, debe ser restituido á ella ante todas cosas, sin citar al despojador, aunque quiera probar, ó pruebe inmediatamente su dominio, pues se le ha de reservar su derecho, para que lo deduzca en el juicio correspondiente, que es el petitorio (4). Asimismo debe ser restituido á la plena libertad que tenia, sin embargo de que no la poseyese; de modo que si del fundo que otro poseia, percibia réditos, ú otra pension annua, se le debe restituir, para que pueda proseguir en su percepcion (5). Y la razon porque este interdicto dá el remedio de la restitucion al despojado, es porque asi como el despojador hizo el despojo de propia autoridad, sin dar lugar á que el despojado fuese oido; asi tambien es justo que en pena de su delito, y atentado restituya, sin que se le oiga, y que se le juzgue por la misma ley con que juzgó (6).

250 Puede el despojado intentar este interdicto dentro de un año util, contado desde el dia en que pudo haber usado de su accion (7); pero si lo intenta por via de excepcion, dura perpetua-

(1) Ley 1. ff. Uti possidetis, y ley 2. tit. 34. lib. 11. Nov. Rec. (2) Ley 128. ff. de Regul. jur. ley 2. ff. Uti possidetis, y cap. 65. eod. tit. in 6. (3) Ley 4. Cod. de Edendo, ley 28. tit. 2. Part. 3. y cap. 3. de Causa possesion. & proprietet. (4) Ley 5. tit. 10. Part. 3. ley 1. § 44. ff. de Vi, & vi armat. ley fin. Cod. Unde vi, ley 1. § Hæredem, ff. de Privat. delict ley Quod dicimus, §. 1. vers. Hæc actio, ff. Quod metus causa, ley Si quis ad se fundum, Cod. ad leg. Juliam de vi, ley ultim. al fin, ff. de Reivindicat. y ley Si quis emptionis. §. Sed hæc contra, Cod. de Prescription. 30 vel 40. annor. cap. 1. caus 3. quæst. 1 cap. 5. 6. y 15. de Restitut. spoliator. y §. Non autem, vers. Sed hæredibus, Institut. de Perpetuis. & temporalib. action (5) Cap. final de Restitut. spoliator. (6) Cap. 5. de de Restitut. spoliator, y ley 1. ff. Quod quisque juris. (7) Ley 1. ff. de vi, & vi armat.

mente, porque lo que tiene tiempo limitado para demandarse en juicio, es perpetuo para excepcionarse, como lo dice la ley 5. §. *fin. ff. de Doli mali, & metus, exceptione*: ibi: *Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est: nam hæc perpetuo competit: cum actor quidem in sua potestate habeat quando utatur suo jure: is autem cum quo agitur, non habeat potestatem quando conveniatur.*

251 Se le permite usar de dicha excepcion no solo contra el despojador, ó el que mandó hacer el despojo, ó posee la alhaja, ó la recibió, sabiendo que habia sido quitada por fuerza, sino tambien contra el que la enagenó á persona mas poderosa, ó de otro fuero, para que no se la quitasen: no queriendo demandarsela, puede pedirles su estimacion (1).

252 Pero es de advertir, y tener presente, que este interdicto, ó remedio há lugar, y se concede en el despojo de fundos, y edificios poseídos civil ó naturalmente, y de otras alhajas raices, y en el de las cosas incorporeas, v. g. servidumbres, y otros derechos; mas no en el de los muebles, á ménos que estén en los mismos fundos, pues en este caso por todas se puede intentar juntamente (2). En quanto á cómo se debe proceder en la restitucion á las Ciudades, Villas, y Lugares de lo que otros Pueblos, ó personas les tienen ocupado injustamente, veanse las leyes 5. 6. y 7. del tit. 4. lib. 7. Nov. Recop. que prescriben lo que han de observar los Jueces de términos.

253 Compete esta accion al despojado no solo contra el mayor de 25. años, y capáz, que le despojó violenta ó clandestinamente, aunque no posea la alhaja, y contra su poseedor, y apoderado; sino contra el que mandó despojar, ó aprobó el despojo hecho en su nombre (3); mas no contra otros (4); por lo que si uno quita por fuerza á otro su alhaja, ó la en que tenia algun derecho, pierde el que á ella le competia, ya sea dominio, u otro; y si ninguno le tocaba, debe restituirsela con todos los frutos percibidos, pendientes, y que pudo haber producido, ó con otro tanto como valian. Si la alhaja se perdió, ó deterioró des-

(1) Ley 30. tit. 2. Part. 3. leyes 1. y 3. §. fin. ff. de Alienatione judicii, ley Parem esse 150. ff de Regul. jur. y ley 25. §. Perinde, ff. de Hæreditat. petition. (2) Ley 1. §§. 6 7. 8. y 9. ff. de Vi, & vi armat. y ley 3. § Unde vi, ff. eod. tit Gom. en la 50. de Toro, n. 191. (3) Ley final, Cod. Unde vi, y ley 1. §§. 12. y 14. ff. de Vi, & vi armat. (4) Cap. 15. de Restitut. spoliator.

pues, está obligado á pagar su valor en pena, porque debió haberla pedido ante Juez competente, y no tomarla de propia autoridad, haciéndose Juez en su misma causa (1); pero conseguida la restitucion de uno de aquellos, no se le permite molestar á otros (2).

254 Le compete igualmente contra el Juez incompetente, pues por carecer de jurisdiccion, se reputa en el legal concepto por persona privada; y tambien contra el competente que le despojó de la posesion extrajudicialmente, y sin conocimiento de causa (3), porque por haber excedido los límites de su oficio, se estima, y gradua como incompetente (4). Lo mismo se entiende aunque proceda judicialmente, si en la sentencia cometió algun exceso ó vicio substancial (5).

255 No le compete contra los menores, fatuos y locos; ni á los hijos contra sus padres; ni á los libertos contra sus patronos, y en su lugar se les dá la *accion in factum*, que es permitirles que les demanden la alhaja, para que se la devuelvan (6); ni al emphiteuta, ó vasallo contra el señor del directo dominio, bien que puede reconvenirle para que le restituya á su posesion; ni contra el señor, cuya familia ó siervos despojaron á alguno; á ménos que supiese que eran malos, pues entónces por permitirlos en su casa, es reo de culpa (7); ni contra los herederos del despojador, porque es accion penal, y como tal personal, y asi no se transmite á sus herederos, ni á los de éstos (8), y solo se les dá la accion referida contra ellos (9); ni tampoco contra el particular sucesor, que es poseedor de buena fé, é ignora el despojo si el despojador le dió, donó, ó enagenó la alhaja por ultima voluntad, ó por contrato entre vivos lucrativo ú oneroso (10).

256 No pueden intentar este remedio el depositario, el commodatario, ni los que poseen en nombre de otro. Tampoco pue-

(1) Ley 7. Cod. Unde vi, ley 10. tit. 10. Part. 7. ley 1. tit. 34. lib 11. leyes 11. tit. 31. lib. 11 tit. 1. lib. 1. y 8. tit. 15. lib 12. y 6 tit. 5. lib. 8. Dov. Rec. (2) Ley 30 tit. 2. Part. 3. cap. 2. de Ordin, cognition. cap. 15. de Restitut. spoliator. y cap. penult. de Causa possession & propietat. (3) Ley 6. Cod. Unde vi, y cap. 7. de Restitut. spoliator. (4) Ley 20. de Jurisdiction. (5) Cap. 1. de Sentent. & re judicat. (6) Ley 1. §. 43. ff. de Vi, & vi, armat. y ley 10. tit. 10. Part. 7. (7) § fin. Institut. de Obligation. quæ ex quasi delicto. (8) §. 1. Institut. de Perpet. & temporal. action. (9) Ley 26 ff. de Dolo malo, y ley 17. ff. Quod metus causa. (10) Gom. en la ley 45. de Toro, n. 186. Cevall. Commun. quæst. 52. Gutier. lib. 1. Canon. quæst 34.

den intentarlo el colono, el emphiteuta, el usufructuario, y otros semejantes, si se les concedieron por poco tiempo estos derechos, y hace poco que los disfrutan, porque el derecho no los tiene aun por legítimos y verdaderos poseedores, y así compete pedir la restitucion al señor de la cosa que disfrutan, como verdadero dueño y poseedor, y en cuyo nombre la disfrutan; pero sin embargo, si imploran el oficio del Juez, debe protexerles (1).

257 Pero si se les concedieron por toda su vida estos derechos, y los señores de ellos los despojan por fuerza de su posesion, podrán intentar contra éstos el remedio del interdicto (2); y no solo deben restituirles con frutos la alhaja, sino perder para siempre el señorío, derecho ó utilidad, que para sí habian retenido en ella, y ser libremente ésta en propiedad de los despojados. Si el despojador es estraño, debe restituirsela con los frutos, y á mas de esto darles otra tan buena de la que los perciban en la misma forma que de la otra habian de percibirlos (3). Pero si el deudor, que en prenda entregó al acreedor alguna alhaja, se la quita por fuerza, pierde el señorío de ella; pues aunque el acreedor no le tiene es legítimo tenedor y poseedor (4).

258 Sentados estos principios, trataremos ahora de si el verdadero despojador, ó el tercero poseedor, estarán ó no obligados á responder a la reconvencion del despojado, y si los referidos remedios posesorios se podrán ó no intentar por vía de reconvencion, y acumular, y seguir á un propio tiempo, y en un juicio el petitorio y posesorio. Si el despojado intenta contra el mismo despojador el posesorio *recuperandæ*, y éste quiere reconvenirle por otro igualmente privilegiado, se debe admitir la reconvencion, siendo sobre despojo de otra alhaja, no de la misma, sin que esté obligado a restituir, y ambas causas como de igual privilegio se seguiran, y decidirán á un tiempo (5).

259 Pero si es tercero poseedor con buena fé de la alhaja, y

(1) Ley 1. §. 10. ff. de Vi, & vi armat. ley 18. ff. de Aquirend possession. cap. 9. de Restitut. spoliator. y cap. 17. de Præscription. (2) Ley 15. § 1. ff. Qui satisdare cogant. y ley 3. §. 13. ff. de Vi, & vi armat. (3) Ley 16. tit 10. Part. 7. (4) Ley 13. tit. y Part. dicha. (5) Ley 5. tit 10. Part. 3. verb. *Mas si el demandado no razonase*. ley fin tit. 10. Part. 7. y ley si quis ad se fundum, Cod. ad leg. Juliam de vi, cap. Frequens, de Restitut. spoliator. in 6. cap. Super, y cap. Cum dilectus, de Ordin. cognition.

el despojado le demanda por el mismo posesorio, está obligado éste á responder sobre otro igual despojo ántes que le restituya la que pretende: la razon es, porque el remedio de la restitucion contra terceros poseedores no es tan privilegiado como contra los verdaderos despojadores, y la restitucion prévia se estableció contra éstos en pena del delito que cometieron con el violento despojo, y como aquellos no son cómplices en él, por eso no merecen la propia pena (1).

260 Intentando el despojado el remedio posesorio *recuperandæ* contra el despojador, si éste quiere reconvenirle por el *adipiscendæ*, ó por el *petitorio* sobre la propia alhaja, no se debe admitir su reconvencion ántes que la restituya. Lo primero, porque éstos no son igualmente privilegiados. Lo segundo, porque implica el que pretenda conseguir el dominio de lo que tiene, y la posesion de lo que posee. Y lo tercero, porque el despojado goza de tal privilegio, que no solo debe ser restituido ante todas cosas á la posesion de la que justificó habersele quitado por fuerza, sino que el despojador como poseedor de mala fé ha de ser condenado tambien en pena de su audacia y delito á la íntegra restitucion de los frutos que la alhaja produxo, debió y pudo producir, y á la solucion de las litis expensas, ántes que el despojado responda á su reconvencion (2); y esto tiene lugar, aunque el despojador, ó un tercero se opongan, diciendo que la alhaja es suya, y lo ofrezcan probar incontinenti, pues no obstante esto, ha de ser restituido previamente el despojado, reservandole al despojador y tercero el derecho de dominio y propiedad, para que en otro juicio intenten la reivindicacion (3). Esta regla tiene tambien lugar, aun quando sean menores, é imploren el beneficio de la restitucion, si confiesan que el despojado es señor de la alhaja, pues no deben gozar de él, ni concederseles, por obstarles la excepcion del dominio, que le confiesan (4).

261 Tampoco se debe admitir, ni el despojado está obligado

(1) Clementin. unic. de Causa possession. & proprietat. Abb. in cap. Cum dilectus, cit. col. 3. Gomez en la 45. de Toro, n. 186. Marant. part. 4. tit. Judicium convention. n. 44. (2) Leyes 5. y 6. tit. 34. lib. 11. Nov. Rec. y ley 40. tit. 28. Part. 3. Clementin. unic. proxime citat. Salg. de Reg. part. 4. c. 9. n. 207. (3) Dicha ley Si quis ad se fundum: ley ult. al fin. ff. de Reivindicat. y ley Si quis emptionis, §. Sed hæc contra, Cod. de Præscription. 30. vel 40. annor. Gom. en dicha ley 45. de Toro, n. 182. (4) Cap. 2. y 4. de Restitut. spoliator. Gom. ibi, n. 283. Covar. Pract. cap. 23. n. 3. Vela dissert. 49.

á responder á la reconvencion del posesorio *retinendæ* sobre la misma alhaja, que le hace el despojador en virtud del interdicto *Uti possidetis* (que equivale en algun modo al artículo, que hoy llamamos de *interim*, *ó de mantenendo*, porque este posee por fuerza, y el interdicto no protege al que posee de esta suerte, ó clandestinamente, ó en *precario* de su adversario; fuera de que en usar aquel de su derecho, á nadie injuria; y aunque ambas causas de *recuperandæ*, y *retinendæ* son sumarias, como la de despojo es privilegiada, no se admite por esta razon otra, que no sea de igual privilegio, y asi no há lugar el *petitorio*, ni el posesorio *adipiscendæ*, ni el *retinendæ*. Si se trata contra un tercero, que no despojó, ni mandó despojar, habrá lugar la reconvencion del petitorio, y posesorio de otra cosa, pero de la misma lo habrá solamente la del posesorio *retinendæ* (1) por las razones expuestas en el núm. 250. (*a*)

262 Si el tercero poseedor pone por vía de accion la convencion *retinendæ*, exponiendo que el despojado le molesta extrajudicialmente, pretendiendo que el Juez le ampare, y mantenga en la posesion de la alhaja, y mande al despojado que no le perturbe en su posesion, entónces há lugar la reconvencion *recuperandæ* de éste sobre ella, y se admite el concurso de ambas acciones como sumarias, lo qual no sucede en la de despojo por el privilegio de que goza, y ódio del despojador (2).

263 Intentando el actor el *petitorio* por accion real, ó personal, ya sea porque el reo esté obligado á darle, ó hacerle alguna cosa, ó sobre reivindicar la alhaja que dice ser suya, y el reo la posee; si éste le reconviene sobre el violento despojo de otra cosa, se ha de distinguir: si deduce el despojo por reconvencion como accion, se seguirán ambas causas á un tiempo como mutuas, ó recíprocas peticiones, porque por lo mismo no excluye la una á la otra; pero si lo excepciona, pretendiendo no se oiga al actor en su petitorio, miéntras no le restituya la alhaja de que

(1) Ley 1. ff. Uti possideris. cap. Cum dilectus, y cap. fin. de Ordin. cognition. Abb. in cap Veniens, col. penult. de Præscript. in cap. Cum dilectus, column. 3. in cap. Audita, col. 3. circa fin. de Restit. spoliator. Marant. part. y tit. cit. nn. 45 y 46.

(*a*) Sobre los casos y personas á quienes compete este derecho, contra quienes lo pueden intentar, y en que se diferencia del interdicto, vease á Gomez en la ley 45. de Toro, n. 168. al 179. y al Sr. Covar. Pract. cap. 17.

(2) Marant. n. cit. Abb. in cap. Veniens, cit. col. pen. y antepenult.

le despojó, se suspenderá el juicio petitorio, y procederá á conocer de la excepcion, por ser dilatoria; y verificada la certidumbre del despojo, se declarará que el reo no debe contestar, ni el actor ser oido interin no restituya: hecha la restitucion, se procederá á continuar el petitorio (1).

264 Litigando dos, el actor sobre el posesorio *recuperandæ*, y el reo sobre el petitorio, si sale un tercero pretendiendo tambien por el petitorio la alhaja sobre que disputan, y ofreciendo probar el reo, y el tercero que es suya; en este caso, sin embargo de esta oferta, se debe deferir ante todas cosas á la restitucion solicitada por el despojado, y hecha, se proseguirá la accion del petitorio, y no obstará la excepcion del tercero opositor, segun lo ordena la ley 18. que es la final del tit. 10. Partid. 7. ibi.: *E por ende decimos, que quando asi acaezca que tales demandas vengan de consuno sobre una cosa: que la demanda de aquel que dice que seyendo el tenedor, gela tomaron por fuerza, debe ser oida primeramente, é ser librada segun derecho: é de si oyan, é libren las demandas de los otros, asi como fuere derecho.* Esta legal disposicion es la que se debe observar, no obstante que algunos fundados en otra del derecho comun dicen lo contrario, como advierte el *Sr. Greg. Lop. en su glos.* 3.

265 En quanto á si las causas de posesion y propiedad, ó el *petitorio*, y *posesorio* se podrán ó no acumular, digo que (regularmente hablando) se pueden acumular, y proponer en un mismo juicio, recibirse á prueba para ambas partes, y no dudandose de quien posee, determinarse en una sentencia, pronunciando primero sobre el posesorio, y en quanto á la execucion siguiendo, y prevaleciendo el petitorio; pero si se duda de quien posee, ó no consta probado mas que del posesorio, se debe controvertir, y determinar solamente sobre éste, para que de esta suerte se vea á quien incumbe probar en el petitorio (2).

266 Sin embargo de que la acumulacion de acciones está prohibida (3), se entiende de las que son en sí contrarias, ó se quitan

(1) Ley 5. tit. 10. Part. 3. verb. ***Otrosi decimos***: y verb. ***Mas si aquel que ficiere emplazar***: cap Cum dilectus cit. & ibi Abbas, y glos. in cap. fin. de Ordin. cognition. Marant. ibi. nn. 49. y 50. (2) Cap. Ad ultimum 2. Cum ecclesia 3. Cum super. 4. y Cum dilectus 6. de Causa possess. & propiet. ley De qua re, ff. de Judic. ley Incerti juris, Cod. de Interd. y ley Ordinarii, Cod. de Reivindicat. (3) Ley in hærede. §. Eligere. ff. de Tribut. act.

por la eleccion, ó quando la sentencia absolutoria dada en la primera, produce excepcion de cosa juzgada en la segunda, pues en estos tres casos se prohibe. Lo I.° porque la razon de las cosas contrarias es una misma, de tal suerte, que puesta la una se remueve la otra (1): Lo II.° porque quitada la accion por la eleccion de otra, una vez elegida ésta, se cierra la puerta á aquella (2). Lo III.° porque quando dos acciones son tales, que la absolutoria dada en el juicio primero, produce excepcion de cosa juzgada en el segundo, y la condenatoria proferida en este, irroga perjuicio al reo en aquel, si se permitiera la acumulacion, se verificaria lo expuesto contra la intencion misma de las leyes (3). Pero como las acciones de posesion y propiedad no son en sí contrarias, ni cesan por la eleccion, ni la sentencia proferida en el posesorio produce excepcion de cosa juzgada en el petitorio, por ser del todo separados, se pueden acumular (4); lo qual se permite no solo por dichas razones, sino para que se acaben mas presto los pleitos (5); y para evitar á los litigantes tantos dispendios (6). Pero esto no tiene lugar en las causas de mayorazgo, como he dicho ya en mi primera parte últimamente adiccionada.

267 Esta permision de acumulacion del posesorio, y petitorio se entiende, lo primero, no habiendo reconvencion sobre despojo, pues si la hay, se debe practicar lo que en los precedentes números queda explicado; y lo segundo, en quanto á los posesorios *adipiscendæ*, y *recuperandæ* por las razones expuestas en el núm. inmediato; mas no por lo respectivo al *retinendæ*, pues éste no puede acumularse con el petitorio sobre una misma cosa, á causa de ser contrarios, y repugnantes entre sí, cuya contrariedad, y repugnancia consiste en que el que lo intenta, confiesa tácitamente que está poseyendo, y pretende ser mantenido en la posesion, y el que intenta el petitorio, ó la reivindicacion, afirma que no posee, y como el poseer, y no poseer son dos

(1) Ley unic. Cod. Si servus extero, y ley Si pecunia 1. Cod. de Furt. (2) Dicha ley 1. Cod. de Furt. y ley Quod in hærede, ff. de Tributor action. (3) Arg. leg. Fudum 15. Cum duab. sequent. ff. de Exception. Din in regul. 20. n. 9. y sig. de Regul. jur. in 6. (4) Ley Naturaliter, §. Nihil, ley Permisceri 52. ff. de Acquirend. posses. y ley Et an eadem, §. fin. ff. de Exception. rei judicat. Din in regul. 71. n. 6 de Regul jur. lib. 6. (5) Ley Properandum, Cod. de Judic. (6) Cap. Ad ultimum, cit.

cosas contrarias, no puede intentarlas juntamente en un juicio (1). Esta opinion negativa es la segura y corriente, no obstante los esfuerzos de los que se fatigan en defender la afirmativa.

268 Lo explicado en el número inmediato se limíta en tres casos. El I.° en los derechos incorpóreos, v. g. las servidumbres, en los quales se pueden acumular el posesorio *retinendæ*, y el petitorio, por no haber contrariedad, y porque el poseedor puede usar de la accion *in rem*, ó *confesoria*, que es la que compete al actor, que afirma tener servidumbres en el fundo, ó predio de otro; y asi, mediante esta accion, pide se declare debersele la servidumbre que hasta entónces poseyó, y se imponga perpetuo silencio á su contrario, que se la perturba, haciendole dar caucion de no turbarsela (2). El II.° en las cosas corporales, en las que siempre que el petitorio da fomento al posesorio, y no de otra forma, se pueden acumular ambos, por no mediar repugnancia, ni contrariedad. Y el III.° quando se intentan respecto de diversas posesiones, v. g. el posesorio por razon de la civil, y el petitorio por la de la natural (3).

269 Ambas acciones se pueden tratar en juicio, y ante un mismo Juez, ya sea ordinario ó delegado, el qual debe oir á entrambos litigantes, recibir á prueba sus pretensiones, y determinar acerca de ellas en una propia sentencia, para evitarles el grave perjuicio de tantos gastos, y porque quando quieren hacer probanzas se les deben admitir, y asimismo para que no se divida su continencia, si á un propio tiempo se proponen (4).

270 Esto procede, quando actor, y reo son de un mismo fuero, pero nó siendo de diverso (5); por lo que si el Clérigo litiga sobre la posesion contra el lego, y obtiene en el juicio posesorio, no puede el lego demandarle ante el propio Juez secu-

(1) Cap. Examinatæ 15. de Judic. cap. Solicitudinem 54. §. fin. de Appellation. y leg. Ubi pugnantia, ff. de Regul. jur. Reinf. lib. 2. tit. 12. §. 9. n. 277. al 79. (2) Lex. Naturaliter, §. Nihil commune, vers Secunda, n 18. & ibi Jason, n. 127. ff. de Acquirend posses. Menoch. de Retin nd. posses. remed. 3. quæst. 66. n. 539. Minsinger. in § Æquæ si agat. Institut. de Action. (3) Speculator. tit. de Petitor. & possor. § 1. n. 25. Menoch. loc. cit. n. 543. Imol. in Clementin. unic. hoc. tit. Reinf. lib 2. tit. 12. y §. 9. cit. n. 281. hasta el fin. (4) Ley Nulli, Cod de Judic cap. 1. de Causa possession & propietat. ley de Qua re, cit. ley Circa 14. ff. de Probation. cap. Licet, 9. eod. tit. cap Cum dilectus 6. Cum Eccles 3. y Cum super 4 cit. (5) Cap. ultim. de Judic.

lar sobre la propiedad, ántes bien debe acudir á su fuero, el qual por ser distinto, hace que se divida la continencia de la causa (1). Y aunque el lego puede reconvenir al Clérigo, como dexo manifestado anteriormente, milita diversa razon; porque la reconvencion se hace en el mismo juicio, y asi ésta como la convencion se siguen á un tiempo, pero en el presente caso son dos juicios, de los quales el uno no se principia hasta que el otro se concluye, por lo que el lego, como que es actor en el petitorio, debe seguir el fuero del Clérigo, que es reo en él, y demandarle ante su propio Juez, al modo que en la causa de posesion siguió el del lego, y se la demandó ante el de éste (2).

271 Por lo respectivo á si una vez intentado el petitorio, podrá el que lo intentó, volver al posesorio; digo que aunque está prohibido por derecho que despues de contestado el pleito se pueda mudar el libelo (3), no se prohibe que intentado el petitorio se vuelva al posesorio, porque no se muda el libelo, sino que se enmienda, añadiendole algo, que es el posesorio, quedando suspenso el petitorio hasta que conste de la posesion, de tal suerte, que si el actor no obtiene ésta, pueda hacer reversion al petitorio, y si la obtiene, mande el Juez que se le restituya, y subsista en la posesion de la alhaja hasta que el reo pruebe competirle su propiedad y dominio; pero esta reversion se ha de hacer ántes de la conclusion, pues conclusa la causa, no se admite (4), ni tampoco se puede intentar el posesorio una vez condenado el litigante en el petitorio (5). Otras varias especies acerca de las causas de posesion y propiedad, y remedios que competen á los despojados, puede ver el aplicado en los AA. citados.

(1) Abbas in cap. ultim. cit. n. 14. (2) Speculator tit. de Rescript. præsent. §. ult. n. 11. vers *Item quod facit*: Valens. hoc tit. §. 3. n. 5. Pirhing. eod. tit. n. 20. Reinf. lib. 2. tit. 12. dichos, §. 8. ex n. 248. al 356. (3) Ley Non potest 23. ff. da Judic. Authent. Qui semel, y ley Nemo. Cod. de Jurisdict. omnium judic. ley Edicta actio, Cod. de Edendo, y glos in cap. Significantibus, de Libelli oblation. (4) Cap. Pastoralis 5. de Causa possession. & propietat. & ibi glos. verb. *Pendente* ley Qui fundum, §. fin. ff. de Vi, & vi armat. Reinf. lib y tit. cit. § 10. ex n. 299. al 307. (5) Pareja de Edition. instrum. tit. 6. resolut. 9 n. 42. Roxas de Incompatib. part. 5. cap 5. n. 19. y sig.

§. VII.

De la prueba que puede hacerse en juicio, y sus clases.

272 Conclusos los autos por las partes, ó porque el Juez los haya por tales con dos escritos de cada una, segun lo ordena la ley 1. tit. 15. lib. 11. Nov. Rec. debe mandarlas que juren de calumnia, (lo qual no se practica) y dentro de seis dias siguientes al de la conclusion recibirlos á prueba, si es necesaria, y no de otra suerte, proveyendo auto interlocutorio á este fin, para que los litigantes justifiquen lo que les convenga; no haciendolo dentro de ellos, pagará dobladas las costas que se causaren hasta que lo pronuncie, y 50@. maravedís á la Real Cámara; en cuya pena incurre tambien, por tardar mas en proferir otro qualquiera interlocutorio (1). Pero es de advertir, que aunque no haya mas que tres escritos, á saber, demanda, contestacion, y conclusion, debe el Juez haberlos por conclusos (*a*), y recibirlos á prueba, porque ni la ley precisa á que cada parte presente dos, ni es necesaria la réplica á la contestacion, si el actor no quiere hacerla, ya porque no contiene cosa digna de ella, ó porque en negando y contradiciendo lo perjudicial y adverso, responde, y replica á lo que dice el reo, lo que basta para haber los autos por conclusos.

273 Este auto se debe hacer saber á los litigantes, ya se siga el pleito en presencia de todos, ó en rebeldía del uno; y no pudiendo ser habido éste, se ha de notificar á su muger, hijos, criados ó vecinos mas cercanos, para que se lo participen, dexandoles á este fin memoria expresiva; y si se despacha receptoría, se ha de notificar igualmente ésta en ambos casos ántes que el que la saca use de ella (2), como se practica en el Consejo. Pero si el punto litigioso es de mero derecho, no se necesita, ni

(1) Ley 1. y 3. tit. 10. lib. 11. Nov. Rec.

(*a*) Vease lo que dice el Sr. Conde de la Cañada, en quanto á si son necesarios los quatro escritos para haber el pleito por concluso, si el Juez debe haberlo si las partes no concluyen yendo adelante hasta la difinitiva, y la explicacion que hace de la ley 1. tit. 14. lib. 11. Nov. Rec. Instit. practic. part. 1. cap. 8. n. 4. y sig. (2) Ley 3. tit. 1. lib. 11. Nov. Rec.

debe recibir el pleito á prueba, ni hay para qué, porque en aquel está resuelto lo que el Juez deb determinar, y si lo recibe, y no reforma la providencia habiendose pedido, se puede apelar, y debe revocarse como dilatoria y gravosa.

274 Sin embargo de lo que queda sentado en el n.272. y de estár prohibido que el Escribano haga relacion de los autos, pues el Juez inferior debe verlos por sí, y no tener Relator (1), se ha introducido en todos los Tribunales de esta Corte, y en algunos de otros Pueblos que se pida señalamiento de dia para verlos, y y se cite con él á las partes, y asímismo que los Escribanos ordinarios hagan relacion a presencia de los litigantes ó de sus defensores, y segun los méritos del proceso, y calidad del negocio providencie el Juez, recibiendolos á prueba, ó determinandolos difinitivamente; pues si nada falta, ni tienen que probar las partes, puede y debe hacerlo, y no se causa nulidad, ántes bien es conforme á la intencion de las leyes que apetecen que quanto ántes consiga justicia el que la tiene; resisten la dilacion, y que se le causen costas; y prohiben que los pleitos se reciban á prueba sobre cosas que probadas no le han de aprovechar ni dañar al contrario, ó no conciernen al asunto litigioso, ó consisten en puro derecho, en el que está resuelto lo que el Juez debe determinar (2): si éste los recibe en los tres últimos casos, se puede apelar de la providencia por dilatoria, gravosa y contraria á las leyes, y se debe revocar, como lo he visto en el Consejo.

275 Prueba es lo mismo que averiguacion que se hace en juicio, á fin de aclarar las dudas que aparecen acerca de la materia que se disputa, y de las pretensiones de los litigantes (3); por lo que el Juez no debe dexar de admitir la que sea necesaria (4). Es de dos maneras, hablando con propiedad, á saber, *plena*, *y semiplena*. Se llama *plena* la que hace tanta fé, quanta basta para difinir la controversia, condenando, ó absolviendo (5), y *semiplena* la que aunque hace alguna fé, no tanta que en su virtud pueda moverse el Juez á dar sentencia, v. gr. la que in-

(1) Ley 3. tit.16. lib.11. Nov. Rec. (2) Ley 7. tit.14. Part.3. ley 5. tit.10. lib.11. Nov. Rec. ley Ad probationem 21. Cod de Probat. y cap. Cum contingat 36. & ibi glos de Offic. delegat. (3) Ley 1. al principio tit. 14. Part. 3. Mascard. de Probation. vol.1. quæst.2. proemial n.8. (4) Cap. Novit. de Judic. Matth. cap.18. (5) Mascard. quæst.4. n.5.

duce la escritura privada, la comparacion, ó cotejo de letras, la confesion extrajudicial, la fuga del reo que debió responder, y no respondió, el dicho de un testigo solo, ó la fama (1).

276 Generalmente hablando, tiene diversos nombres. Una se llama *judicial*, porque se hace en juicio; otra *extrajudicial*, porque se hace fuera de juicio (2); otra *evidentisima*, que se hace por privilegios, y escrituras auténticas (3); otra *apertisima*, ó *plenisima*, y es la que se hace por la evidencia, y otros médios que no dexan duda (4); otra *clara*, que se hace por testigos, ú otros modos semejantes; otra *ménos evidente*, que es por conjeturas, y presunciones (5), aunque esta no es clara, á ménos que la pronunciacion sea de derecho (6); otra *legítima*, la qual es la que se hace por testigos, instrumentos, ó por otros medios aprobados por derecho (7); y la otra *mixta*, y es la que se compone de dos semiplenas, que tienen su tendencia á un mismo fin (8).

277 Aunque segun estilo de algunos Tribunales de fuera del Reyno no está obligado el reo á probar sus excepciones hasta que el actor justifica su intencion, y demanda para que aquel no sea gravado con costas, á que no puede ser compelido, miéntras éste no acredite lo que propone, no está recibido este estilo en los de España; y asi la prueba incumbe regularmente al actor que funda su intencion en afirmativa probable, y no al reo que afianza la suya en excepcion negativa improbable; por lo que si éste niega, debe ser absuelto, no probando aquel, por no estar obligado á probar su negativa (9), y debersele favorecer mas que al actor, quando los derechos son obscuros (10); pero si de su excepcion negativa resulta afirmativa por la razon porque niega, entónces debe probar la excepcion, y la causa, ó razon en que la

(1) Glos. in leg. Admonendi, ff. de Jurejurand. Mascard. quæs. 11. n. 20. Cancer. part. 3. Var. cap. 7. n 348. Gom. lib 3. Var. cap 12. n. 2. y 26. (2) Cap. Cum dilecta 4. de Confirmat. y cap. ultim. Ut lite non contestata. (3) Abb. in cap. Licet, n. 12. de Probat. Jason in leg. Si constante, n. 135. ff. de Solut. matrimon. (4) Cap. Pia, de Except. in 6. y ley Sciant, Cod. de Probation (5) Cap. Afferte, de Præsumption. (6) Mascard. conclus. 4. n. 13. Roman. in leg. 1. Cod. de Testament. milit. (7) Ley Proprietatis, Cod de Probation. & ibi glos. de verb. *Legitimis*: y glos. in leg Cum indebito, ff. de Probat. (8) Glos. in cap Cum causam, de Probat. Pirhing, de Probat. n. 3. (9) Cap. Quod autem 1. y cap. Acusator 2. caus. 6. quæst. 5. cap. Bonæ memoriæ 22. de Election. ley Et incumbit. 2. de Probat. y ley Actor 23. Cod. de eod. tit. (10) Cap. Cum sunt 11. de Regul. jur. y ley Favorabiliores 125. ff. eod. tit.

afianza, porque es el fundamento afirmativo de su negativa, y en la excepcion que alega para su defensa, se reputa, y hace veces de actor (1): lo mismo debe practicar éste con la suya, porque funda en ella su accion, y demanda (2).

278 Para la mejor inteligencia de lo explicado en el número inmediato, debo sentar, que aunque las negaciones son varias, y de ellas unas se pueden probar indirectamente, y otras no (3). Generalmente hablando, la negacion ó proposicion negativa es de tres maneras, de *derecho*, de *qualidad*, y de *hecho*. Negativa de *derecho* es aquella, por la qual se afirma que alguna cosa no es conforme á derecho, ó no está permitida por él; v. g. que uno no puede ser Juez, Abogado, testigo, &c. y esta se puede probar indirectamente, haciendo ver por la ley, y demás medios no concurrir en él el defecto que se le imputa, y asi debe probarla el negante (4).

279 La negativa de *qualidad* es aquella, por la que se niega concurrir en alguno cierta qualidad, la qual si es de las que naturalmente tiene cada uno, v. g. que es capáz, y de claro entendimiento, ó que no era mayor quando contraxo, &c. debé ser probada por el que niega, porque es el fundamento de su intencion, y de esta negativa se induce afirmativa, la qual transfiere la obligacion de probarla en el que niega, pues la presuncion está por su contrario, y no lo haciendo se deferirá á la solicitud de éste, aunque nada pruebe. Si es de las que competen accidentalmente á alguno, y no naturalmente á todos, v. g. que es noble, Doctor, &c. toca la prueba al que afirma: lo mismo si dice que es mayor de edad, y se le niega; y la razon es, porque en estos, y otros casos semejantes no se atiende á lo material de la afirmativa, sino á que cada uno pruebe el fundamento de su intencion (5).

280 La negativa de *hecho*, que por naturaleza se dice ser improbable, es de tres maneras, una *pura*, *simple*, *é indefinida*, otra

(1) Leyes 1. y 2. tit. 14. Part. 3. y leyes 2. 12. y 19. ff. y 23. Cod. de Probat. y cap. 1. y 2. caus. 6. quæst. 5. Roxas Almans. de Incompatib. disp. 2, quæst. 1. n. 6. y 7. (2) Cap. 6. 11. y 12. de Probat. cap. 28. de Sponsalib. y cap. ult. de Solut. y leyes 3. á la 6. tit. 14. Part. 3. (3) Glos. in cap. Bonæ vers. ***Per rerum naturam*** de Elect. Engel de Probat. n. 6. (4) Ley Abea parte, ff. de Probat. leyes 2. y 4. tit. 14. Part. 3. Murill. lib. 2. Decret. tit. 19. n. 141. Reinf. eod. lib. & tit. §. 2. n. 49. (5) Cap. unic. de Scrutinio in ordine, y cap. ult. de Præsumpt. Murill. ibi. Reinf. ibi, n. 50. Bersan. de Pupillis, cap. 2. quæst. 33.

que embebe en sí *afirmativa*, y otra *coartada*. La pura, ó simple es la que no determina tiempo, lugar, ni otra circunstancia, por lo que es absoluta, v. g. negar que contrajo, ó que hizo la muerte que se le imputa, &c. y ésta no se puede probar por el que niega, porque el hecho no se presume, y asi le basta negar (1). La negativa que embebe en sí *afirmativa*, es, v. g. quando dice uno que no renunció, ó no contrajo espontaneamente, y el que asi niega, debe probarla, porque viene á afirmar que para renunciar, ó contraer fué violentado (2). La negativa *coartada* es la que se coarta, y limíta á cierto lugar, tiempo, ú otra circunstancia, v. g. se le imputa una muerte hecha en tal parte, tal dia, y á tal hora; debe en este caso probar la negativa de que no estubo alli, sino en otra parte, porque esta excepcion negativa se reduce á afirmativa por la razon que tiene para negar haber hecho la muerte (3).

281 Ha de ser hecha la prueba judicial segun la forma del libelo; y la razon es, porque segun ésta se debe pronunciar la sentencia, y asi solo se debe probar lo que mediante el libelo se deduxo, y negó en juicio, y sobre que se sufre la litis, ya sea directamente, ó por via, ó modo de réplica y excepcion (4), y lo que probado puede aprovechar al que hace la prueba (5); por cuya razon no debe admitirse la que no concierne al asunto propuesto, y es del todo inutil, é impertinente (6). Puede hacerse por ocho medios, ó de ocho maneras, que son: *confesion de parte*; (bien que ésta mas es relevacion de ella, que otra cosa) *juramento decisorio*, *testigos*, *instrumentos*, *privilegios*, *y libros de cuentas*; *vista ocular*, ó evidencia; *presunciones*, ó conjeturas; *ley*, ó fuero; y por *fama* pública (7); á que se puede añadir la que se hace por lo que aparece esculpido en marmoles, ó lápi-

(1) Leyes 1. y 2. tit. 14. Part. 3. y ley 23. Cod. de Probat. Bersan. ibi n 5. (2) Ley 8. ff de Probat. y cap. 2. de Restitut. (3) Cap. 35. de Testib. ley 14. Cod. de Contrahend. stipulation. y ley 32. tit. 11. Part. 5. y argum. leg. 117. tit. 18. Part. 3. Murill. ibi, n. 142. Acev. en la ley 4. tit. 17. lib. 8. Rec. n. 39. (4) Cap. Cum dilectus, §. Sed quoniam de Ordin. cognition. cap. de Testibus 29. de Testib. Clementin. Sæpe contigit, §. Verum quia, de Verbor. significat. y ley Ad probationem dominii, Cod de Probat. Speculat. tit. de Probat. § Nunc. dicendum: Mascard. dicha quæst. 2. proemial, n. 27. y quæst. 17. n. 16. (5) Cap. Cum contingat 35. de Offic. legat. & ibi glos. & Joan. Andr. Marcard. dicha quæst. 17. n. 24. (6. Ley Ad probationem dominii, y cap. Cum contingat, cit. (7) Leyes 2. tit. 11. y 8. y final tit. 14. Part. 3. y ley 3. tit. 2. lib. 3. Nov. Rec.

das antiguas puestas en las Iglesias, y en otros edificios, y lugares publicos de inmemorial tiempo, y por historias, mapas, y tablas geográficas, y serán nueve clases de prueba que expresan los siguientes versos.

Aspectum, sculptum, testis, notoria, scriptum.
Jurans, confesus, præsumptio, fama, probavit.

282 La confesion, ó declaracion judicial es respuesta afirmativa, que un litigante dá en juicio á lo que el colitigante, ó el Juez de oficio le pregunta una, ó mas veces (1). Se divide en *verdadera*, ó expresa, y en *tácita*. Se llama verdadera la que se hace con palabras, ó con señales que manifiestan paladina, ó claramente lo que se depone. Y tácita, la que se infiere de algun hecho, ó se finge por la ley, v. g. quando el preguntado es contumáz en no querer responder, ó en no responder como debe, ó huye despues de contestado el pleito, y lo abandona (2).

283 Se subdivide en *simple, y qualificada*. Se llama simple, quando el litigante confiesa lisa, llanamente, y de plano lo que el colitigante le pregunta; y qualificada, quando por alguna qualidad, ó circunstancias que añade, restringe la intencion de su contrario, por lo que le pone en la precision de hacer prueba sobre ella. Asimismo se subdivide en *judicial, y extrajudicial*. Se llama judicial la que hace en juicio ante Juez competente, ó de su órden por escrito ante Escribano aprobado conforme á derecho. Y extrajudicial la que executa fuera de juicio, ó si en él, ante Juez que no es competente para recibirla, ni mandarla hacer, ó ante el arbitrador (3); de las quales paso á tratar, á fin de instruir al Escribano principiante.

284 Para que haga fé, y pruebe contra el confitente su confesion judicial, debe contener las diez circunstancias que trae la ley 4. tit. 13. Part. 3. y comprehenden los siguientes versos.

(1) Ley 1. tit. 13. Part. 3. (2) Cap. fin. de Conf. in 6. cap 4. de Præsumpt. y leyes 1. y 2. tit. 9. lib. 11. Nov. Rec. (3) Ley unic. Cod. de Conf. cap. 4. de Judic. Mascard. de Probat. conclus. 342. n. 9. y 344. n. 7. Marant. part. 6. tit. de Conf. n. 30. y 31. Barbos. in cap. Ex parte, n. 8. de Conf.

1. 2. 3. 4. 5. 6.
Major, sponte, sciens, contra se, ubi jus fit, & hostis,
7. 8. 9. 10.
Certum, lisque, favor, jus, nec natura repugnet.

Y son la I.ª que el que la hace, sea mayor de 25. años, ó si es menor de ellos, y entró en la pubertad, que la haga con autoridad de su curador; bien que aunque éste presencie el juramento, si es perjudicado en él se le restituirá (1). La II.ª que la haga espontaneamente sin miedo de tortura, que no sea por engaño, ni promesa que el Juez le haga de que le libertará; pues la que se hace por engaño no vale, ni tampoco en el tormento, á ménos que al dia siguiente se ratifique en ella fuera de él, y conste del cuerpo del delito (2). La III.ª que la haga con cierta ciencia, porque si procede de error inculpable del hecho, y luego lo prueba, puede revocarla ántes de la sentencia; y lo propio milita, quando no la hace de propósito, sino con motivo de ira, ó por causa falsa (3). La IV.ª que sea contra sí, ó para obligarse á otro (4). La V.ª que la haga ante Juez competente, ó de su órden ante Alguacil, y Escribano, ó ante éste solamente, como se practica (5): ó en la demanda, y demás pedimentos aunque sea sin juramento (6), ó ante el árbitro, que procede observando el órden legal (7); mas no ante el arbitrador, porque ante éste no hay juicio. La VI.ª que sea á presencia de su contrario (8); aunque esto rara vez se usa, ántes bien se estima por bastante que se le reciba sin presenciarla, que conste en los autos, y luego se le comunique. La VII.ª que sea de cosa cierta en quanto á la substancia, y cantidad, pues no siendolo, no le perjudica, porque no

(1) Leyes 1. tit 13. y 3. tit.25. Part.3. y ley 6 §§. 4. y 5. ff. de Confes. (2) Cap.1. caus.15. quæst.6. leyes. 4. y 5. tit.13. Part.3. y ley 2. Cod. de Custod. reor. (3) Ley 5. tit. 13 cit. ley In negotiis, y ley Quidquid calore, ff. de Regul. jur. ley Divortium non est, ff. de Divortio, cap. fin. de Conf. Canon. Sicut tenor. 15. de Regularib. Mascard. conclus.3 16 n.20. y 21. (4) Ley 4. tit.13. Part.3 ley 11. §.1. ff. Interrogat. ley Nullus ff. de Testib, y Canon. Si testes, §. Nullus, quæst.3. Specul tit. de Contes. §. Nunc videndum, n.7. (5) Ley fin. ff. de Interrogat. in jure faciend. dicha ley 4.tit 13. y leyes 4 y 5. tit.28. lib.11. Nov. Rec. (1) Gom lib. 3. Var. cap. 12. n.4. Cur. Philip. part.3. §. 13. n.10. (7) Ley 1. ff. de Recept. arbitr. Mascard. conclus. 342. n.9. y 10 Reinf. lib.2. tit.18. § 1. n.8. al 11. (8) Dicha ley 4.tit.13. Part.3. y ley 6. §. 3. ff. de Conf.

puede recaer sentencia sobre ella, y si es erronea, puede revocarla, probando el error (1); pero el Juez debe compelerle á que contexte categoricamente lo que se le pregunta (2). La VIII.ª que se haga en juicio, porque si se hace fuera de él, servirá de presuncion, y no de prueba, lo qual se entiende siendo la confesion de delito; pero en los contratos le perjudica, estando presente su contrario, ó su apoderado, y exime á éste del cargo de probar, si al mismo tiempo que la hace, expresa la causa justa del débito, ó cosa que debe darle, ó hacerle, pues si no la menciona, inducirá presuncion solamente, excepto en los casos que explicaré en el núm. 294. de este capítulo (3). La IX.ª que no sea á su favor, pues de lo contrario sería testigo en su misma causa, lo qual está prohibido (4). Y la X.ª que no sea contra naturaleza, ni contra ley (5).

285 Concurriendo en la confesion las diez circunstancias referidas, hace plena prueba, aprovecha al contrario, le exime del gravamen y precision de probar, tiene fuerza de sentencia, y cosa juzgada en las causas civiles; supera á todas las pruebas, porque ninguna iguala al dicho de propia boca, debilita las opuestas hechas por testigos, ó instrumentos á su favor, quita las presunciones contrarias, es de tal calidad, que aunque se haga en proceso inepto ó inválido, puede darse sentencia segun ella, y el confeso se tiene por condenado sin otra alguna (6). Una parte á la otra se puede pedir la confesion en qualquiera estado del pleito, aunque sea despues de concluso, con tal que no esté sentenciado; y lo mismo puede hacer el Juez de oficio, á fin de inquirir la verdad en caso de que haya duda (7): tambien puede pedir una parte á la otra todas las declaraciones ó posiciones que tenga por convenientes de una vez, ó de muchas, con tal que conciernan al pleito, y no sean sobre lo confesado claramente; y el Juez debe deferir, y apremiar al preguntado á que las ab-

(1) Ley Certum, ff. de Conf. y dicha ley 4. Mascard. concl. 387. n. 1. y sig. Abb. in cap. ult. de Confes. n. 1. 20. y sig. (2) Ley 6. tit. 13. Part. 3. (3) Ley final ff. de Interrogat. action. ley Cum indebito, §. fin. ff. de Procat. ley Publia al fin. ff. de Position. y leyes 4. y fin. tit. 13. Part 3. (4) Dicha ley 4. tit. 13. y ley 10. Cod. de Testibus. (5) Leyes 4. y 6. tit. 13. cit. y ley 13. ff. de Interrogat. in jur. faciend. (6) Ley 2. tit. 13, Part. 3. & ibi glos. 1. ley 1. ff. de Conf. ley Ubicumque, ff. de Interrogat. cap. Cum judicantem 30. quæst. ult. cap. Cum Joannes 10. § Ad hoc autem, de Fide instrum. Marant. part. 6. tit. de Conf. n. 21. al 26. (6) Ley 2. tit 12. Part. 3. y ley Ubicumque, y cap. proxcit.

suelva categoricamente, sin darle traslado ni tiempo para aconsejarse, como en el numero 291. expondré, ni precisar al ponente ó interrogante á que de una vez las haga, porque ninguna ley le concede esta facultad, ni le precisa á ello, por lo que las hará quando le acomode. De lo contrario, y sino reforma su providencia como dilatoria, injusta y perjudicial, se puede apelar, y se debe revocar, lo I.° porque la ley no limita, ni prefine quántas declaraciones ó confesiones ha de pedir una parte á la otra, ni en quántas veces, por lo que pueden ambas pretender las que quieran. Lo II.° porque la confesion es relevacion de prueba, y se pide para evitar gastos en ésta, si el declarante confiesa, porque ninguna prueba es mejor que la de porpia boca. Y lo III.° porque las leyes apetecen, y encargan la brevedad en los pleitos, la qual se logra por medio de la confesion. Por estas razones, y para no acreditarse el Juez de ignorante, ni constituirse sospechoso, y contraventor de las leyes, no debe dejar de deferir lisa y llanamente á la solicitud y evacuacion de quantas confesiones pida una parte á la otra siendo pertenecientes al punto litigioso: asi se practica en esta Corte como legal y justo.

286 Como la confesion debe ser de cosas concernientes al asunto litigioso, y para ello deben preceder preguntas que llaman *Posiciones*, con el objeto de que el Escribano no confunda tal vez éstas con las preguntas, ó interrogaciones que se hacen á los testigos, debo advertirle que las posiciones no solo han de ser de los hechos tocantes al punto que se controvierte, sino hechas clara, positivamente, y no con obscuridad, ni por via de interrogacion; y la razon es, porque el que las pone, afirma como cierto lo que en ellas sienta, pues la posicion *es simple asercion hecha por escrito de hecho perteneciente á la causa, sobre el qual pide en juicio un litigante que el otro declare bajo de juramento, para relevarse de probarlo* (1), lo que no sucede con las interrogaciones, ó artículos, pues éstos son parte de la intencion del interrogante, que contienen lo que intenta probar por testigos, ó instrumentos, y asi el que los pone, no confiesa lo que en ellos sienta, como en la posicion (2); bien que hoy los confunden muchos.

(1) Mich alor. de Position cap. 1. n. 4. Faguan. in cap. Olim, n 55. de Litis contestat. Marant. part. 6. tit. Positiones: act. 4. n. 6. y 13. Lex Data opera, Cod. Qui accusare non pos. (2) Glos in cap. Præsentium, vers. *Articulis*, de Testibus, lib 6. Marant. tit. cit Reinf. lib 2. tit. 18. §. 8. n. 210. y 211.

287 Fueron inventadas las posiciones por costumbre aprobada por derecho, para que el ponente fuese relevado del gravamen de hacer prueba (1). Suceden en lugar de esta, si el preguntado confiesa llanamente su contenido (2); en cuyo caso no son necesarios testigos (3). Pueden hacerselas ambos colitigantes, (aunque lo mas regular es que las haga el actor al reo) despues de la contestacion; pero una vez puestas en los autos no se pueden revocar, mudar, ni enmendar, excepto que sea incontinenti, ó por error de hecho que contengan (4); bien que quando están obscuras, se pueden declarar á pedimento del contrario, y á ello esta obligado el ponente, porque mediante su declaracion nada se las añade, y se retrotrae ésta al tiempo en que se pusieron (5).

288 Se diferencian las posiciones de los artículos ó interrogaciones; lo I.° en su origen, pues aquellas fueron inventadas por la costumbre, como queda expuesto, y éstas por derecho (6). Lo II.° en su forma, porque las interrogaciones se hacen con palabras interrogativas, y las posiciones por afirmativas de algun hecho (7). Lo III.° en que aquellas se hacen á los testigos, quando hay necesidad de prueba, y éstas son para que si el contrario las confiesa, sea relevado el ponente de probarlas (8). Lo IV.° en que el que articúla, no confiesa los articulos, ni afirma ser verdaderos, sino que cree poderlos probar, y asi á los testigos se pregunta de esta suerte. *Si saben, han visto, ó tienen noticia, &c.* pero el que hace posiciones, las confiesa, y afirma haber sucedido, ó no, y debe hacer ó no, ó ser cierta, ó incierta la cosa que pone, y sienta en ellas (9), y por eso hace la pregunta de esta suerte: *Como es cierto ó incierto, &c.* lo V.° en que la posicion se hace regularmente en causas civiles, y la interrogacion

(1) Lex 2. §. Quod observari: n. 18. Cod. de Jurani. propter calumn. & in leg. Ubicunque, cit. Aretin. de Positionib. §. 4. n. 2. (2) Cap. Statuimus, de Conf. in Mascad. conclus 1176. n. 2. Scacia de Judic. lib. 2. cap. 7. n. 85. (3 Cap. Præterea, de Transaction. cap. 2. de Conf. y ley unic. Cod. eod. tit. (4) Glos. mag. in cap. 1. de Conf. in 6. Speculat. tit. de Position. §. 3. n. 3. y §. 10. n. 8. Marant. tit. cit. n. 8. Michalor. ibi cap. 22. n. 2. Mascard. conclus. 1182. n. 9. y 16. Scacia lib 2. cap. 7. n. 589. y 609. Reinf. lib 2. tit. 18. §. 9. n. 222. y sig. (5) Michalor dicho cap. 21. n 25. Marant. ibi, n. 12 Reinf. ibi n. 227. (6) El tit. ff. de Interrogat. action. (7) Ley Voluit, ff. de Interrogat. action. Papiens. de Forma position. verb. Ponit, n. 2. Michalor. cap. 2. nn. 13. y 14. (8) Reinf. ibi, nn. 211. y 212. (9) Leyes 1. y sig. ff. de Interrogator. action.

en ellas, y en las criminales. Lo VI.° en que las posiciones se hacen por la parte, y no por el Juez, pues no puede hacerlas, sino que de ellas resulte duda, para aclararla; y la interrogacion por ambos (1). La razon porque el Juez no puede hacer posiciones, es, lo uno, porque éstas suceden en lugar de prueba, y el Juez nada tiene que probar, ni es de su inspeccion sino el juzgar; lo otro, porque iguora los hechos, y asi no sabe lo que ha de preguntar; y lo otro, porque el que las pone, confiesa el hecho que sienta, y el Juez ninguno tiene que confesar (2). Y lo VII.° se diferencian en que el fin, y efecto de la posicion es abreviar el pleito por la confesion del contrario, relevarse el ponente de gastar, haciendo prueba; y evitar que se difiera como lo apetece la ley (3); pero el de la interrogacion es investigar la verdad por testigos, y si algunos de estos faltan á ella, convencer su falsedad por sus mismos dichos, y discordia en el hecho, tiempo, lugar, y circunstancias; ó por otros médios sutiles (4). Otras diferencias pone *Michalorio* en el cap. 6. de la materia de Posiciones, la qual en los 71. que comprehende, explica como ninguno.

289 No solo pueden hacer posiciones el reo, y el actor (5), sino tambien sus Procuradores en su nombre con su especial poder, y no de otra suerte, porque entónces es visto hacerlas aquellos (6). Siendo sobre el negocio principal, se deben poner despues de contestada la demanda en el término probatorio, y ántes de la presentacion de los testigos, porque suceden en lugar de prueba, si se confiesan puramente; pero siendo sobre algun artículo, ó excepcion que se proponga ántes de ésta, sobre el qual haya que hacerla, se pueden poner entónces (7); bien que como queda sentado, las puede hacer una parte á la otra hasta la sentencia en qualquiera estado del pleito.

(1) Glos. magn. in cap. 1. de Conf. in 6. Fagnan. in cap. Olim. cit. n. 89. Aretin. de Posit. § 4. Specul. tit. de Posit. §. 3. n 2. (2) Cap. ult. de Jurejur. lib. 6. Reinf. ibi, §. 9. n 219. Speculat. dicho §. 3. n. 2. Scacia lib. 2. de Judic. cap. 7. n. 33. y 35. (3) Clementin. Sæpe contingit, § Et quia de Verbor. significatione, Reinf. dicho §. 8. n. fin. (4) Ley 28. tit. 16. Part. 3. Daniel, cap. 13. vers. 56. glos. in cap. Nihilominus 3. quæst. 7. (5) Cap. Præsertim, de Testib. in 6. cap. unic. de Litis contestat. (6) Ley Divus, §. 1. ff. ad leg. Cornel. de Fals. y cap. Qui per alium, de Regul. jur. n. 6. y ley 1. tit. 10. Part. 3. (7) Michalor. de Posit. cap 27. n. 1. y sig. Specul. de Posit §. 4. n. 1 Abb. in cap. ult. n. 5. de Conf. Gail lib. 1. Pract. observat. 79. n. 4. Reinf. dicho §. 9. n. 231. y 232.

290 Lo que se practica para abreviar, es presentar la parte el interrogatorio; pedir que á su tenor se exâminen los testigos que produzca; y por un *otrosí*, que ántes de proceder á su exâmen, jure posiciones el contrario al tenor de todas, ó de algunas de las preguntas del interrogatorio, ó pedirlas ántes de presentarlo, y en vista de lo que resulte, pues se le debe comunicar, formarlo solamente sobre lo no confesado, pues no en todos los pleitos se pueden hacer, porque hay hechos que las partes ignoran, y es necedad el preguntarselos.

291 Siendo confusas las preguntas ó posiciones que un litigante hace al otro; ó siendo impertinentes, porque no conciernen al pleito, ninguno de los dos está obligado á responder á ellas, ni el Juez se lo debe mandar, ni admitirlas (1). Pero si son hechas con claridad, y sobre lo que se litiga, debe el preguntado, (ó por su ausencia su Procurador, teniendo para ello poder especial bien instruido, y no de otra suerte) responder categoricamente baxo de juramento la verdad del hecho, y cosa que se le pregunta, afirmandola ó negandola simple y abiertamente sin el mas leve artificio, ni cautela, ni con palabras de *creo*, *ó no creo*, *ó me persuado*, *ó niego la pregunta segun está puesta*, ni otras semejantes, pues no se le deben admitir. El Juez no debe permitir que su Abogado esté presente á la declaracion, ni darle traslado, ó copia de las posiciones, ni término para que se aconseje, ántes bien ha de absolverlas en el mismo acto, como lo ordenan las leyes (2).

292 Si responde ambigua, y confusamente se le puede compeler á que absuelva lisa y llanamente las preguntas con toda pureza é ingenuidad, y si no quiere declarar, ó se ausenta por no practicarlo, habiendoselo mandado el Juez tres veces por ante Escribano, y no de otra forma, es habido, y le puede declarar por confeso, y determinar el pleito, ya sea difinitivamente, ó recibiendolo á prueba, segun su estado, ó segun halláre por derecho. Habiendo declarado, si despues se le convenciere de perjuro á sabiendas, incurre el actor en perdimiento de la causa; se há por confeso al reo, y á entrambos se pueden imponer otras penas. Respondiendo que ignora la pregunta, no se le debe admitir esta

(1) Ley 2. ó final, tit. 12. Part. 3. ley Ad Probationem, Cod. de Probat. y ley Si defensor, §. fin. ff. de Interrogat. action. (2) Leyes 1. tit. 10. y 3. tit. 13. Part. 3. y 1 y 2. tit. 9. lib. 11. Nov. Rec.

respuesta, y es habido por confeso (1), y quando está ausente, se ha de expedir requisitoria para que declare (2). Se previene que si el pleito es de gravedad é importancia, debe el Juez recibir por sí mismo las posiciones, y juramentos de calumnia, y no cometer al Escribano, ni á otro su recepcion, pues aunque la parte se ratifique luego ante él, no cumple con lo que está mandado (3).

293 De la confesion, ó respuesta á las posiciones de una parte se debe dar traslado á la que las hizo, y solicitó, aunque no lo pida, para que exponga, y pretenda en su vista lo que la convenga; mas no se deben hacer preguntas, ni prueba sobre lo confesado clara, y expresamente, pena de 3@. maravedis al Abogado que las hiciere (4). Pero contra la confesion ficta, que es la que el derecho estíma hecha, (por no declarar, ó no declarar conforme se debe) se ha de admitir prueba al preguntado, no obstante que por su contumacia es habido por confeso, porque esta confesion surte el efecto de que se transfiera en él la obligacion de probar que incumbia al interrogante (5). Y para que éste no sea perjudicado en la declaracion de su contrario, ni se juzgue que la aprueba en caso de que niegue, ó tergiverse los hechos, se debe poner en el pedimento esta cláusula: *Sin que sea visto estar á su dicho, ó declaracion mas que en lo favorable, y sin perjuicio de la prueba en caso de negativa en todo, ó parte &c.* con la que puede luego probar lo que haya negado, tergiversado, ó declarado obscuramente, y aun hacer que vuelva á declarar, y absuelva las preguntas.

294 La confesion extrajudicial en causas civiles si se hace á presencia de dos testigos, y de la parte contraria con palabras claras terminantes, dispositivas, y no enunciativas, y con expresion de causa justa, ó aunque ésta no se exprese, si luego se justifica, prueba plenamente presentandose despues en juicio, y aceptandose por la parte, á quien favorece, ó por su Procurador para que no se pueda revocar, y perjudica al confeso y á sus herederos: si la parte está ausente, hace presuncion, y semiplena prueba; pero aunque no la presencie, si es hecha por escrito, ó en

(1) Dichas leyes 1. y 2. tit. 9. (2) Ley 3. tit. 9. dicho lib. (3) Ley 6. tit. 9. lib. 11. Nov. Rec. (4) Dicha ley 3. tit. 13. Part 3. y ley 4. tit. 9. lib. 11. Nov. Rec. (5) Paz in Prax. tom. y part. 1. temp. 8. n. 82. al 84. Gutier. lib. 1. Pract. quæst. 49.

favor de causa pia, ó promisoria, ó jurada, ó aceptada por alguno en nombre de aquel á cuyo beneficio cede, y éste aprueba y ratifica la aceptacion de aquel; ó si es geminada, (que se llama asi la que hace en dos ocasiones con intermision de tiempo) prueba plenamente (1).

295 La segunda clase ó especie de prueba de las referidas en el núm. 281. es el juramento *decisorio litis necesario*, *ó supletorio*, que un litigante pide al otro en juicio, el qual hace plena probanza, con tal que asi en quanto al negocio que se controvierte, como de parte de los colitigantes concurran las cinco circunstancias expresadas en el n. 115. de este capítulo.

296 La tercera es por *testigos*, y para que hagan fé contra quien se producen, se ha de atender á su condicion, sexo, edad, capacidad, fama, fortuna, y fé; cuyos requisitos comprehenden los siguientes versos de la *glos. in cap. 2. tit. 20. de Testib.*

Conditio, sexus, ætas, discretio, fama,
& fortuna, fides; in testibus ista requires.

Asimismo han de intervenir otros de que haré mencion. El I.° que en las causas civiles, sean de catorce años, y en las criminales y de pesquisa, de que pueda resultar muerte, mutilacion de miembro ó destierro, tengan veinte cumplidos á lo ménos, previniendo que en llegando á la pubertad pueden ser testigos de lo que ántes de ésta han visto, y se acuerden; y si son sagaces y discretos (*a*) tambien pueden practicarlo en su impubertad, y su

(1) Ley final. tit. 13. Part. 3. Cur. Philip. part. 1. §. 17. n. 6. Reinf. lib. 2. tit. 18. §. 2. n. 49. hasta el fin.

(*a*) Estas voces son bastante obscuras, y pueden en su inteligencia ocasionar daños irreparables, especialmente en causas criminales de gravedad. Sobre la sagacidad y discrecion de los muchachos, formamos juicios muy equivocados. A las veces parecen lo que no son, y si por desgracia admitiesemos sus dichos baxo de un concepto creado, aunque solo fuese por via de presuncion, ya se puede conocer el peligro de dar una sentencia injusta, quando esta presuncion concurriese con otros adminículos, que en sentir de muchos AA. prácticos hacen á lo ménos semiprueba. Por lo mismo, y suponiendo en los Jueces los conocimientos necesarios para juzgar de la capacidad ó incapacidad de los testigos, cosa muy difícil, se requiere en ellos gran prudencia para graduar la de los muchachos, á lo ménos quando se trata de la vida de un hombre. Si el roce continuo con ellos no basta para conocerlos, ¿qué podrá hacer un Juez, que acaso no los ha visto sino aquella sola vez? No quiero decir por esto que no se admitan sus deposiciones, sino que se debe proceder con mucha circunspeccion, y muy maduro exámen.

dicho hará presuncion (1); y asi en las causas criminales se reciben por costumbre, y para inquirir, y en las de lesa Magestad hacen fé, á ménos que sean enemigos capitales de aquel contra quien testifican (2). El II.° que sean capaces, libres, y no siervos, y de buena vida y fama. El III.° que depongan de positivo, y cierta ciencia, y no de parecer ó credulidad de lo que percibieron por los sentidos; que dén razon de su dicho, y que la razon sea diversa de éste; pues la deposicion de credulidad, como que dimana de conjeturas, y nada afirma, solo induce presuncion, y asi no hace fé, ni se debe admitir; lo qual se entiende, excepto que sea proxîma al sentido, por el qual se pueda percibir la verdad del hecho, v. gr. haber visto á un hombre y muger desnudos, solos y cerrados, por cuyo hecho se presume y puede creer el adulterio; ó quando concurren otros adminículos, para creer aquello que se trata, y el testigo los expone; ó en casos de dificil probanza; ó para probar la inocencia del reo, ó de cosas que consisten en la pericia del arte, v. gr. los Médicos y Comadres; ó contra el que presenta el testigo (3). Tampoco deben deponer de oídas á otros, porque esta deposicion no se funda sobre el hecho principal, sino en el dicho de un tercero, y como su deposicion solo testifica de la voz que oyó, y no de la verdad del hecho litigioso, no sirve, ni hace prueba en juicio, ni la aprecia la ley, y asi la hará solamente sobre hechos, labores, y otras cosas antiguas oidas á sus mayores, y éstos á los suyos; ó contra el que produce el testigo; ó para la defensa del reo; ó en causas de dificil probanza (4), ó en las de inquisicion, ó pesquisa, en las quales deben jurar tambien de lo que creen sobre aquel hecho qne se les pregunta, si es cierto ó no. Sin embargo estas declaraciones inducen presuncion, y para (5) que prueben acerca de la consanguinidad y afinidad, deben intervenir los doce requisitos que recopila *Reinfestuel lib.* 2. *Decretal. tit.* 20. §. 11. *ex n.* 373. El IV. que sean citados y rogados,

(1) Ley 9. tit. 16. Part. 3. y ley Testium 3. §. Lege Julia 5. ff. de Testib. (2) Ley 10. ff. de Quæstionib. y ley 13. tit. 16. Part. dicha. (3) Ley Si arbiter, ff. de Probat. leyes 8. y 10. tit. 16. Part. 3. Marant. part. 16. tit. de Testium production. n. 9. al 18. Mascard. conclus. 459. n. 11. y 12. y conclus. 1370. n. 14. 17. 18 19. y 22. Reinfestuel, lib. 2. Decretal. tit. 20. §. 11. ex n. 343. al 359. (4) Dicha ley Si arbiter: ley 2. § idem Labeo ait, ff. de Aqua pluv. arcend. y ley 29. tit. 16. Part. 3. Reinf. dicho §. 11. ex n. 360. al 372. y otros que cita. (5) Leyes 25. 28. y 29. tit. 16. Part. 3.

para quitar toda sospecha de falsedad; de consiguiente, que sean vecinos ó residentes en el Pueblo y no transeuntes. El V.° que no solo se presenten, sino que se juramenten tambien dentro del término probatorio, y ántes de declarar, pero no ántes de la contestacion, sino en los casos referidos en los números 121. al 127. ni despues de la publicacion de probanzas, á ménos que sea sobre nuevos artículos dependientes de los primeros. El VI.° que para conocerlos y verlos juramentar, se señalen dias y horas á la parte contraria, y esté presente, ó al ménos sea citada con señalamiento, por si quiere asistir; cuyo señalamiento puede hacer el Escribano, excepto que la parte quiera que los juramente el Juez, pues entónces á su pedimento las ha de señalar éste; porque faltando el juramento y citacion, no hacen fé. Si no quisiere presenciarlo, ni pareciere, no ha de dexar por eso de juramentarlos y exâminarlos (1), á ménos que el testigo se presente de convenio de las partes, y que las dos se conformen, en que no se cite, ni jure, relevandole del juramento, en cuyo caso no es necesario éste, ni la citacion (2); pero siendo juramentados en dia util del término probatorio, pueden ser exâminados en el feriado (3), y tambien fuera del término, y asi se practica; y la razon es, porque sus deposiciones se refieren, y retrotrahen al dia, y tiempo del juramento, y el examen en sí no es acto judicial, sino extrajudicial, por lo que se hace de secreto (4). Y el VII.° que no tengan legal prohibicion de testificar en juicio, la que por nuestro derecho (5) ningun hombre, ni muger tiene, sino los que se expresarán en los números sucesivos.

297 No hacen fé en juicio el excomulgado vitando; el infame conocidamente por hecho, ó derecho, el de mala vida y fama, v. g. ladron, alcahuete, tahur conocido, y borracho, aunque no lo esté quando depone; el siervo, excepto en los casos que se expresarán en el número 301; el loco, el mentecato ó fatuo; el ami-

(1) Ley Jusjurandi 9. ley Si quando 19. Auth. Rogati, y Auth. Sed & si quis, Cod. de Test. y ley 23. tit. 16. Part. 3. cap. 2. & ibi glos. & Abbas de Testibus. (2) Dicha ley 23. tit. 16. Part. 3. Covar. lib. 2. Var. cap. 13. n. 5. Cum communi Doctor. (3) Glos. in Clement. 1. de Legat. Barbos. ibi n. 2. Mascard. de Probat. in proem. quæst. 5. n. 91. Farin. quæst. 80. n. 5. (4) Roman. cons. 343. col. 2. Abb. in cap. Licet causam, col. 6. de Probat. Marant. part. 6. tit. de Dilation. n. 20. y tit. de Testium production. n. 4. y 7. (5) Leyes 2. 8. 9. 10. y 23. tit. 16. Part. 3.

go íntimo del que le presenta, ó enemigo capital de aquel contra quien es presentado; pero si lo es de ambos, podrá testificar; el familiar, ó criado, si no en cosas domésticas, que ninguno otro puede saber mejor, ni tan bien; el paniaguado; el interesado en la causa, á ménos que sea el capitular, ó particular en las de su Cabildo, Concejo, Comunidad, ó Universidad; pero si la causa en que se presentan por testigos los vecinos de un pueblo, ó individuos de Comunidad, toca al particular interés de cada uno, no se deben admitir, ni hacen fé sus dichos; los ascendientes, y descendientes, si no que sea sobre edad, ó parentesco suyo; el Juez en la causa que juzgó, ó ha de juzgar, bien que puede certificar al superior de lo que ante él pasáre, si se lo manda, y aun decir lo que sepa, siendo presentado á falta de otros, y no habiendo malicia en presentarle para excluirle de Juez, pues queda recusado; el Abogado, Procurador, Apoderado, Agente, ó Curador á favor de la parte á quien defienden, pero sí al de la contraria; en cuyo caso ésta debe protestar al tiempo de presentarlos *no estar á su dicho mas que en lo favorable*; porque de omitir esta cautela, pueden perjudicarla con su deposicion, si por pasion declaran á favor de su parte, y por el hecho de valerse de ellos absolutamente, aprueba sus personas y dichos, excepto que convenza despues su falsedad; el que dixo mentira por precio ó soborno; el que falsificó carta, sello, ó moneda del Rey; el alevoso, traidor, y homicida, ya sea por haber hecho muerte, (excepto en su defensa) ó intentado hacerla, ó abortar á muger preñada, con yérbas, veneno, ó de otra suerte; el marido por su muger, ésta por él, ni uno contra otro en ningun pleito; los hermanos miéntras están baxo de la patria potestad, pero sí despues; los socios en pleito de su compañia, pero sí en otro, con tal que no sea en causa criminal, en que todos son cómplices; el que no es conocido del Juez, y de la parte contra quien es presentado, siendo muy pobre y vil; el casado que vive amancebado públicamente; el que extrae, y roba las Religiosas de su Convento; el que violenta las mugeres para acto impudico, aunque no las robe; el Religioso apóstata, miéntras lo sea; el que á sabiendas se casó sin dispensa con pariente dentro del quarto grado; el muy pobre y vil, ó de mala fama; el que hizo pleito omenage, y no lo cumplió pudiendo, y debiendo; el Judio, Moro, ó Herege contra Christiano, excep-

to en causa de traicion contra el Rey, ó su Reyno; ni en pleito de eviccion el que vendió la finca, porque es interesado (1); ni el que es contrario á sí mismo en su dicho (2).

298 No deben ser apremiados á ser testigos en juicio civil el que fuere mayor de 70 años; el Soldado, ú otro que se hallaren ocupados en la guerra, miéntras lo estén; el que tuviere tan grande enemistad, que sin gran peligro no pudiere ir al lugar destinado; ni el enfermo interin lo esté. Tampoco deben serlo á ir ante el Juez los Arzobispos, Obispos, Proceres, y Personages, ni las mugeres honradas que viven honestamente; por lo que si el pleito es grave, debe el Juez ir á su casa á recibirles sus deposiciones; y no siendolo, comisionar para ello al Escribano (3), poniendo auto por escrito, y no verbalmente, pues no basta.

299 En causas criminales no pueden ser testigos el liberto contra el que le dió libertad, ni contra el padre y abuelo de éste, ni ellos contra él, ni contra sus hijos; ni el que está preso, contra otro que sea acusado criminalmente; ni el que lidia por dinero con bestia brava; ni la muger prostituta (4). Tampoco pueden serlo los parientes del acusador dentro del tercer grado, ni los que viven con él quotidianamente (5).

300 Asimismo no deben ser apremiados, ni atormentados á declarar como testigos los ascendientes, descendientes, ni transversales dentro del quarto grado en causas contra sus personas, fama, ó pérdida de la mayor parte de sus bienes; ni los suegros, yernos, padrastros, é hijastros unos contra otros, bien que si espontaneamente testificaren, valdrá su dicho (6); pero se deberá expresar asi en su declaracion, como lo advierte el *Sr. Greg. Lop. en la glos. 3. de la ley 11. tit. 16. Partid. 3.* y el Escribano lo tendrá presente; ni el marido, y muger uno contra otro (7); ni el Proxeneta, ó corredor sobre la cosa vendida por su mano, sino de unánime consentimiento de las partes (8).

301 El dicho del siervo hará fé en estos cinco casos: en causa de traicion, ó defraudacion del real haber: en la de muerte de

(1) Leyes 8. y 14. á la 22. tit. 16. Part. 3 ley Omnibus, Cod. de Testibus, y ley Idonei, ff. eodem tit. cap. Biduum, causa 2. quæst. 6. cap. Si testes, §. Item nullas 4. quæst. 3. (2) Ley 41. al fin tit. 16. Part. 3. & ibi glos. 4. (3) Ley 35. tit. 16. Part. 3. (4) Ley 10 tit. 16. Part. 3. y ley final tit. 30. Part. 7. (5) Ley 31. tit. 16. Part. 3. (6) Leyes 10. 11. y 15. tit. 16. Part. 3. y final cit. (7) Dicha ley final tit. 30. Part. 7. (8) Ley 36. tit. 16. Part. 3.

su señora por el señor, ó de éste por ella: en la de adulterio de ésta: en la muerte de su señor por sus herederos, y quando dos son sus señores, si el uno es acusado de haber muerto al otro; en cuyos casos se le debe atormentar para ser creido, pero despues que esté libre, puede testificar de lo que vió, y supo miéntras fué siervo (1).

302 Queda explicado qué requisitos han de concurrir en los testigos para que sus dichos hagan fé, entre los quales es uno el que sean juramentados, y quáles pueden, ó no testificar en juicio: paso á expresar ahora cómo se les ha de recibir el juramento, no solo quando deponen como tales, sino quando son partes, y declaran en juicio, ó juran algun contrato en los casos en que se permite interponerlo para su observancia, y mayor firmeza; y para instruccion del Escribano, digo que los Catholicos seculares deben jurar de ésta forma. Ha de hacer cada uno la señal de la cruz con los dedos pólice, é índice de su mano derecha, y tambien el que lo juramenta, ó á lo ménos éste, el qual debe preguntarle: *Si jura por Dios nuestro Señor, y por aquella señal de cruz decir quanto supiere, y sea concerniente á los hechos de aquel pleito por ambas partes, aunque sobre ello no sea preguntado; y en todo la verdad lisa, y llanamente, y que por amor, temor, odio, venganza, promesas, dádivas, ni por otro motivo alguno no la ocultará, ni dirá mentira para favorecer, ni perjudicar á ninguno de los litigantes, ántes bien declarará lo cierto como cierto, y lo dudoso como dudoso, segun lo tenga en su mente, sin añadir, quitar, ni tergiversar cosa alguna: y asimismo que á ninguna de las partes revelará lo que se le pregunte, ni lo que declare, hasta que el Juez lo publique*; y el testigo ha de responder: *asi lo juro*, y entónces el que lo juramenta ha de decirle: *si asi lo hiciere, Dios le ayude, y si no, se lo demande en su recto Tribunal quando le tome estrecha cuenta de su vida*, á lo que ha de responder el testigo: *Amen, ó asi sea.* Esta es la fórmula que prescribe la ley 24. tit. 16. Part. 3. la qual aunque manda que el testigo ponga las manos sobre los santos Evangelios, y otras cosas, no se observa, y en su lugar se jura por costumbre sobre la Cruz en que todos fuimos redimidos, pues en jurando por Dios, y por ella, no hay mas por quien jurar.

303 No debe ser creido regularmente el testigo en lo que

(1) Ley 13. tit. 16. Part. 3.

declara, no habiendo sido juramentado sobre ello (1); y para que ninguno de los litigantes pueda repeler su dicho, pretestando excederse de los particulares contenidos en las preguntas, segun se han articulado, por no haber sido juramentado acerca de lo demas que depuso, pues cada uno los articula á su modo, y calla lo que no le tiene cuenta, prevengo al Escribano, que en la recepcion y extension del juramento observe precisamente dos cosas; la primera que no omita juramentar al testigo, y poner las palabras: *decir quanto supiere, y sea concerniente á los hechos de aquel pleito por ambas partes, aunque sobre ello no sea preguntado, v. g.* si le preguntan si es cierto que Pedro hirió á Juan con un puñal tal dia, á tal hora, y en tal lugar; no solo ha de responder á esta pregunta, ciñendose á lo literal de ella, y no mas, sino tambien declarar si Juan le provocó, ó injurió ántes de palabra ú obra, ó lo que precedió y dió motivo para herirle, y asi en otros casos; pues lo demas es ocultar la verdad de parte del hecho, y no deponer sino por el que le pregunta, y de esta forma se entiende el precepto de la ley. Y la segunda, que jure tambien que *á ninguna de las partes revelará lo que se le preguntó, ni lo que depuso*, pues de este modo se evita la corrupcion y soborno de otros testigos, si no declaró á medida del deseo de la que le presentó, todo lo qual previene el Sr. Greg. Lopez en las glosas 4. y 5. de dicha ley 24. y ésta lo manda por las siguientes palabras: *La manera de cómo debe jurar el testigo delante el juzgador, es ésta: Debe poner las manos sobre los santos Evangelios, é jurar que dirá verdad de lo que sopiere en razon del pleito sobre que es aducho, tambien por la una parte como por la otra: é que en diciendola, non mezclará y falsedad, é que por amor, ni por desamor, ni por miedo, nin por cosa que le sea dada, ó prometida, nin por daño, nin por pró que él atienda ende haber, non dexará de decir la verdad, ni la encubrirá: é que toda cosa que sopiere de aquel pleito sobre que es aducho por testigo, que la dirá, maguer no gela pregunte el juzgador. E aun debe jurar que non descubrirá á ninguna de las partes lo que dixo, dando su testimonio fasta que el Juez lo haya publicado. E todas estas cosas debe jurar por Dios, é por los Santos, é por aquellas palabras que son escritas*

(1) Ley 31. tit. 16. Part. 3. cerca del fin. cap. de Testibus, & ibi glos. hoc. tit.

en los Evangelios. En quanto á no revelar su deposicion lo ordena tambien la ley 3. tit. 11. lib. 11. Nov. Recop. y porque muchos Escribanos lo ignoran, tuve por conveniente expresarlo, á fin de que cumplan con el precepto legal, no sean tenidos por ignorantes, y eviten perjuicios á las partes. Si el testigo es llamado á declarar en pesquisa, debe jurar no solo decir la verdad de lo que sabe ciertamente, sino de lo que oyó decir, y de si cree, ó no ser cierto el hecho que se le pregunta, por qué lo cree, y á quién lo oyó (1). Y prevengo, que aunque cada testigo debe ser exâminado con separacion, pueden ser juramentados muchos á un mismo tiempo, porque ni hay ley que lo prohiba, ni de ello resulta el mas leve daño al que los presenta, ni á su contrario; y éste en caso de asistir al juramento de ellos debe firmarlo, si sabe, y si no asiste, expresarse asi en él, y es lo que se practica.

304 Á los litigantes Católicos seculares se ha de preguntar: *Si juran por Dios, y por la señal de Cruz, que forman con su mano derecha, decir lo que supieren sobre lo que se les pregunte, y en todo la verdad lisa, y llanamente, sin ocultarla, ni tergiversarla, sino conforme la perciban, y sea en sí.* Y deben responder *que asi lo juran.* Hecho esto, les ha de decir el que los juramenta, lo que queda referido en el num. 302. y ellos responder; *Amen*; lo qual es arreglado á la ley 19. del tit. 11. Partid. 3. que habla indistintamente sin exceptuar á persona alguna noble, ni plebeya; y aunque trae mas extension en lo ceremonial, lo ha modificado la práctica por la razon expuesta. Del mismo modo juran los Clérigos de ordenes menores, porque para esto, aunque posean beneficio eclesiástico, se reputan por legos.

305 Los Judios han de jurar *por un solo Dios todo poderoso, que crió el Cielo, y la tierra, y todas las demás cosas visibles, é invisibles, y sacó á su Pueblo de la esclavitud de Egypto, llevandolo á la tierra de Promision; por la Ley de Moysés, que profesan; y por todo lo que creen de la Biblia Sacra decir verdad, &c.* y el que los juramente, despues que respondan, *que asi lo juran*, debe decirles: *si asi lo hiciereis, el mismo Dios os ayude, y premie, llevandoos al Paraiso Celestial, como á Abrahan, Isaac, y Jacob, vuestros progenitores, y si no, envie sobre vos todas las plagas que envió contra Faraon, y su Reyno, y maldiciones que por vuestra*

(1) Ley 25. tit. 16. Part. 3.

ley están puestas contra los que desprecian los Mandamientos de Dios, y han de responder: *Amen*; lo qual es conforme á la ley 20. del mismo tit. 11.

306 Los Moros para jurar han de estar en pie, tener levantado el brazo, y mirar ácia el médio dia; y puestos asi, se les ha de juramentar de esta suerte: *Juras por Alaquivir, aquel que tu dices ser gran Dios, á quien haces oracion; por Mahomat que llamas su gran Profeta; por su Alcorán, y por todo lo que entiendes, y crees de tu ley, y por ella te está mandado guardar, que dirás verdad, &c?* á que debe responder: *sí lo juro.* Y el que lo juramenta, le ha de decir luego: *Si asi lo hicieres, hayas parte con él, y con los demás Profetas en los Paraisos en que crees están; y si no, seas apartado de todos los bienes que dices te tiene prometido, y caigas en todas las penas con que el Alcorán amenaza á los que no creen en tu ley*, y debe responder: *Amen*: lo qual está ordenado asi por la ley 21. tit. 11. Partid. 3.

307 Los Eclesiásticos seculares ordenados de orden sacro han de jurar (precedida licencia de su Ordinario, y no de otra suerte en el fuero secular, y en causas civiles (1), y no criminales) *in verbo Sacerdotis por las sagradas Ordenes que han recibido, y segun su estado*, tocando al mismo tiempo, y formando la cruz sobre su pecho con la mano derecha. Los Religiosos Eclesiásticos por lo mismo, *y por el santo Abito que visten*; y los Legos *por Dios, por la señal de la cruz, y el santo Abito*, (que es la formula establecida por uso y costumbre del Foro) y con permiso de su Prelado. Los Caballeros de las Ordenes Militares *por Dios, y por la cruz de su Abito, que traen al pecho*, y al propio tiempo han de tocarla con la mano derecha. Asi se practica, por no haber ley que prescriba en todos éstos otra forma de juramento ni solemnidad. Y aunque algunos dicen que al Sacerdote no se debe pedir que declare baxo de juramento, porque su declaracion jurada no admite prueba en contrario, no debe seguirse esta opinion errónea, y puramente caprichosa, porque no hay texto canónico, ley, ni fundamento sólido en que apoyarla, pues su dicho admite prueba como el de otro qualquiera litigante, ó testigos sin diferencia alguna.

308 Los Hereges Arrianos, Eusebianos, Manichéos, Lute-

(1) Cap. Testim. 11. q. 1. Cap. Super prudent. y cap. Quamquam 14. q. 2.

ranos, Hugonotes, Calvinistas, y demás sectarios, y los Cismáticos han de jurar *por Dios todo poderoso, por los santos Evangelios, y por lo que creen de la Biblia, ó Escritura sagrada, nuevo y antiguo Testamento*; y los Ateistas respecto negar la primera causa, jurarán por lo que los obliga el juramento segun su secta. Los Idólatras, ó Gentiles por el Dios, ó Dioses que digan adoran, y con las ceremonias que acostumbren, en las que suelen estar muy bien instruidos, las quales se pondrán en la extension del juramento segun las hagan, pues en nuestro derecho no hay ley que las exprese.

309 Los Arzobispos, y Obispos jurarán como los Sacerdotes, teniendo los Evangelios delante, pero sin poner las manos sobre ellos (1). Y se previene, que por la ley 5. tít. 9. lib. 11. Nov. Rec. ésta prohibido que se haga juramento en San Vicente de Avila, en el herrojo de Santa Agueda, sobre Altar de Cuerpo Santo, reliquias del cuerpo de San Isidro de Leon, ni en otra Iglesia juradera, aunque la parte lo pida, y el Juez lo mande, pena de pagar éste, aquella, y el que jurare diez mil maravedis á la Real Camara. El que quiera instruirse de las controversias que hubo acerca de si los christianos debian ó no jurar, ya fuesen Obispos, Clerigos, ó Seculares, originadas de la doctrina del cap. 5. de San Mateo, vea al erudito *Berardi in Jus Ecclesiasticum, tom. 4. dissert. 2. cap. 4. §. 2.* y saciará su deseo, pues lo omito por no importar al Escribano, y por estar recibida en los Tribunales esta respectiva fórmula de jurar las partes, y testigos en los Juicios con annuencia de ambas Potestades, ya no se debe admitir controversia acerca de ello.

310 Para hacer las partes sus probanzas por testigos, forman regularmente sus respectivos interrogatorios con varias preguntas, de las quales la primera, y ultima se llaman *generales*, porque en todos se ponen; y las demás son especiales, y se titulan *utiles*, porque conciernen al punto que se controvierte, y de todas procuraré instruir al Escribano. Lo I.° que se suele articular es, que los testiges sean preguntados *por el conocimiento de las partes, noticia del pleito, y generales de la ley*, de cuyas preguntas la del conocimiento de los litigantes, y noticia del pleito se hacen, por-

(1) Ley 24. tit. 11. y ley 24. tit. 16. Part. 3. y Authent. Sed judex, Cod. de Episc. & Cleric.

que si no los conocen, ni están instruidos del hecho litigioso, no pueden deponer con claridad, y verdad (1); lo qual se entiende quando el hecho toma su efecto de parte de ambos, pues si lo recibe de la de uno solo, basta que la conozca (2).

311 Las que llamamos *generales* se reducen á si el testigo es *pariente* por consanguinadad, ó afinidad de alguna de las partes, y en qué grado, ó amigo íntimo suyo, ó enemigo capital. Si tiene interés en el pleito, si desea que alguna lo gane, aunque no tenga justicia, y quál, y si fué sobornado, corrompido, ó intimidado por alguna de ellas, para que oculte la verdad, y diga mentira. Estas preguntas se dirigen á las tachas que se les pueden poner, para debilitar ó desvanecer su dicho, si alguna los comprehende. Pero es de advertir lo I.° que aunque el testigo declare que le tocan alguna, ó algunas, no ha de dexar de examinarle el Escribano, ántes bien le ha de preguntar *quál es, y si dexará por eso de decir la verdad*, y poner la respuesta que dé, que regularmente responden todos que no dexarán por eso de decirla. Y lo II.° que si las partes nada tocan acerca de las generales de la ley, fama, y notoriedad, no debe preguntar acerca de ello á los testigos, porque se excede en su comision, y carece de autoridad para suplir los defectos de ellas, por cuyo exceso y oficiosidad deberá ser reprehendido.

312 A mas de lo referido ha de preguntar á los testigos (aunque en el interrogatorio no se mencione) *de qué edad son, y qué oficio ó destino exercen, y de dónde son vecinos*; pues la edad es para ver si tienen ó no la que para testificar prescribe el derecho; bien que si es Sacerdote, ó persona pública, v. g. Abogado, Escribano, ú otros semejantes, no es necesario preguntarselo, ni expresarlo: basta poner su profesion, porque se supone tenerla; excepto que sea sobre hechos antiguos, ó edad de otro, en cuyo caso es preciso, porque de lo que pasó cinquenta años há, mal puede declarar si no por oidas el de treinta: la misma pregunta en quanto á la edad se ha de hacer á la parte. Debe asimismo preguntarse el oficio, por si es ó no vil, pues siendolo, como el que lo exerce, está envilecido, y es materia dis-

(1) Glos. in cap. Cum causam, verb. de Causis, extra de Testib. & in cap. 2. verb. Interrogatoria eod. tit. in 6. Abb in cap. Cum causam. cit. n. 16. (2) Joan. Andr. in Addit. ad Specul. tit. de Testib. § 1. n. 55. in litter. M.

puesta para todo, no le causa rubor cometer la vileza de dexarse sobornar, y mentir, si la religion no le contiene, porque ni desdice de su civil esfera, ni decae de su honor. Y la vecindad, para formar concepto de su dicho, hacer que lo aclare, si depone confusamente, averiguar el carácter de su conducta, buscarlo, y castigarlo si se perjura, y para otros fines conducentes al colitigante, á todo lo qual deben responder despues de juramentados. Y se previene lo I°. que el juramento del testigo no se puede hacer por Procurador como el de calumnia (1). Y lo II.° que la pregunta acerca de las generales de la ley, edad, oficio, empleo, y vecindad, no solo se ha de hacer al testigo, que es presentado en el término de prueba, sino tambien al que declaró ántes, y luego se ratifica dentro de él, ya sea ó no examinado al tenor del interrogatorio, ó solamente ratificado.

313 Las preguntas especiales llamadas *útiles*, que son las que conciernen al asunto litigioso, han de ceñirse á lo alegado, y excepcionado en el pleito, pues si no son concernientes á él, no debe admitir el Juez los interrogatorios, y aunque los admita, no vale en lo que sea fuera del caso de la disputa (2); pero como el cúmulo de negocios, especialmente en lugares muy populosos, no le dá tiempo para su examen é inspeccion, lo que se practica es poner el auto: *habiendo por presentado el interrogatorio en lo que pertenece á la causa*, cuya cláusula surte tres efectos. El I.° que con ella cumple en la parte posible con el precepto legal, y no incurre en pena. El II.° que si luego aparece que no debieron admitirse las preguntas inconducentes, se desprecian, y estiman por no admitidas, y se repele lo que los testigos depusieron acerca de ellas: y el III.° que aunque el testigo que por su infamia, ú otro defecto legal no debia ser examinado, lo sea, y haga indicio para la tortura, no hará fé su dicho, estando puesta la inserta cláusula (3). De la ultima pregunta general, que es la *fama*, y una de las especies de prueba propuestas, trataré mas adelante.

314 Del interrogatorio de cada parte parece seria conveniente, y debia darse traslado á la otra, para que en su vista formase

(1) Cap. Licet ex quadam, vers. *Propiæ*, extra de Testib. & ibi Felin. col. 2. (2 Ley Ad probationem, Cod. de Probat. ley Si defensor, §. fin. ff. de Interrogat. action. ley 2. tit. 12. Part. 3. ley 174. del Estilo, y ley 5. tit. 10. lib. 11. Nov. Recop. (3) Gomez lib. 3. Var. cap. 12. n. 20. Paz tom. y part. 1. temp. 8. n. 50 y sig.

otro de repreguntas, á fin de que los testigos expusiesen mejor el hecho, y la razon de sus dichos, y para hacerlos variar, y apurar si venian ó no sobornados (1); pero la inconcusa práctica del Consejo, y de muchos Juzgados Reales está en contrario, y asi ni se comunica, ni el Escribano debe manifestarlo; y solo en los Tribunales Eclesiásticos se hace; por lo que se estará á su estilo. Mas el interrogatorio de repreguntas, ni aun en éstos se comunica, por no permitirlo el derecho (2). En los en que se estila admitir repreguntas, se forma el interrogatorio como el de preguntas, haciendo referencia del de éstas en el pedimento con que aquel se presenta, y pretendiendo que á los testigos que sobre tal pregunta, ó hecho fueren interrogados, se repregunte esto, ó lo otro, &c. y se omite la de *conocimiento*, y la de *público*, y *notorio*, porque éstas vienen en el interrogatorio principal, por lo que son superfluas en el de repreguntas. Tambien se estila en algunas Provincias nombrar acompañados que vean examinarlos, y los repregunten, en cuyo caso éstos acompañados no deben excederse, ni hacer repreguntas que no sean concernientes al pleito, y preguntas, como muchos enredadores lo practican, ni el Escribano comisionado admitirlas, ni permitirlo, pues se deben dirigir á apurar la verdad del hecho, y no á confundirla ni obscurecerla.

315 La habilidad y destreza del Escribano en los pleitos, consiste en saber examinar los testigos, á fin de no perjudicar á los litigantes, mayormente quando su prueba se afianza en sus dichos; en cuyo acto (como que exerce oficio de Juez en virtud de la comision que éste le confiere) no debe llevar otra mira, ni objeto, que el de investigar, y aclarar la verdad, sin pasion por una, ni por otra parte, y á este efecto debe enterarse del espíritu de las preguntas, del modo con que están concebidas, y del fin á que se dirigen, para explicarlo á los testigos, y evitar que tal vez declaren con error, ó falsedad, sin saber lo que deponen, por no enterarse bien, y entender al revés la pregunta, como suele suceder; y hasta que evaquen una, no les ha de leer, ni examinar por la siguiente, sino cada una con separacion: lo mis-

(1) Abb. in cap. Per tuas, col. fin. de Testib. Lex 2. Cod Ut lite pendente. Marant. part. 6. tit. de Testium product. n. 16. (2) Cap. 2. & ibi glos. verb. *Interrogatoria*, de Testib. in 6. Abb. & Innoc. in dict. cap. Per tuas. Mar. part. 6. de Actor. edit. n. 56. y 57. Paz tom. 1. temp. 8. n. 93. y sig.

mo ha de practicar con la parte, quando se la pide que jure posiciones al tenor de diversos capitulos. Y respecto á que en esto hay mucha ignorancia, y condescendencia perjudicialisima; digo que en el examen de testigos ha de observar las diez circunstancias que trae el cap. *Causa* 37. lib. 2. *Decretal.* tit. 20. *de Testibus & attestationibus*, cuya glosa los resume en los siguientes versos.

Auditus, visus, personæ, scientia, causa,
Fama, locus, tempus, ac certum, credulitasque.
Dum testes recipit judex, hæc cuncta notabit.

Y son, si oyó á los litigantes, ó á otro lo que depone, quándo, en qué parage, y cómo se llama el que se lo dixo; ó si lo vió, en qué dia, y lugar sucedió, á qué hora, y quiénes estaban presentes. Si conoce á los colitigantes, desde quándo, con qué motivo, por qué sabe lo que declara; quál fué la causa del hecho litigioso, y de moverse el pleito, si lo tiene por cierto, en qué funda esta certidumbre, ó si lo cree, y por qué. Si de él, ó de ser asi hay fama pública en el Pueblo, en qué tiempo se empezó á divulgar ésta; si fué desde que se principió el litigio, ó ántes, con qué motivo, y de quién sabe que provino; de suerte que dé razon de su dicho, pues no dandola, no sirve (1), al modo que tampoco el de oidas, y credulidad, sino en ciertos casos que el derecho trae (2). De todo ha de poner la respuesta que dé, y esto mismo ha de hacer el acompañado, y no otra cosa, y lo demás lo debe repeler el comisionado, como que hace de Juez, y no es del caso, ni sirve sino para confundir á los testigos, y obscurecer la verdad.

316 Suele haber testigos tan proterbos, y llegar á tal extremo su perfidia, que olvidados de sí mismos, y con abandono de sus conciencias, mienten á rostro firme por odio, pasion, ó soborno, ó palían los hechos de tal suerte que los desfiguran, sin hacer caso de la religion del juramento, del imponderable perjuicio que causan, y restitucion á que son responsables, ni de las penas con que están conminados. Y para evitar en lo posible los perjurios, y daños que pueden irrogar á las partes, especialmente

(1) Ley 29. al fin. tit. 16. Part. 3. (2) Leyes 28. y 29. tit. y Part. dicha.

en causas criminales, luego que el Escribano haya instruido al testigo de cada pregunta, debe mirarle rectamente á la cara, como que le está leyendo, y penetrando su corazon, oirle con agrado y mansedumbre, sin interrumpirle miéntras hable, (lo qual dicta, y exige tambien la buena crianza,) referirle lo que le responda, para que conozca que le entendió, y hacerle las repreguntas expresadas en el número anterior, segun sea el caso, y otras concernientes unicamente á apurar la verdad, y no mas, mirandole todavia á la cara, como lo manda la ley (1), pues en el semblante podrá conocer si se perjura ó no, por ser dificil mentir sin inmutarse (2); bien que esto no es infalible, porque muchas personas con solo presentarse delante del Juez, ó de algun miembro de justicia, se inmutan, y aturden, aunque estén inocentes: lo mismo se debe practicar con la parte, quando le tome declaracion.

317 Pero si la razon que el testigo dá de su ciencia, y dicho, no es verosimil, ni satisfactoria, ó parece contraria á lo que depone, ó está vario, ó se implica, ó titubéa, ó es persona vil, ó sospechosa puede replicarle, *que cómo pudo ser, respecto lo que dice, qué tiempo hacía, si estaba claro, ó nublo quando sucedió el caso, á qué hora fué, quiénes eran los circunstantes, de qué estaban vestidos*, y segun sea el hecho, ó cosa litigiosa, hacerle con arte, y disimulo las demás réplicas, y repreguntas genéricas, é indirectas que le dicten, é inspiren la imparcialidad, prudencia, y deseo del acierto, llevando el fin principal, no de que falte á la verdad, ni de confundirla, ú obscurecerla, sino de desentrañarla, patentizarla, descubrir la mentira, y saber si viene ó no sobornado el testigo por quien le presenta; para lo qual debe el Escribano desnudarse de toda pasion, y prescindir de consideraciones que influyen muchas veces en daño de las partes faltando á su obligacion. Oida la respuesta del testigo, debe decirle substancialmente lo que depuso, y las razones que de su dicho dió, y si todo está conforme á su mente, sentarlo ó escribirlo, sin añadir, ni quitar, leerselo muy despacio luego, para que quede plenamente enterado, enmendar en el mismo acto lo que quie-

(1) Ley 26. tit 16. Part. 3. (2) Prov. 10. n. 29. Eclesiast 15. n. 31. y 6. n. 5. Machab. 3. n. 27. Nehemias 2. n. 3. Cicer. in Pison & 2. de Orator. Senec. Epist. 98.

ra se enmiende, y concluido, poner al pie de la declaracion, *que se afirma y ratifica en ella, y que es lo que sabe, puede declarar, y todo la verdad bajo del juramento que tiene hecho*, y sabiendo firmar, hacer que la firme despues de salvadas las erratas, enmiendas, testaduras, y adicciones que haya, pues si no sabe, no es menester, porque cada testigo debe ser examinado con separacion, y nuestras leyes no mandan que no se reciban las de los que no saben firmar, ni que haya testigos que le vean declarar (1), al modo que tampoco son necesarios en los demás actos judiciales, excepto que en el juzgado se estile hacerse éstos con ellos (2).

318 En el examen de la parte y testigos no se debe usar de preguntas *sugestivas*, y porque el Escribano principiante ignorará quáles son, debo decirle para su inteligencia, que unas son claras, y otras paliadas. Se llaman *claras* las que se hacen especificamente de algunas cosas, expresando las personas, circunstancias, y qualidades de la causa civil ó criminal, ó de la cosa hecha, ó delito cometido, v. g. si se pregunta al testigo, *si vió que Pedro mató á Juan en tal dia, en tal parte, y á tal hora, hiriendole con un puñal en el pecho.* Son *paliadas* quando se previene sutilmente al testigo, indicandole el modo de responder, ó se le abre camino, y da luz para la respuesta, aunque en la pregunta no suene directamente. Estos modos de preguntar, como perniciosos, y reprobados por derecho (3), no se deben usar, ántes bien las preguntas han de ser genéricas, é indirectas, y no particulares, ó sugestivas, pues de lo contrario las respuestas serán dadas por los que tengan interés en sugerirlas, y no por los preguntados, especialmente siendo pobres, ó sencillos, que estos, aunque asientan á ellas, mas lo harán tal vez por miedo, ó por no desagradar al que pregunta, que por ser verdad lo que dicen, como suele suceder.

319 Si el testigo despues de haber firmado su declaracion, y apartadose del Juez, ó del Escribano que le examinó, habláre, ó tuviere tiempo para hablar con alguna de las partes, y quisiere

(1) Leyes 26. y 28. tit. 16. Part. 3. y ley 3. tit. 11. lib. 11. Nov. Rec. (2) Ley In donationibus, Cod. de Donation. Paz in Prax. annotat. ult. de Tabellione, n. 17. (3) Ley 1. §. Qui quæstionem, ff. de Quæstionib. ley 3. tit. 30. Part. 7. Scacia de Judic. lib. 1. cap. 86. Farinac. tom. 1 Prax. crim. quæs. 84. nn. 91. y 92 y tom. 3. quæst. 83. n. 84 y de Testib. quæst. 79. n. 78. Reinf. dicho tit. 20. §. 15. n. 516. hasta el fin lib. 2.

corregir ó ampliar su dicho, no debe ser admitido; y asi haciendo muchas declaraciones, debe ser atendida la primera; pero si hubiere declarado ambiguamente, ó no hubiere dado razon de él, puede ser llamado por el Juez, aunque sea despues de hecha publicacion, para que la dé, aclare las dudas que de su deposicion resulten, y no perezca la justicia de la parte, en cuyo caso tendrá valor su dicho. Lo mismo puede practicar el Juez á instancia de la parte que lo presentó, quando ésta halla que no fué preguntado al tenor de todas las preguntas de su interrogatorio, y las omitidas conciernen al pleito (1).

320 No deben apartarse los testigos despues de juramentados de la presencia del que los examina, hasta que evaquen su declaracion, si al tiempo del juramento la hacen; excepto que no pueda recibirsela entónces, pues en este caso se la ha de tomar despues, y deben esperarle hasta quince dias á lo ménos (2); de lo qual se deduce no ser preciso que el testigo sea examinado en el acto del juramento, y que puede serlo despues de algun tiempo; pero en dicho caso debe practicar el Escribano dos cosas: la primera, estender entónces el juramento en los autos, y que lo firme el testigo si sabe, para que conste que fué presentado, y juramentado en tiempo habil; y la segunda, poner en la cabeza de la declaracion: *que la hace en fuerza del juramento que hizo en tal dia, el que en caso necesario reitera*, lo que tendrá presente. Quando el testigo juramentado en tiempo habil dice que duda de lo que se le pregunta, ó no se acuerda ciertamente, y pide término para hacer memoria de ello, se le debe conceder (3). Lo propio debe hacerse para con la parte, con tal que lo diga en el mismo acto por sí, y no por consejo de su Abogado (4); bien que esto es peligroso, y asi solo se observa lo que ordena la ley recopilada posterior, y dejo explicado en el núm. 291. Si uno, y otro dicen que no pueden evaquar su declaracion por tener que inspeccionar algunos papeles, á fin de darla con toda exâctitud y certeza, se les debe conceder tiempo para su inspeccion, y no concediendolo

(1) Ley 30. tit. 16. Part. 3. Hermosill. en la 56. tit. 5. Part. 5. glosa 6. n. 72. Sr. Valenzuel. consil. 163. Vela disert. 38. n. 74. Ciriac. controvers. 150. (2) Ley 26. tit. 16. Part. 3. ley Si quando 19. Cod. de Testib. (3) Ley 11. tit. 11. Part. dicha verb. *E si por aventura*: Speculat. tit. de Positionib. §. 6. vers. *Quid si interrogatus*. (4) Ley 3. tit. 13. Part. 3. cap. Per tuas, de Testibus, y cap. Præterea, de Testib. cogend.

al testigo, podrá pedir la parte, y el Juez deberá mandar que la evaque despues de la publicacion, lo qual como justo he visto practicar.

321 Aunque los interrogatorios contengan muchas preguntas, si la parte que los produce dice al Escribano que tal, y tal testigo (nombrandolos) sean examinados solamente al tenor de ciertas y determinadas que señala, debe expresar en la cabeza de su deposicion para quáles fueron presentados, y de ningun modo examinarlos sobre las restantes, porque á mas de ser superfluo, y nada del caso, no aprovecha á la parte el que digan que las ignoran, se la evitan gastos, y no se pierde tiempo, pues no todos pueden deponer acerca de todos los particulares de los interrogatorios.

322 Cada testigo debe ser examinado secreta, y separadamente de los demás, sin que éstos, las partes, ni otra persona le vean declarar, ni sepan lo que depuso, ni lo que se le preguntó, hasta que se haga publicacion de probanzas: tampoco se ha de apartar del que le examina, hasta que concluya su declaracion, como dejo expuesto (1), excepto que sea tan larga que requiera mas de un dia para su evaquacion. El Escribano ha de estender sus dichos á la letra, y no en abreviatura, ni la letra muy metida, sin mudar palabra, ni aclararla, sino como la diga, pues asi lo manda la ley (2); pero no obstante este legal precepto, se permite, y está en práctica ponerlos con voces claras, inteligibles, y bien sonantes, que no varíen la substancia, y ántes bien hagan mas perceptibles los hechos, porque de lo contrario, si el testigo es rústico, sirve no de declaracion, sino de confusion su dicho; cuesta muchisimo trabajo entender á algunos, y es menester casi adivinarlos, y repetirles muchas veces lo que dicen, para que lo entiendan, y vean que los entienden (*a*). Pero si los testigos, y

(1) Ley 26. tit. 16. Part 3. ley 16. tit. 32. lib. 12. Nov. Rec. ley Nullum, Cod. de Testib. cap. Venerabili, de Testib. y cap. Inquisition. §. 1. de Accusation. (2) Ley 5. tit. 11. lib. 11. Nov. Rec.

(*a*) En este punto hay un gran riesgo si los Escribanos no proceden con la pureza y buena fé que exige su oficio, como sucede por desgracia muchas veces. Ademas no teniendo los conocimientos necesarios de nuestra lengua, podrán muy bien substituir una voz, que en su sentir ó en la acepcion vulgar diga una misma cosa, y sea sin embargo muy diversa en la inteligencia legal. Como realmente hay mucha ignorancia de los sinónymos, se tienen por tales algunas voces que no lo son, y de esta libertad en adoptar unas palabras por otras,

las partes quieren escribir sus declaraciones, ó rubricar las hojas de ellas, nadie se lo debe impedir, pues tienen facultad para ello, como que son produccion y acto suyo privativo, que han de corroborar con su firma, sin que en esto injurien al Escribano, ni al Juez que se las recibe, porque usan de su derecho.

323 Examinandose los testigos por medio de intérpretes han de jurar éstos: *que dirán en idioma Castellano lo mismo que aquellos depongan en el suyo, sin añadir, quitar, interpretar, ni tergiversar cosa alguna*, y el testigo tambien ha de ser juramentado. Si hay dos intérpretes en el Pueblo, ha de ser examinado cada testigo por medio de ambos á presencia del Escribano, para que no se dude de su deposicion; á ménos que los litigantes se conformen en que uno solo intervenga al examen y juramento, ó que en el Pueblo no haya mas, en cuyos dos casos se le ha de creer, y estar á su dicho, pues hace plena fé (1), y asi se practica.

324 Están obligadas las partes á satisfacer á los testigos los gastos que hagan ó ganancias que pierdan en el tiempo que ocupen en ir á declarar, y regresar á sus casas (2); pero no deben sobornarlos, corromperlos, intimidarlos, rogarlos, ni inducirlos á que declaren lo que no saben, pena de ser castigadas conforme á derecho; lo que pueden hacer es hablarlos, y traerles á la memoria los hechos, y encargarles sus conciencias sobre que digan la verdad, y lo que supieren, y de que se acordaren (3), y á este efecto entregarles copia del interrogatorio.

solo porque al Escribano le parecen mas cultas ó mas claras, resultan no pocos perjuicios á las partes, una vez trastornados los dichos de los testigos. Seria pues conveniente abolir esta práctica, y que se observase literalmente la ley. El Abogado y el Juez tienen mas motivos de entender y aclarar las declaraciones obscuras, y podrán hacerlo en su caso, llamando á su presencia los testigos, y explicandolos la duda con arreglo á su modo de entender. Ellos manifestarán sencillamente la verdad, quedarán las partes mas satisfechas, y el Juez tendrá mayores conocimientos para administrar justicia. Sobre todo, esto tiene siempre ménos inconvenientes que la libertad que se toman los Escribanos.

(1) Ley Theopompus 14. ff. de Dote prælegat. ley fin. Cod. de Fideicommis. y Authent. De non alien. reb. Eccles. cap. 3. §. 2. vers. *Quod autem.* Gom. lib. 2. Var. cap. 9. n. fin. & ibi Aillon, n. 6. Gratian. Discept. forens. cap. 128. n. 21. y 22. y cap. 235. Cur. Philip. part. 1. §. 17. n. 26. (2) Ley 26. al fin. tit. 16. Part. 3. & ibi glos. penult. y fin. ley Quoniam liberi 11. Cod. de Testib. y cap. Statutum, §. fin. de Rescript. lib. 6. (3) Ley 3. al fin tit. 11. lib. 11. Nov. Rec.

325 Puede apremiar el Juez á los testigos por prision, y embargo de bienes á que comparezcan á su presencia á declarar bajo de juramento lo que sepan, ya sea en pleito civil, ó criminal, porque el testificar es oficio público, que qualquiera debe exercer; y no debe admitir su dicho dado, ó embiado por escrito, porque á mas de no valer, está prohibido (1); lo qual se limíta para con los expresados en el número 298. pues con estos debe practicar lo que alli queda expuesto, pidiendolo la parte. En las causas civiles arduas, y de importancia, y en las criminales, debe el Juez examinar por si los testigos, sin cometer su examen al Escribano, ni usar de la cautela de que éste tome á solas sus dichos, despues que aquel los juramente, y luego en su presencia los lea al Juez, pena á éste por la primera vez de cinco mil maravedis, y al Escribano de dos mil; por la segunda doblados, y por la tercera privados ambos de sus oficios (2).

326 Existiendo algunos testigos fuera del territorio, ó jurisdiccion del Juez que conoce de la causa, ha de embiar requisitoria éste á el del Pueblo en que viven, con insercion del interrogatorio, y demás conducente, para que los examine á su tenor (3); con cuya requisitoria, ó con la receptoria si se despachare, se debe citar particularmente (como quando se sigue en rebeldía) á la parte contraria, si está en el Pueblo, ó á su Procurador, por si quiere ir, ó embiar persona que los conozca, y vea juramentar, para que le conste y no se descuide. Lo mismo se practica, y debe hacerse para compulsar instrumentos, cotejar los producidos, y redarguirlos civilmente de falsos, ó hacer vista ocular, sin embargo de la citacion general hecha con el auto en que todo lo referido se mande; como se colige de la ley 3. tit. 11. lib. 11. Nov. Rec. Estas requisitorias deben cumplimentarse, yendo documentadas, asi para el efecto referido, como para otra qualquiera cosa, ya sea en causa civil, ó criminal, no solo por el Juez con quien expresamente hablen, sino por el sucesor en su Audiencia, y jurisdiccion, aunque en ellas no esté

(1) Ley 1. tit. 11. lib. 11. Nov. Rec. leyes 31. y 35. tit 16. Part. 3. ley 1. ff. y ley Constitutio 16. Cod. de Test. Gom lib. 3 Var. cap. 12. n 24 (2) Ley 27. al fin tit. 16. Part. 3. ley 19. cap 5. tit. 6. y ley 15. tit. 7. lib. 2. y leyes 7. tit. 3. lib. 11. y 16. tit. 32. lib. 12. Nov. Rec. (3) Dicha ley 27. tit. 16. Part. 3. ley 3. tit. 11. lib. 11. Nov. Rec. ley Judices, Cod. de Fide instrumentor. y cap Cum causam, de Testib.

nombrado, y el requirente haya fallecido, ó cesado en su oficio, como sienta el Sr. *Covarrub. Pract. cap.* 11. y es corriente en la práctica, porque no se dirige privativamente al sugeto, ni habla con él como persona privada, sino con la que regenta la jurisdiccion.

327 Si las partes omiten articular en el interrogatorio principal algunos particulares de los alegados, y conducentes á su defensa, ya sea por olvido, ó porque al tiempo de su formacion no creyeron poder probarlos, y despues de presentado, hallan testigos que los declaren, pueden ponerlos por pedimento, ó por otro interrogatorio, y pretender se examinen á su tenor; pero esto ha de ser precisamente dentro del término probatorio, pues ninguna ley lo prohibe, ni dice que se forme un interrogatorio solo, ni tampoco que no se puedan hacer por pedimento las preguntas á los testigos, lo qual es corriente, y asi lo practiqué, y vi practicar.

328 Un solo testigo, por autorizado que sea, no hace prueba, regularmente hablando (1); excepto que esté constituido en la dignidad de Emperador, Rey, ó Papa (2); bien que quando no se trata de perjuicio de tercero, ó se convienen las partes, ó el testador mandó que en quanto á su herencia se esté al dicho de cierta persona, que señala, ó para probar la inocencia del acusado, ó en las causas, en que de ningun modo, ó al ménos con grave dificultad se pueden presentar muchos testigos, ó quando con su dicho concurre la fama; ó para probar la causa verosimil de ignorancia, ó en causas muy leves; y en otros varios casos (que trae *Reinfestuel lib.* 2. *Decretal. tit.* 20. §. 8. *per tot. y tit.* 19. §. 3. *núm.* 61. *al* 68. apoyandolos con textos, y doctrinas,) hace prueba el dicho de un testigo solo.

329 Dos testigos contestes en cosa, ó hecho, tiempo, lugar, y circunstancias, y no varios ni singulares, hacen plena probanza siendo hábiles, idóneos, y tales que no puedan ser desechados por razon de sus dichos, ni personas; á ménos que sea para justificar paga, ó liberacion de débito, ó otro contrato, de que se haya otorgado escritura pública, ó testamento, ú otra ultima vo-

(1) Ley Ubi numerus, ff. de Testib. ley 32. tit 16. Part. 3. cap. Licet universi 23. de Testib. y Canon, Si testes, §. Ubi numerus 4. quæst. 3. (2) Dicha ley 32. tit. 16. ley Omnium, Cod. de Testib. cap. Cum a nobis 28 eod. tit. y Clementin. unic. de Probation.

luntad; pues entónces son necesarios mas (1), como he sentado en mi primera parte.

330 Pero no obstante esto, se permite á cada litigante que presente hasta treinta testigos sobre cada pregunta, ó artículo, con tal que jure que no lo hace con malicia, ni por dilatar; mas si despues de nombrados supiere de otros, con quienes crea probar mejor su intencion, y lo juráre asi, en este caso dejando los que no estén examinados, se le deben admitir los que nuevamente nombre, hasta completar el número referido, y no mas (2). Si de los presentados no quiere que se examinen todos, nadie le puede precisar á ello, porque asi como está en su arbitrio el hacer ó no prueba, lo está tambien el presentar, y hacer que se examinen, ó no los presentados, y juramentados, sin que haya ley que diga lo contrario. Pero es de advertir, que en la segunda, ó tercera instancia en grado de apelacion, y suplicacion no se deben admitir interrogatorio, ni testigos sobre los mismos artículos, ú otros directamente contrarios, sobre los que en las precedentes, ó en alguna de ellas se recibieron, ya tengan su tendencia á los méritos de la causa principal, ó á las tachas de los testigos examinados en qualquiera de las instancias anteriores, y el Abogado que pusiere el interrogatorio incurre en la pena de mil maravedís (3).

331 Aunque las partes despues de haber presentado algunos testigos, digan que no quieren presentar mas, no se les haa de dejar de admitir por eso los que presenten hasta los treinta expresados, con tal que sea dentro del término probatorio, y que juren que ignoran sus deposiciones, y las de su contrario, y no de otra suerte, como lo manda la ley 34. tit. 16. Part. 3. ibi: *E en tal caso como este decimos, que si los testigos que eran recibidos, no fueren abiertos, é jurare éste que quiere aducir otros, que non sabe lo que dixeron los testigos que habia aducho primeramente, nin los otros que habia dado su contendor, é non fueren pasados todos los plazos en que habia poderlo de probar: que debe ser recibida su prueba, é non há porque le empecer lo que dixo que non queria dar mas pruebas. E esto es porque los Juzgadores siempre deben ser aperci-*

(1) Leyes 32. y 40. tit. 16. Part. 3. ley Ubi numerus cit y cap. In omni negocio, de Testib. Deuteron. 19. v. 15. Matth 18. v. 16. y Luc. 17. (2) Ley 5. tit. 11. lib. 11. y ley 2. tit y lib. dichos Nov. Rec. (3) Ley 6. tit 10. lib. 11. Nov. Rec. Clement. 2. de Testib. Covar. Pract. cap. 18. n. 6.

bidos para puñar de saber la verdad por quantas partes pudieren. Mas si los plazos fuesen pasados, non ge los deben despues recibir, salvo ende carta, ó instrumento. Por esto los Escribanos en el requerimento que hacen á las partes para si quieren presentar mas testigos, y responden que no, ponen quando faltan algunos dias de término, el adictamento: *por ahora, y sin perjuicio de presentarlos siempre que lo tengan por conveniente*, cuyo adictamento es muy util, aunque no necesario, por lo que el Escribano comisionado puede sin embargo de que no se ponga, recibirlos, sin que la parte tenga precision de acudir al Juez para ello, durante el término probatorio, porque en virtud de la comision le subrroga en su lugar, y le dá las falcultades que á dicho fin le concede la ley.

332 Queda sentado en el n. 328. que dos testigos contestes en cosa, tiempo, lugar, y circunstancias, y no varios, ni singulares hacen plena probanza, concurriendo en ellos las qualidades alli expresadas; y para que el Escribano principiante no dude quáles son contestes, y quáles singulares, de quántas maneras es la singularidad, y si prueban ó no, digo que se llaman *contestes* los que deponen de un mismo hecho sin variedad alguna, v. g. que Pedro mató á Juan en tal parte, en tal dia, á tal hora, con tal instrumento, &c. y singulares los que declaran sobre diversos hechos, de modo, que cada uno testifica del suyo, y no concuerda con el otro (1).

333 La singularidad es de tres maneras, *obstativa*, *adminiculativa*, *y diversificativa* (2). Se llama *obstativa*, ó *adversativa* la que contiene contrariedad de los testigos, que deponen de un mismo hecho, ó repugnancia en sus dichos; v. g. dice uno que Pedro hizo la muerte, ó hurtó en tal parte, y á tal hora; y otro que la executó en otro lugar, y á otra hora; pues repugna que una misma muerte, ó delito pudiese haberse hecho, y cometido en diversos parages, y á distintas horas, por lo que á ninguno se debe creer, ni deferirse el juramento supletorio, y asi mas vale un testigo idóneo, que hace semiplena prueba, que muchos singulares con singularidad obstativa, aunque sean mil, porque uno hace sospechoso, y destruye al otro, y ambos arguyen falsedad (3).

(1) Reinf. lib.2. Decret tit.20. §.9. n.282. al 284. (2) Farin. de Testib. quæst.64. n.4. Pirhing. eod. tit. n.142. (3) Cap. In nostræ 32.de Testib. Alex.

334 Adminiculativa, ó *cumulativa* se llama, quando los testigos deponen de hechos, que aunque son diversos, se ayudan mutuamente, para probar aquello que se controvierte; v. g. dice uno *que vió á Pedro quitar un caballo*; y otro *que oyó decir á Pedro que habia quitado aquel mismo caballo*; lo qual sucede generalmente todas las veces que las diversas deposiciones de los testigos tienen su tendencia á averiguar el hecho qüestionable, ó litigioso, pues unos suelen deponer de vista, otros de fama, oidas, ó confesion de él, y otros de hechos, que aunque distintos, ayudan al intento, y no son repugnantes, por lo que el uno no destruye al otro, ni le hace sospechoso por la falta de repugnancia, ó contrariedad, y asi en las causas civiles si testifican de hecho por su naturaleza sucesivo, contínuo ó genérico, hacen plena prueba (1), y siendo preguntados sobre él, ó sobre el todo integral, aunque depongan de actos diversos, como todos miran por distintos medios á un propio fin, y substancia de la qüestion, no se juzgan singulares, sino contestes (2); pero si se trata de algun acto particular, ó especial, é individuo, no prueban plenamente; bien que hacen presuncion, y el Juez puede deferir el juramento supletorio (3). En las criminales no prueban tampoco para la imposicion de la pena ordinaria, pero inducen presuncion grande contra el reo, y abren camino al Juez para inquirir, y aun muchas veces son suficientes para la tortura, ó para imponerle pena extrordinaria (4); pues para la ordinaria es indispensable que la prueba sea indubitada (5), no obstante haber delitos para cuya calificacion bastan testigos singulares, siendo fidedignos.

335 Finalmente, se llama singularidad *diversificativa* quando los testigos deponen de diversos hechos, que no son contrarios, ni repugnantes entre sí, ni el uno ayuda al otro, v. g. dice uno

consil 94. n.1. y 4. lib. 6. Mascard. de Probat. concl. 958. n. 20. Farin. q. 64. dicha, n. 37. 41. y 44. al 50. Jason in repet. leg. Admon. n. 156. de Jurejur.

(1) Glos. in leg. Oo carmen, ff. de Testib. & in cap. Nihilominus 3. quæst. 9. Felin. in cap. Licet, ex quædam, n.2. vers. *Secundo limita*: Farinac. quæst. cit. n. 115. 150. 160. y 164. Mascard. concl. 1025. n. 24. y sig. (2) Ley Qui sententiam, Cod. de Pœnis. Reinf. lib.2. tit cit nn. 297. al 306. (3) Glos. in cap. Nihilominus, cit. Felin. in cap. Licet, cit. Farinac. quæstion dicha, n.52. 113. y 126. Mascard. concl. 958. n. 20. al fin. (4) Farin. Prax. crim. lib. 1. quæst.37. n 34. y 35. (5) Ley Sciant cuncti, 25. Cod. de Probation. cap. 1. de election. Canon Testes 2. quæst.7. Reinf. Ibi, n.307. hasta el fin.

que Pedro prestó á Juan cien reales en tal dia, y tal parte, y otro que le prestó veinte en otro dia, y parage, pues no se implican, porque todo puede ser, y asi estos testigos sin embargo de no ser repugnantes, ni enervar el dicho del uno el del otro, no hacen prueba, pero si alguno es de mayor excepcion, hará semiplena probanza, porque se queda con el valor que merece la deposicion de un testigo fidedigno (1).

336 Probando ambas partes su intencion con testigos, debe el Juez seguir, y gobernarse para dar la sentencia, por los que depongan lo mas verosimil, tengan mejor fama, estén mas autorizados, y sean mas dignos, aunque ménos en número. Siendo iguales en fama, y dichos, porque todos deponen lo que es posible hubiese sucedido, se ceñirá á la pluridad de número; y si lo son en el todo, y los de la una deponen lo contrario, debe absolver al reo (2); á ménos que el actor intente causa favorable, como son las de libertad, matrimonio, dote, y testamento, pues entónces ha de decidir por éstas (3). Si los de una parte discordaren, debe creer á los que digan lo mas verosimil al hecho, y sean de mejor fama, aunque pocos, lo qual no sucederá si presenta dos instrumentos contrarios, pues á ninguno debe creer; porque puede verlos ántes, y mirar si le aprovecha, ó daña su presentacion, pero en los testigos no puede saberlo, porque á la parte suelen decir una cosa, y ante el Juez declarar otra, como lo vemos, y lo dice la ley: si el testigo es contrario á sí mismo en su dicho, no hace fé (4).

337 Comprometiendose las partes en árbitros, si éstos recibieren testigos, y aquellas hicieren algun pacto sobre si el Juez ha de sentenciar ó no por sus dichos, en caso que los árbitros no decidan su contienda, se debe estar al pacto. Si nada pactaron, está en eleccion de aquella contra quien se produxeron, el pasar por sus dichos, y hacer que vuelvan á declarar ante el Juez; pero si ya estuviesen muertos, deben valer sus deposiciones, y el Juez sentenciar con arreglo á ellas; bien que no se priva á la parte de alegar contra las personas, y dichos de los testigos (5).

338 Consistiendo el pleito en ciencia, arte ú oficio, han de

(1) Farin. quæst. 64. dicha n. 41. y 47. Reinf. ibi n. 294. al 296. (2) Ley 40. tit. 16. Part. 3. (3) Cap. Ex litteris, 3. de Probat. & ibi glos. y cap. ultim. de Sentent. & re judicat. (4) Ley 41. tit. 16. Part. 3. (5) Ley 38. tit. y Part. dicha.

nombrar las partes dos perítos para que declaren acerca del asunto litigioso, en caso de haberlos en el Pueblo: si alguna no quiere nombrar por sí, lo ha de hacer el Juez de oficio por su rebeldía, pero si no hay mas que uno, bastará, y se deberá estar á su informe ó declaracion, excepto en las causas arduas, y de entidad, y magnitud, en las quales se deben buscar dos, á ménos que las partes se conformen en uno (1). Con ellos, y con el tercero que se elija en caso de discordia, (ya asistan ó no todos tres á la vista ocular, ó reconocimiento, ó cada uno lo haga por sí solo, como puede, y el Juez lo presencie, ó no) nada mas tiene que hacer el Escribano que recibirles el juramento *de que dirán la verdad como la conciban segun su inteligencia con arreglo á su arte, oficio, ó ciencia, sin causar agravio á ninguna de las partes*, pues ellos ponen en borrador sus declaraciones, y se las entregan, para que las estienda en los autos, coordinandolas segun estilo forense, bien que si el Juez concurre, debe juramentarlos, y no el Escribano. Pero para que depongan con justificacion, y pleno conocimiento, se les han de manifestar siendo preciso, no solo los autos, sino los documentos en ellos producidos por las partes, y al tercero unos, y otros con las declaraciones de ambos perítos, á fin de que con presencia de todo se conforme con la que sea arreglada. Las partes deben ser citadas para asistir al juramento, y reconocimiento si quisieren, mas no á la declaracion, señalando dia en que aquel se ha de evacuar, con tal que sea en el término probatorio si el reconocimiento se pide dentro de él; pero el tercer perito puede serlo despues.

339 La quarta especie de prueba es por *instrumentos, privilegios, y libros de cuentas.* Y procediendo á tratar de los instrumentos, para que el principiante sepa quáles hacen fé en juicio, le advierto que el instrumento es de tres maneras, *público, auténtico, y privado*: de los dos primeros toqué algo en el capítulo 19. de mi primera parte, adonde le remito; y añado ahora que el instrumento público se llama así porque lo autoriza persona, en quien reside autoridad pública concedida por el Rey, para ser creido, y se otorga ante testigos (2), por lo que no se debe

(1) Hermosill. en la ley 56. tit. 5. Part. 5. glos. 6. ex n 24. ad 60. Gomez. lib. 2. Var. cap. 6. n. fin. vers. ***Et ex superioribus***: & ibi Aillon n. 6. Amaya in leg. 2. Cod. de Jure fisci. Pacian. de Probat. lib. 1. cap. 47. n. 99. (2) Cap. Cum P. Tabellio de Fide instr. Auth. de Tabellion. al princ. Cov. pract. c. 19. n. fin.

dudar de su otorgamiento. Hay dos clases de instrumentos públicos, unos entre vivos, que son todos los contratos; y otros por causa de muerte, que son los testamentos, y demás ultimas disposiciones, todos los quales se componen de *Protocolo*, *ó registro*; *copia original*, *y traslado*, *ó exemplar*, como en mi primera parte expuse; por lo que si el producido en juicio está autorizado por Escribano no conocido en el Juzgado, en que se presenta, y la parte contra quien se produce lo redarguye de falso, como puede en qualquier tiempo, y estado de la causa, aunque al principio no lo haya hecho por inadvertencia, diciendo que el que lo autorizó no es, ó no fué Escribano, no hace fé si á lo ménos por fama pública del Pueblo en que suena otorgado, no justifica el producente haberlo sido (1), ó si no está comprobado por dos, ó tres Escribanos que dén fé no solo de que lo es, si no de que la firma, y signo puestos á su final son suyos, pues puede ser Escribano, y el instrumento suplantado: lo propio sucede habiendose hecho en parte remota, y asi se practica, y estíma en juicio (2). Pero si es muy antiguo, que pase de cien años, hace fé, aunque no esté comprobado, ni conste que fué Escribano el que lo autorizó, por la gravisima dificultad de hallar testigos del conocimiento de éste, en cuyo caso se omite el reconocimiento (3). Pero debo advertir lo primero, que si un mismo litigante produce en juicio dos escrituras contrarias en un propio hecho, á ninguna se debe creer (4). Lo segundo, que el Escribano no solo está obligado á custodiar, y conservar el Protocolo (5), como sentè en el capítulo final de mi primera parte, sino que una vez otorgado el instrumento, no debe entregarlo á las partes, ni á otro, porque á mas de no hacer fé por los motivos expuestos en él, debe conservarlo, y existir siempre en su poder, y asi dará copias de él. Tampoco debe romperlo, aunque lo quieran los otorgantes á pretexto de haberse rescindido el contrato (6); y la

(1) Ley 114. tit. 18. Part 3. cap. 2. & ibi glos. & DD. de Fide instrumentor. Authent. de Instrument. cautel. novel. 73. cap. 5. collat. 6. Abb. in cap. 1. n. 2. de Fide instrument. (2) Ley Jubemus 24. Cod. de Probation. Parej de Edict. tit. 1. resol. 3. §. 2. n. 42. 51. y sig. Parlad. lib. 2. Rer. cap. fin. Part. 1. §. 11. ampliat. 3. n. 17. y otros que cita (3) Gregor. Lop. en dicha Ley 115. glos. 5. Barb. Colect. de Fide instrum. cap. 1. Parej. ubi sup n. 35 y 59. Cov. Pract. cap. 21. n. 7. Masc. concl. 1097. (4) Ley 111. tit. 18. Part. 3. (5) Cap. Quamquam contra, extra de Probat. §. Illud in Auth. de Tabellion. ley 6. tit. 23. lib. 10. Nov. Rec. Covar. Pract. cap. 19. n. 2. al fin. (6) Curt. Senior.

razon es, porque es acto que se publicó, y puso en el archivo público, de que está constituido archivero, y custodio el Escribano, y como tal carece de facultades para extraerlo de éste; á mas de que puede probarse su otorgamiento en lo sucesivo, hacersele cargo de él, y castigarle por su falta, y asi aunque los interesados no usen de él, ó lo revoquen por otro, cumple poniendo en aquel la competente nota de revocacion. Lo tercero, que si el acreedor devuelve á su deudor el instrumento de la deuda, ó la cancela, se entiende libertarle de ella, excepto que lo haga por fuerza, miedo, ó engaño, y se pruebe (1). Y lo quarto, que aunque el instrumento carezca de la fé de conocimiento de el que lo otorga, y de la deposicion acerca de el de dos de los testigos instrumentales, no será nulo, porque la ley no lo invalída, ni pone por forma los expresados requisitos (2), como en mi primera parte últimamente adiccionada, he sentado. En quanto á si puede ó no corregir el error que cometió en la extension del instrumento que está otorgado, ya haya dado ó no copia de él, vease á *Farinac. lib. 5. de Falsit. y simulat. titulo 16. quæst.* 156. que lo explica latamente con doce limitaciones, y trece ampliaciones.

340 Alegando la parte que es falso el instrumento, que contra ella se produce, porque en el dia que aparece otorgado, existia fuera de aquel Pueblo, y en otro tan distante que no podia haber venido naturalmente, en el que fué testigo de otro instrumento, ha de presentar para probar su falsedad otro público hecho en aquel dia, en el en que dice estubo, y de que fué testigo, ó á lo ménos quatro testigos idoneos, y legales que depongan haber estado en otro diverso de él, en que suena otorgó el redarguido; pero si el instrumento no es público, bastan dos, que asi lo declaren, y ya lo sea ó no, debe jurar el que alega la falsedad, que no lo hace de malicia, ni por calumniar, sino porque cree que es falso. Todo lo qual se entiende quando la parte que lo produce, quiere usar de él, pues si dice que no, no se ha de admitir prueba sobre su falsedad (3).

Consil. 55. n. 18. y 24. Farin. lib. 5. tit. 16. de Falsitat. & simulat. quæst. 154. n. 30. y 31.

(1) Ley 40. tit. 13. Part. 5. (2) Burgos de Paz en la ley 3. de Toro Part. 2. concl 7 n 1285. Gutier. lib. 1. Pract. quæst. 144. al fin. (3) Leyes 112. 116. y 117. tit. 18. Part. 3. y ley 3. Cod. de Fide instrumentor.

341 La falsedad es mutacion de la verdad, hecha con dolo en detrimento de tercero; y se comete por escrito, dicho, hecho, y uso, cuyos modos explica la ley (1). Para que sea fundada la presuncion de falsedad en los instrumentos, se ha de atender á las circunstancias y opinion de la persona que los produce, á los vicios legales del instrumento mismo, y á los defectos que contenga, ya del modo, ya de la letra, del tiempo y otros. Por exemplo, mala gramatica ó construccion, la diversidad de estilo, ó forma de dictar del que los hizo, la cláusula ó cautela no acostumbrada, excepto que intervenga causa justa para ellos, diferencia de papel y signo, tardanza en producirlos, hallarse en un libro antiguo, quando consta que entónces no se hacian tales instrumentos, inverosimilitud en las cosas mismas que se contratan, testigos muertos, ó estar el uno muerto, y afirmar el otro que no pre enció su otorgamiento, haber estrechado, ó ensanchado los renglones para concluirlo, habiendo espacio ó campo bastante al principio, hallarse cortado ó roto, ó por órden inverso antepuesto ó pospuesto, carecer de la solemnidad que requiere, y otras varias causas (2). Tambien se hace muy sospechoso quando está manchado, ó agugereado en lugar substancial, mas no si lo está en otro (3). Pero si se produxo en juicio ante el Escribano que entiende en los autos, sin mancha, aunque despues se halle manchado, no pierde su valor, ni la fé que merece (4). Aunque el instrumento sea irrito y nulo, no por eso lo será el contrato, ni el testamento, si se prueba haber intervenido en ellos el competente número de testigos, porque la escritura no es de substancia del contrato (5).

342 Afirmando el Escribano de buena fama que no hizo el instrumento debe ser creido, no probandose plenamente lo contrario, lo mismo que si confiesa haberlo hecho, aunque los testigos instrumentales lo nieguen, ó digan que no se acuerdan si presen-

(1) Ley 1. tit. 7. Part. 7. Minsinger in § Item lex cornelia de Falsis, institut. de Publ. judic. Farin de Falsit. & simul. lib. 5. tit. 16. q. 150. n. 1. al 6. (2) Farin. ibi q. 153. part. 2. (3) Mascard. de Prob. conclus. 283 n. 1. al 3. y 284. n. 1. Odofred. in leg. Jubemus, Cod. de Probat. Angel. in leg. fin. n. 2. de Edict. divi Adriani tollend. & ibi Jason n. 29. (4) Lex Si unus, n. 5. Cod. de Testam. & ibi Ang. n. 5. y Cuman n. 6. al fin. Felin. in cap. Ex litteris, n. 16. in 9. notabili, de Fide instrum. Farin. q. 153. dicha, n. 185. al 187. (5) Burg. de Paz en la ley 3. de Toro part. 2. n. 1041. Parlad. l. 2. cap. fin. part. 1. §. 12. limit. 1. n. ult.

claron, ó no á su otorgamiento, con tal que la copia concuerde con el registro, y no en otros términos. Pero siendo de mala fama, y todos los testigos instrumentales de buena, si estos concuerdan en una cosa, ya sea afirmando ó negando, y el instrumento há poco tiempo que se hizo, deben ser creidos, y no el Escribano (1); de suerte, que para declararse falso el instrumento son necesarias copulativamente tres cosas, á saber; que los testigos sean mayores de excepcion; que todos concuerden en no haberse hallado presentes á su otorgamiento; y que el Escribano tenga mala fama, de lo qual traté en el cap. 1. lib. 1. de esta segunda parte, distinguiendo cinco casos para su mas perfecta inteligencia; pero es de advertir, que asi como la falsedad opuesta al instrumento, supone el hecho incierto de su otorgamiento, y excluye la verdad de su confesion (2), por el contrario la nulidad que se le objeta, supone por necesidad la verdad de su otorgamiento, y el hecho cierto de su contexto (3).

343 Si la parte niega que el instrumento está autorizado por el Escribano que lo sigua, porque su signo, firma, y letra son desemejantes á las suyas, y él contesta que lo hizo, ha de ser creido. Si lo niega, no debe hacer fé. Si dice que lo hizo, pero que fué falso, y con error, tambien ha de ser creido. Si ha muerto, ó está ausente á mucha distancia, se deben elegir peritos, que bajo de juramento cotejen la letra, firma, y signo con otras de instrumentos ciertos que haya hecho, y segun declaren, y parezca al mismo Juez, aunque concuerden en una misma cosa, puede determinar, pues está en su alvedrio el darle ó no crédito, porque la ley (4) fundada en que por la mudanza de tinta, ó pluma, ó por enfermedad, ó vejez del que escribe suelen desemejarse las letras, no le sujeta, ni obliga precisamente á estar por lo que produzca la mera comparacion, ó cotejo, sin otros adminículos verdaderos, ó dos testigos fidedignos, que juren haberselo visto firmar, por no ser prueba acabada, sino á lo mas semiplena, y porque el juicio, y dictámen de los peritos, como fundado en un mero parecer, ó concepto, no concluye de necesidad,

(1) Dicha ley 115. verb *E si por aventura*: y ley Si quis Decurio, Cod. de Fals. (2) Ley 1. tit. 7. Part. 7. Salg. de Retent. part. 2. cap. 30. §. 3. n. 8. (3) Parej. de Edict. instrum tit. 1. resolut. 3. §. 1. n. 35 y 36. (4) Ley 118. tit. 18. Part. 3. Auth. de Instrum. cautel. & fide, cap. 7. §. In his vero, y §. Si vero, collat. 73. Mascard. conclus 330.

sino de credulidad, y verosimilitud, y hay notable diferencia entre parecer, y ser; y asi lo podrá estimar, ó despreciar, segun conceptúe mas conforme, y verosimil. Si se cotejan firmas, cartas, ú otros papeles privados, ha de ser con otros indubitados del sugeto por quien suenan escritos, como son los que pasan ante Escribano, de cuya certidumbre, y veracidad no se debe dudar, ó los que están reconocidos expresamente en juicio; pues siendo con otros, de nada sirve el cotejo, porque no hay cosa cierta en que se afiance, y esto lo mismo es para el actor que para el reo, porque son correlativos.

344 Aunque el instrumento no valga, se puede justificar su contesto por testigos, ó por otro medio legal (1), y en la prueba de testigos instrumentales se incluye el Escribano; mas no quando se hace por otro instrumento, porque no puede exercer actos de testigo, y Escribano á un propio tiempo (2). Pero es de tener presente lo primero, que el instrumento se presume falso por el hecho de querer probar su contexto con testigos, el que lo produce (3); y lo segundo, que los instrumentos que la parte produce judicialmente han de estar en el idioma vulgar del Pueblo del juicio, y en letra legible y clara, pues de lo contrario se los haran traducir, y poner á su costa en la corriente; pero si pide que se acumulen algunos autos antiguos seguidos con algun causante, ó antecesor del colitigante sobre lo mismo, y se manda, no está obligado á poner de letra corriente lo que esté obscuro, ántes bien debe el contrario ponerlo á su costa, porque es continuacion del mismo juicio, y lo propio que si con él se hubieran principiado; cuyo caso práctico me sucedió en cierto pleito en el Consejo.

345 La parte que produce el instrumento, aunque diga, y proteste que solo quiere usar de él en lo que le sea favorable, no le servirá, pues no obstante su propuesta, le dañará lo que contenga contra ella (4). Una vez producido ántes de la contestacion, está obligada á reproducirlo en la prueba, ya diga ó no

(1) Ley 32. tit. 16. y ley 117. tit. 18. Part. 3. (2) Glos. & Doctor. in leg. Hac consultissima, Cod de Testament Tondut. lib. 2. quæst. 68. (3) Mascard. de Probat. lib. 2. concl. 740. n. 23. Menoch. de Præsumpt. lib. 5. præsumpt. 20. n. 23. Aymon consil. 134. n. 30. y 35. (4) Glos. Singul. in leg 1 §. 1. verb. Die, ff. de Edendo. Jason in leg. Non solum, §. Morte, n. 16. ff de Novi oper. nunciar. Aymon Cravet. de Antiquit. tempor. Part. 1. §. Viso, n. 73. Menchac. Illustr. quæst. lib. 1. cap. 2. n. 9. Parlad. lib. 2. cap. ult. part. 1. §. 5. n. fin.

su contrario que quiere redarguirlo de falso, civil ó criminalmente (1); y no solo tiene esta obligacion en primera instancia, sino en la segunda de apelacion, y mas quando el instrumento mira á los méritos del negocio en lo principal, y hay causa justa, como lo es la de la antiguedad, ó media interés de la parte que lo pide, y ningun perjuicio se irroga á la que lo ha de presentar (2), lo qual es corriente en la práctica. Pero se advierte, que el reo no está obligado á dar al actor sus propias escrituras (3), porque ni la equidad, ni el derecho permiten que ninguno dé contra su voluntad, y contra sí armas á su contrario (4); bien que siendo comunes á los dos, está obligado á manifestarlas, y darlas (5); é igualmente lo está cada uno á mostrar las en que funda su intencion, si su contrario lo pretende, como diré mas adelante.

346 Tambien ha de reproducir en el término de prueba la hecha con legal formalidad, ya sea por testigos, instrumentos, ó en otra manera en otro juicio con el colitigante, ó su causante, v. g. quando siguió via executiva sobre paga de alguna suma, y al mismo tiempo intentó con ella otra accion ordinaria, y sobre ésta se le reservó su derecho para el juicio correspondiente; en cuyo caso, si la prueba conduce á la accion ó excepcion ordinaria, debe reproducirla, *pidiendo se haya por reproducida, y entienda con la prueba*, á lo que se deferirá, y tal vez no necesitará hacer mas, pues si no la reproduce, ni hace otra, como que es visto no querer aprovecharse de ella, se quedará indefenso, porque los instrumentos no se estienden á cosas, ni personas en ellos no contenidas, y mucho ménos á las no conocidas (6).

347 Para que haga fé el *traslado*, ó *exemplar* sacado de la copia original, y pruebe contra la parte contra quien se produce, ha de ser dado en virtud de auto de Juez, precediendo citacion de ésta, siendo autorizado por otro que aquel ante quien pasó, porque si lo está por éste, y es de los de que puede, y debe dar quantas le pidan, el mismo efecto produce que la copia

(1) Ley fin. Cod. de Fide instrum. (2) Parej. de Edit. tit.3 resolut.3. n. 9. y tit.5 resol.1. n. 62. y 65. y resol.5. n 32. Felin. in cap.1. n.28.de Prob. Cov. lib.1. Var.cap.1. n.5. Salg. de Reg. part.3. cap.9. n.90. (3) Cap.1. de Probat. y ley Qui accusare 4. Cod. de Edendo. (4) Ley Nimis grave, Cod. de Testibus. (5) Cap. Cum Perpetuus Vicarius 12. de Fide instrument. & ibi glos. Begnudel. biblioth. verb. Probatio, n. 16. (6) Ley Quidquid adstringenda 99. y ley Stipulatio ista. §. In stipulat. ff. de Verb. oblig. Valenz.cons.174. n.29.

original, como ya dexo dicho en mi primera parte, acerca de lo qual vease al *Sr. Covarrub. Practic. cap.* 21. *núm.* 2. *al* 6. en donde trata qué fé merece el traslado, ya sea sacado del protocolo, ó de la copia original, por el Escribano ante quien se otorgó, ó por otro. Aunque no intervenga la citada solemnidad, ni haya pasado ante el Escribano que sacó el traslado, si no se redarguye de falso civilmente, no necesita comprobarse, por ser visto aprobarlo, y no dudar de él la parte contraria. Lo propio milita, siendo sacado del protocolo con citacion, ó sin ella, y por el Escribano ante quien pasó, ó por otro, en caso de no redarguirse (1); pero en el de perderse el instrumento obligatorio, suple su falta la prueba clara de la deuda por otros medios (2).

348 Hace fé, y prueba el traslado antiguo, aunque sea sacado sin la solemnidad referida, quando en virtud, y á consequencia de él se ha dado posesion del derecho pretendido al que lo presenta, ó á la persona, cuya causa trae; en cuyo caso basta el transcurso de treinta años, como lo afirma el *Sr. Covarrub. Pract.* cap. 21. dicho núm. 7. §. *Tertius casus est*: ibi: *Quin & plena fides huic exemplo dabitur ubi fuerit ab ejus confectione, & traductione lapsum tempus triginta annorum cum usu, & possessione illius juris, quod in eo continetur.* Asi lo he visto executoriado por el Consejo en pleito de un Patronato Real de Legos del Lugar de Vicalbaro de esta jurisdiccion; pues mas crédito se debe dar á los instrumentos antiguos que á los dichos de los testigos, como está resuelto en derecho (3); porque la memoria de éstos es débil, mutable, y falible; las palabras de los instrumentos firmes, y constantes (4), y la antigüedad tiene lugar de ley, y de verdad (5); lo qual se entiende, no probandose la falsedad del instrumento, porque si se prueba, en ningun caso hace fé. El que quiera saber quando hace, ó no fé el instrumento antiguo, qué tiempo se requiere para constituir la antiguedad, y qué solemnidades se pueden presumir por el tiempo para la autoridad del traslado, vea al *Sr. Covar.* en dicho *cap.* 21. *y n.* 7. que trae nueve casos.

(1) Parej. de Edition. tit. 1. resolut. 3. §. 3. n. 152. y sig. (2) Ley 2. Cod. de Fide instrument. (3) Ley Census 10. y ley Si arbiter 28. ff. de Probat. Mascard. de Prob. tom. 1. al princip. q. 6. n. 11. (4) Ley Hac consultissima 8 § At humana, Cod Qui testament. facere pos. (5) Ley 2. §. Per, ff. de Aqua, & aquæ pluv. ley Testamenta 18. y ley Sancimus 27. Cod. de Testam. y cap. Cum causam 42. de Testib. Escobar de Puritat. part 1. quæst. 15. §. 3. n. 12. y sig.

349 El instrumento *auténtico*, (que es el que está autorizado con el Sello del Rey, Principe, Arzobispo, Obispo, Cabildo, Abad bendito, Maestre de Orden Militar, ó de otra persona constituida en dignidad, v. g. Grande, Duque, Conde, Marqués, ó de Consejo) hace fé para probar su contesto contra el que lo mandó sellar; mas no á su favor. Lo propio milita para con el que otra persona hizo por su mano, ó mandó hacer, y sellar con su sello, y por él se obligó á dar, ó pagar alguna cosa consistente en número, peso ó medida, si lo reconoce en juicio, en cuyo caso será executivo tambien, y no de otra suerte, (pues hay diferencia entre serlo, y hacer fé, ó prueba para la vía ordinaria) porque ninguna ley lo constituye de esta clase, y este Juicio es extraordinario, y sumario; pero no hará fé si lo niega, á ménos que se pruebe con testigos que los hayan visto firmar, ni tampoco quando es de otro contrato, v. g. compra, venta, ó cambio de cosa raiz, &c. porque éste debe otorgarse ante Escribano público, y testigos para su perpetuidad, y asi solo induce presuncion, por lo que los testigos del instrumento auténtico de estos contratos, para hacer prueba, no solo han de declarar haberlo visto firmar, si no deponer de su contexto (1).

350 Se diferencian el instrumento público, y el auténtico, en que por instrumento público se entiende el que está hecho por persona en quien reside autoridad pública, con todas las solemnidades prescriptas por derecho para su validacion y firmeza, y por auténtico el que hace fé por sí mismo, ya sea por estar robustecido con el sello del que lo hizo, ó de otra suerte; de modo, que no necesita de otro adminículo para hacerla; bien que el público se suele llamar tambien auténtico, porque el mismo que lo hizo y firmó, le dá autoridad y fuerza para que sea creido su contexto; pero el auténtico no es público, porque no se otorga ante persona pública, ni testigos, ni con solemnidad alguna, y hace prueba por sí, sin tener que remitirse á otro (2); sin embargo, ambos convienen en la estabilidad que tienen, y crédito, ó fé que merecen, y se les debe dar.

351 El instrumento *privado*, que se llama asi el que no está

(1) Leyes 1. y 114. tit.18. Part.3. Greg. Lop. en esta glos. 10. y ley 1. tit.20. de la misma Part. (2) Abb. in cap.1. de Fide instrum. n.1. Specul. tit. de Instrum. edit. §. Nunc videndum, n 1. Paz Jordan tom.1. tit. de Fide instrum. art.13. n.5. Reinf. lib.2. tit.22. §.1. n.13. al 26.

autorizado en forma por Escribano, ni sellado como el auténtico es de tres maneras, á saber: *apocha*, ó *chirographo*, baxo de la que se incluye la *antapocha*, ó *syngrapha*; libro de *cuentas*, ó *inventario privado*, y *cartas* (1). Apocha, ó chirographo es el instrumento, ó resguardo que el acreedor dá á su deudor para acreditar lo que recibió de él, y le pagó (2). Antapocha es el que da el deudor de lo que percibe prestado, ó á censo, ó en otros términos de su acreedor, con el qual acredita el débito de aquel (3), que en castellano llamamos *vale*, *ó pagaré*. Syngrapha es escritura, ó cédula que hacen algunos para la fé de sus pactos (4). Libro de cuentas es escritura privada, en que alguno sienta lo que dá, y recibe. Inventario privado es la en que sienta sus bienes (5). Y epistola, ó carta es escritura privada que alguno envia á otro ausente.

352 Aunque merece, y se debe dar crédito al instrumento público, no obstante que hayan muerto el Escribano que lo autorizó, y los testigos que presenciaron su otorgamiento (6), no sucede esto con el privado, y asi no hace fé, ni prueba por sí solo en juicio, si se le opone esta objecion, ó se redarguye de falso (7), como es conveniente para eludirlo, y enervarlo; y para que la haga, es preciso que lo reconozca el que lo hizo, ó firmó, ó en defecto del reconocimiento, ó por su negativa, que se compruebe por dos testigos idóneos y fidedignos á lo menos, que baxo del propio juramento declaren con su citacion que se lo han visto firmar. Y aunque se compare, ó coteje con otros verdaderos del que lo hizo, y la letra, y firma de todos se asemejen totalmente, ó declaren testigos que lo tienen por suyo, por haberlo visto firmar muchas veces, no merece fé, ni hace prueba bastante (8), porque la ley no estima por tal la comparacion sola, ántes bien lo dexa al arbitrio del Juez para que la aprecie, ó desprecie (9),

(1) Auth. At si contractus, §. Ut igitur, Cod. de Fide instrum Mascard. de Probat. quæst.6. n 26. (2) Glos. in leg. Plures, Cod. de Fide instrum. verb. *Apocha*. (3) Glos. cit. in dict. leg. Plures. (4) Nebrija in Vocabul. jur. verb. *Sygrapha*. (5) Ley si quis ex argentariis, §. Rationem, ff. de Edendo, & ibi glos. (6) Cap. penult. y ult. de Fide instrum. Decio in cap. 2 eod. tit. col. 1. y ley 55. tit. 18. Patt 3. (7) Ley Instrumenta, Ley Rationes, y ley Exemplo, Cod. de Probat. Auth. Si quis, Cod. Qui potiores in pignor. Auth. de Instrum. cautel. & fide, §. si vero, collat.6. y cap.2. de Fide instrum. (8) Leyes 112. 114. y 119. y sig. tit. 18. Part.3. Greg. Lop en ellas. (9) Ley 118. cerca del fin, tit. y Part. cit.

como dexo sentado, en el n. 343. y asi el cotejo de papeles privados produce efectos muy diversos del de un instrumento publico que se redarguye de falso civilmente por no ser el original, ó por no estar sacado con la debida citacion, porque aquellos por ser simples, como ninguna fé hacen por sí, no les dá el cotejo solo el valor que necesitan; pero en el instrumento, como es indubitado, y la hace a causa de estar autorizado por persona pública á quien se debe dar crédito, y no contiene mas defecto que el de haber sido sacado sin asistencia, ó citacion de la parte á quien perjudica, se subsana este defecto de pura solemnidad con el cotejo, el qual lo remueve, y quita enteramente para que no se dude de su contexto, y se queda del mismo modo que si no se hubiera impugnado; lo que no sucede á los instrumentos privados, si con el cotejo no concurren otros adminículos, segun dejo expuesto; sobre lo qual vease al *Sr. Cov. pract. cap.* 22. que lo trata con claridad. Pero si no se redarguye de falso, ni se objeta defecto que destruya su legitimidad, hará prueba contra quien se produzca, aunque no lo reconozca, ni se compruebe, porque es visto confesarlo, y aprobarlo tácita, y virtualmente por su silencio; lo que he visto declarado, y estimado en juicio.

353 A la quarta especie de prueba pertenecen, como dexamos dicho, los Privilegios, ó rescriptos, y para instruccion del Escribano digo que el Privilegio *es una constitucion del Principe Supremo, en la que concede gracia, ó merced á alguna persona, Comunidad, ó pueblo, ó una ley apartada dada señaladamente á alguno para su utilidad.* (1). Puede concederlo solamente el que tiene potestad de hacer leyes, ya sea de su propio motu, ó voluntad, ó á instancia del agraciado. Si contiene la cláusula: *de motu propio, cierta ciencia, y plenitud de potestad, ó poder absoluto*, no solo es propicio al agraciado, y admite plenisima interpretacion á su favor (2), sino que no se le debe objetar el vicio de obrepcion, ni el de subrepcion (3); pero si carece de ella, se le puede arguir de haber ocultado para su obtencion la verdad intrinseca, y esencial, que es lo que constituye el vicio de *subrepcion*, ó de haber dicho falsedad, y mentira, que es la *obrepcion*, y peor que la

(1) Cap. Privilegia 3. dist 3. cap. Abbate 25. de Verb. signific. y le, es 1. tit. 14. Part. 1 y 2 y 28. tit. 18. Part. 3. (2) Cap. Quamvis 4. de Præbend. in 6. & ibi gles verb. Plenissimæ. (3) Cap. Si motu proprio 23. eod. tit. Ferrar. Biblioth. verb. Privilegium, art. 1. n. 12.

ocultacion, (bien que algunos fundados en derecho (1) tienen por sinónimas estas dos palabras, y afirman que lo mismo significa la una que la otra en la substancia) pues su concesion se entiende siempre con la tácita condicion de que las preces sean verdaderas, aunque en él no se exprese (2); porque si contiene alguno de los dos vicios expresados, no vale (3). Puede ser personal, y real: personal es el que se concede privativamente á una, ó mas personas determinadas, ó por ley general á cierto genero de personas, á las que compete solamente, y no á sus herederos; por lo que no es cedible, ni transmisible, porque á serlo, saldria de la persona agraciada contra la voluntad del concedente (4). El real es el que se concede á la cosa, causa, y accion, y como coherente á ella hace tránsito, no solo á los herederos del agraciado sino á los que suceden en la misma cosa: en caso de dudarse si es personal, ó real, oneroso, ó gracioso, se ha de entender personal, y gracioso (5). Tambien puede ser mixto de real, y personal, gracioso, remuneratorio, puro, convencional, comun, ó de comunidad, y privado, ó de personas privadas (6).

354 Se dividen los privilegios en afirmativos y negativos: los primeros son para dar, hacer, ó percibir cierta cosa; y los segundos para no darla, hacerla, ni pagarla (7). De ellos algunos están incorporados en el derecho, quales son los de las Iglesias, Eclesiásticos, Soldados, menores, estudiantes, labradores, hidalgos, Jueces, Abogados, hijos de familia, Fisco, acreedores, mugeres, &c. Otros fuera de él, v. g. el que por especial

(1) Cap. Quamvis metu 79. caus. 11. q. 3. cap. Falsidicus 1. de Crimine fals. cap. Super litteris 20. de Rescript ley Quidam 1. Cod. Si nuptiæ ex rescript. ley Si quis obrepserit 29. ff. de Leg cornelia, y ley Præscript. 2 Cod. Si contra jus. (2) Cap Ex parte 2. de Rescript. Ferrar. ibi, n 13. y verb. Rescriptum, n. 27. al 49. (3) Leyes 36. y 37. tit. 18. Part. 3. ley Præscriptione 2. Cod. Si contra jus vel util. publ. y cap. Super litteris 20. de Rescript. (4) Ley 19. ff. de Reb authorit. judic. possid. ley unic. Cod. de Privileg. dot. leyes Maritum, y sig. ff. de Re judicat. ley 7. al princip. ff. de Exception. ley 42. ff. de Administrat. & pericul tutor. y §. Fuerat, Institut. de Action ley 1. §. Nam quod Principes, ff. de Constit. Princip. y regla 27. tit. 34 Part. 7 (5) Leyes 3. §. 1. y 4. § 3. ff. de Censib. ley 4. ff. de Jur. immunit. ley 7. §. 1. ff de Except. ley 29. ff. de Judic. y reglas 29. y 68. ff. de Reg. jur. Ferrar. adiccion. dicho art 1. n. 33. y sig. (6) Ferrar. art. 1. cit. n. 1 al 10. (7) Ley Falso 2. Cod. de Divers. rescript. y ley 42. tit. 18. Part. 3. Cast. de Tertiis, cap. 19. n. 2. Garcia de Nobil. glos. 6. ex n. 30.

rescripto se concede á alguna persona, Comunidad, ó Pueblo. Otros son contra el Derecho Comun, porque le derogan, y eximen al privilegiado de la ley á que estaba subordinado, y estos pueden ser concedidos por el Príncipe á sus súbditos solamente; y otros fuera del derecho, por no prohibir éste el acto, cosa ó materia sobre que recae el privilegio; los quales puede conceder tanto á sus súbditos, como á los que no lo son (1).

355 No solo puede adquirirse el privilegio por concesion del Príncipe hecha de su espontanea voluntad por mera liberalidad, ó á súplica del privilegiado, sino tambien por prescripcion, ó costumbre legítimamente prescripta (2), porque ésta tiene fuerza de privilegio, induce derecho, y por ella se adquieren la jurisdiccion, la facultad de exigir tributos, la esencion de pagar diezmos, y otras cosas (3): bien que para adquirir la jurisdiccion en estos dominios, es necesario título con el uso de ella por espacio de 40. años continuos sin interrupcion civil, ni natural; y si no hay título, debe acreditarse la inmemorial (4). Tambien se adquiere el privilegio por comunicacion, ó participacion, que es quando el Príncipe manda que el que concedió á uno, se amplíe, y estienda á otro, y que éste participe de él (5); pero siendo concedido á personas singulares, no se debe ampliar por identidad de razon á otras no expresadas en él, ni de un caso á otro (6). Tampoco se estiende la dispensacion á casos en que milita mayor razon que en los en ellos contenidos, porque es odiosa y restringible por su naturaleza (7); lo que sucede al contrario en la legitimacion, á causa de ser favorable; por lo que para la concesion de ésta no es necesaria citacion de los parientes que deben suceder abintestato, y para la dispensacion sí, aunque algunos

(1) Ferrar. ibi, n. 15. y 16. y leyes 28. á la 34. tit. 18. Part. 3. (2) Cap. Novit 13. de Judic. cap. Conquæst. 8. caus. 9. quæst. 3. cap. Quia sancta 28. dist. 63. cap. Quia per ambitionem 6. dist. 64. y cap. Super quibusdam 26. de Verb. sig. (3) Cap. Duo simul, & ibi glos. de Offic. jud. ordin. Cap. Cum contingat 13. al fin, de Foro compet. cap. Super quibusdam, cit. §. Præterea, & ibi glos. cap. De quarta 4. y cap. Cum olim 18. de Præscript. cap. Sane, 9 de Privil. y cap. Quod alicui 74. de Reg jur. in 6. (4) Ley 1. tit. 10. lib. 5. Rec. y en ella Matienz. glos. 19. hoy es la 6. tit 5. lib. 3. (5) Arg. cap. Cum de Diversis 2. de Privil. lib. 6. (6) Ley 1. §. Permittuntur, ff de Aqua quotidian. leyes Maritum 12. y Quia tale 13. ff. Solut. matrim. y ley Ex pluribus 42. ff. de Adminis. Tu. (7) Cap. fin. de Postul. relat. cap. 1. y 2. de Filis præsbiter. Felin. in cap. Postulasti, n. 8. de Rescrip Mieres de Major. part. 1. q. 4. n. 2.

lo niegan (1). En quanto á la diferencia entre la legitimacion, y dispensacion vease lo que dixe en mi primera parte adicionada, cap. 15. §. 2. á *Ferraris*, verb. *dispensatio*, á *Matienzo* en la ley 10. tit. 8. lib. 5. Rec. que hoy es la 7. tit. 20. lib. 10. Nov Rec. glos. 1. y á los que citan.

356 Asi como quando las cosas están claras, no necesitan interpretacion (2), por el contrario, quando están obscuras, la admiten, por lo que la de los privilegios es de quatro maneras. La una se llama *extensiva*, y es aquella por la qual la disposicion legal se extiende á otro caso, ó persona fuera de las palabras de la ley, y de la mente del Legislador, mas no contra la intencion de éste (3). Otra *comprehensiva*, y es la que hace fuerza por las palabras de la ley, y no por la mente del Legislador; la qual se verifica quando la decision de la ley se transfiere, y amplia á otro caso, ó persona no comprehendida en ellas, pero sí en la voluntad del Legislador, que es la que debe ser atendida, y no las palabras con que la manifiesta ó explica (4). Otra *autoritativa*, ó *auténtica*, *difinitiva*, ó *judicial*, y es la que hacen el Principe que concede el privilegio, ó su sucesor; y á ésta se debe estar asi en juicio, como fuera de él (5). Y la otra *doctrinal*, ó *magistral*, la que pueden hacer los Doctores, maestros, y personas versadas en el derecho; pero ésta, aunque hace autoridad, ú opinion, no induce necesidad, ni obligacion de asentir á ella, como á la otra (6). Supuesto lo referido, digo que los privilegios que son contra el Derecho Comun, ó ceden en detrimento de tercero, se deben interpretar estrechamente. Lo I.° porque todo receso, ó apartamiento de este derecho es odioso (7), y las cosas odiosas se deben restringir. (8). Lo II.° porque no es visto derogarlo, ni querer privar el Principe al privilegiado del que

(1) Auth. Quibus mod. natural. effic ligitim §. Sit igitur licent. Matienz. en la ley 10. tit. 8. lib. 5. Rec. glos. 1. n. 15. y sig. (2) Ley Licet Imperator, ff. de Legat. 1. ley Ille aut ille, ff. de Legat. 3. cap. Ad audientiam, de Decim. cap. Porro 7. y Recepimus 8. de Privileg. (3) Argum. cap Cum dilecta 4. §. Nos igitur, de Confirmat. util. (4) Ley Scire 16. ff. de Legib. cap Humanæ aures 11. caus. 22. quæst 5. y cap. Certum est, 88 de Reg jur. lib. 6 (5) Leyes Inter æquitatem 1. Leges 9. y Si imperialis 12. Cod. de Legib. cap. Inter alia 31. de Sentent. excomm. y cap. Cum verissent 12 de Judic. (6) Ferrar. Bibliot. verb. Privilegium, art. 2. n. 21. al 24. (7 Cap Is qui 1 y cap. Si quis 2. de Filiis Presbyter. in 6. (8) Cap. Odiosa 15. y Quæ à jure 28. de Reg. jur. in 6.

tiene adquirido, á ménos que el mismo privilegio lo exprese (1). Los que no son contra derecho, sino fuera de él, ni ceden en perjuicio de tercero, por ser unas meras gracias, ó beneficios del Soberano, se han de interpretar latamente (2). Si este concede privilegio por el que hace donacion de villa, castillo, ú otro lugar poblado, ó que se pueble despues, se ha de entender esta donacion con arreglo á lo que ordena la ley 9. tit. 4. Part. 5. por las siguientes palabras: *Pero decimos que quando el Emperador, ó el Rey face donacion á Eglesia, ó á Orden, ó á otra persona qualquier, asi como de villa, ó de castillo, ó de otro logar en que oviese pueblo, ó se poblase despues, si quando gelo dió, otorgó por su privilegio que gelo daba con todos los derechos que habia en aquel logar, é debia haber, non sacando ende ninguna cosa: entiendese que gelo dió con todos los pechos, é con todas las rentas que á él solian dar é facer. Pero non se entiende que él dá ninguna de aquellas cosas que pertenecen al Señorío del Reyno señaladamente, asi como moneda, ó justicia de sangre. Mas si todas estas cosas fuesen puestas, é otorgadas en el privillejo de la donacion, estonce bien pasaria al logar, ó á la persona á quien fuese fecha tal donacion, salvo ende que las alzadas de aquel logar deben ser para el Rey que fizo la donacion, é para sus herederos, é deben facer guerra, é paz por su mandado* (3).

357 La confirmacion es ratificacion, y corroboracion del derecho adquirido (4); y la de privilegios es un rescripto, por el qual el Príncipe ratifica, corrobora, y da vigor al primero habido, y expedido legitimamente, pues el que es nulo, no se puede confirmar (5), y el que confirma simplemente algun acto, no es visto confirmar el que contiene nulidad (6). De dos maneras se hace la confirmacion: la una en forma comun simple, y ordinaria, y la otra en forma especifica, y de cierta ciencia. La primera es aquella, por la qual se confirma el derecho, ó privilegio sin

(1) Cap. Super eo, de Offic. delegat. cap. Licet, de Offic. ordinar. cap. Cum capella 16. Pastoralis 19. y Dudum 31. de Privileg. & ibi glos. & DD. Ferrar dicho art. 2. n. 19. al 28. (2) Cap. Cum olim. 16. de Verb. signif. ley Benef. 3. ff. de Constit. Princip. cap. Odiosa, cit. y cap. Quia circa 22 de Privil. ley 27. tit. 18. Part. 3. y regla 28. tit. 34. Part. 7. (3) Vease á Hermos. en la ley inserta glos. 1. ex n. 36. (4) DD. in rubr. de confirm. utili, vel inutili. (5) Ley Nam & sub conditione. § Post defectum. ff. de Injusto rup. testam. (6) Cap. Ex parte, de Constit. cap. Dudum, de Dec. y ley An jure nostro, ff. de Testam. Mieres de Major. part. 4. n. 9. al 13.

que preceda conocimiento de causa, ni darle mas valor, ni vigor, ni tampoco concederle nuevo derecho; de modo que lo dexa en el estado en que ántes se hallaba, ya sea el de válido, ó inválido (1). La confirmacion en forma específica es la que se hace con pleno conocimiento, y examen del privilegio, y de todas sus circunstancias, de tal suerte que no solo corrobora el privilegio válido, y dá nuevo derecho al privilegiado, sino que revalída, y de nuevo concede los privilegios revocados, y asi viene á ser nueva concesion (2). Debe inferirse que hubo este conocimiento en la expedicion de un privilegio quando contiene estas cláusulas: *de cierta ciencia = de plenitud de potestad, ó de poder absoluto = No obstante qualesquiera leyes, decretos, usos, costumbres, y estatutos en contrario, pues los derogo, caso, y anulo, &c.* y otras semejantes; ó quando en el privilegio de confirmacion se inserta el primitivo confirmado, que es lo mas seguro para evitar dudas, como se ordena en la ley que en el n. 364. citaré. Se divide la confirmacion en util, y en inutil: se llama *util* la que es válida, y tal que el Juez no puede contravenirla, ni aun tomar conocimiento de ella (3): é *inutil*, quando es de ningun valor, por haber sido obtenido el privilegio con vicios de obrepcion, y subrepcion (4); ó por contener defectos substanciales segun las leyes, que no se subsanan con especificacion en su confirmacion; pues las cosas contrarias á derecho nunca se entienden confirmadas, excepto que el Principe las conceda nuevamente (5).

358 No goza de privilegio el privilegiado contra el que lo es igualmente (6), por lo que el menor no es restituido contra otro menor (7); lo qual se limita, lo I.° para con el que es dos veces privilegiado, ó tiene doble privilegio, pues éste goza de él contra el que lo es solamente una (8). Lo II.° quando el uno trata de adquirir lucro, ó utilidad, y el otro de evitar su daño, pues éste

(1) Cap. Cum dilecta 4. de Confirmat. util. cap. Quia diversitat. 5. de Conc. Præb. y cap. Præceptis 2 dist. 10. y ley 2. tit. 18. Part 3. verb. Pero si fuere de confirmamiento, & ibi glos. 10 (2) Arg. cap. Sicut. grave 1. de Trans. Ferrar. dicho. art. 2. n 2. al 6. (3) Cap. Si quis 1. y cap. De confirm 3. conf. util. (4) Cap. Bonæ memoriæ 3 Ad nostram 5 Porrect. 6. y examinata 7. de Confirm. util. y cap. Super litteris 20. de Rescript. Ferrar. ibi n. 7. al 9. (5) Glos. in leg. 2. Cod. de Feud. Saticet. in leg Authorit. Cod. Unde vi, Abb. in cap. Quisquis, de Elect. (6) Ley sed & milites 8. ff. de Excusat. Surd. de Alim. tit. 9. quæst 30. (7) Grac. discept. forens. c. 661. n. 13. (8) Cephal. cons. 748. n. 18. Thusc. litt. P. concl. 761. n. 12. Barb. lib. 14. cap. 83. axiom. 26.

gozará del suyo contra aquel (1). Y lo III.º para con el privilegiado específico, porque prefiere al genérico (2). En concurso de dos privilegios uno general, y otro especial, vale éste, porque el género se deroga por la especie (3). Pero el privilegiado que atropella y quebranta otro privilegio debe ser privado del suyo (4), por ser justo no se conserven los derechos, y prerrogativas al que se atreve á vulnerar, y despreciar las agenas, ántes sí que se le trate del modo que trata á los demás (5).

359 Siendo personal el privilegio, cesa, y se pierde, ó extingue por muerte de la persona á quien singularmente se concedió, y no es transmisible como dejo expuesto (6). Mas no por la del concedente, ni por la deposicion de su oficio, si es concedido absolutamente (7), pues siendolo con alguna condicion, ó limitacion á tiempo cierto, cesa con la muerte del concedente (8); pero no si lo es con la clausula *hasta que lo revoque*; porque para la revocacion se requiere acto nuevo positivo contrario, el que no se verifica por sola la muerte del concedente, sino únicamente cesacion de su voluntad, ó falta de continuacion en ella por la de existencia, lo qual es muy diverso (9). Siendo real, cesa por extincion de la cosa privilegiada (10), lo qual procede quando se extingue ó perece sin que haya esperanza de repararse, ó volverse al estado que ántes tenia, y no en otros términos (11).

360 Se extingue asimismo por las siguientes causas. La I.ª quando cesa la final porque se concedió, pues no basta la impulsiva que movió á su concesion, lo qual se entiende del privilegio que deroga el derecho comun, ó el de algun tercero, mas no del que proviene de mera liberalidad, y munificencia del Príncipe, y no es derogatorio de aquellos, pues éste como no requiere causa, se conserva, aunque cese la que motivó su concesion (12).

(1) Ley 1. Cod. Si adversus Fiscum, ley ult. ff. Ex quibus causis major. y ley Verum §. ult. ff de Minor. (2) Barbos. ibi Menoch. cons. 52. n. 49. Mangil. de Imputat. quæst. 18. n 25. (3) Ley 90. ff. de Reg. jur. cap 1. de Reg. jur. in 6. (4) Cap. Dilecti 4. de Privil. (5) Cap. Sic decet 22. caus. 25. q. 2. cap. Cum omnes 6. de Constitut. y cap. Porro, de Privil. & ibi Hostiens. & Abb. n. 1. (6) Ley In omnibus causis 68. y Privil quædam 196. ff. de Reg. jur cap. Privil 7. de Reg. jur. lib. 6. y regla 27. tit. 34. Part. 7. (7) Cap. Si super gratia 9. de Offic. deleg. in 6. y cap. Si cui 20. de Preb. eod. lib. 6. (8) Cap. Si gratiosæ 5. de Rescript in 6. (9) Suar. lib. 8. de Legib. cap 32. n. 20. y sig. Menoch. de Arbitr. Judic. lib. 1. quæst. 63. n. 17. Fer. ibi art. 3. n. 5. (10) Cap. Accesorium 42. de Reg. jur. lib. 6. (11) Ferrar. dicho art. 3. n. 6 al 12. Reinf. lib. 5. Decret. tit. 33. n 171. al 175. (12) Cap. Cum cessante 60. de Appellat. Abb.

La II.ª por haber espirado el tiempo porque se concedió (lo qual se verifica en el temporal, y no en el perpetuo) ó porque falta la condicion en él puesta (1). La III.ª por renunciacion que de él haga libre, y expontaneamente el sugeto privilegiado, lo qual se entiende quando fué concedido singularmente á su persona, pues cada uno puede abdicar de sí, y renunciar lo que está establecido en su personal y privativo beneficio (2); pero si lo fué principalmente al de alguna Iglesia, Comunidad, Pueblo, Estado, Universidad, ó Dignidad, no se extingue, ni pierde, por renunciarlo alguno, ó algunos de los individuos de estos cuerpos (3). La IV.ª quando empieza á ser nocivo, pues entónces cesa por sí mismo (4). La V.ª por convertirse en daño de muchos (5). La VI.ª por abusar de él la persona privilegiada (6); bien que por esta causa no siempre se pierde de derecho, por lo que es menester que recaiga sentencia declaratoria. La VII.ª por no usar de él en juicio para su defensa el agraciado, siendo demandado, ó no apelar de la sentencia condenatoria (7); ó fuera de juicio en el discurso de diez años entre presentes, y treinta entre ausentes, lo qual se entiende quando es afirmativo, y concedido con gravamen de tercero, y sin embargo de haber ocurrido al privilegiado ocasion de usar de él, no lo hizo sabiendo que lo tenia, pues por esta omision es visto renunciarlo tacitamente (8). Pero si es de pura gracia, y no cede en detrimento de tercero no se pierde por el no uso, porque este acto es de libre facultad, que no induce renunciacion, ni prescripcion, y ésta jamás se dá ni verifica en las facultades, y arbitrios voluntarios del hombre (9). La VIII.ª por el contrario uso siendo privilegio negativo, y oneroso á otro, ú otros sugetos; mas no si es puramente gracioso,

in Cap. Sugestum 9. de Decim. Suar. dicho lib.8.cap.30.n.1.Reinf. ibi, n.184. y 185.

(1) Arg. cap. De causis, 4. de Offic. deleg Ferrar. ibi n.19. y 20. (2) Ley Si quis In conscribend.29. Cod. de Pact. cap. Si de Terra 6. de Privil. (3) Cap. Si diligenti 12. de Foro compet. (4) Cap. Quod ob gratiam 61. de Reg. jur in 6. (5) Ley 43. tit.18. Part 3. verb. Otrosi decimos::: (6) Ley 42. tit.18. Part. 3. al fin cap. Ubi ista 7. dist. 47. cap. Privilegium 63. caus.11. q.4. y cap. Ut privil.24. de Privil. (7) Dicha ley 43. verb. Otrosi decimos: al fin tit. 18. Part.3. (8) Ley 42. tit.18. Part.3. ley 3. tit 7 Part.5. al fin, ley Nundinis, ff de Nundinis, cap. Cum Super 23. de Offic. delegi cap. Si de terra 6 de Privil. Garcia de Nobilit. dicha glos.6. n.38. Matienz en la ley 1. tit.10. lib.5. Rec que hoy es la 6 tit.5. lib.3. glos.17. (9) Ley 2. ff. de Via publ. Ferrar.dicho art.3. n.35. y verb. Præscriptio, art. 1. n. 17.

y á nadie gravoso (1). Pero el que alega haberse perdido por el no uso, ó por uso contrario, debe probarlo, porque es el fundamento de su intencion (2); si es de confirmacion debe probar que se ha usado el que lo presenta, y no el que lo niega. Si en el posterior se dice, *salvos los derechos de los privilegios de otros*, deben presentar los suyos todos los privilegiados, y valdrán solamente los primeros (3); porque entre el privilegio, y su confirmacion hay la diferencia, de que en la confirmacion nada se pone, ni afirma, ni se concede nuevo derecho, antes bien todo se entiende condicionalmente, pero en el privilegio es al contrario (4).

361 La nona y ultima causa porque cesa, y se pierde, ó extingue el privilegio, es por revocacion, ó derogacion hecha por el concedente, ó por su sucesor, ó Superior. La revocacion puede ser *expresa*, ó *tácita*, y la expresa *especial*, ó *general*. Se llama especial, quando en ella se nominan cierto, ó ciertos privilegios determinados; y *general*, quando genéricamente se revocan todos los privilegios contrarios á cierta ley, constitucion, ó decreto. La revocacion general es de dos maneras; *comun*, y *extraordinaria*: la comun es la que se hace por cláusula general comun, qual es esta, *No obstante qualesquiera privilegios*, por cuya cláusula, puesta en el privilegio posterior sin otra expresa, ni especifica mencion, no se revocan los incorporados en el derecho; y la razon es, porque se debe evitar quanto sea posible la correccion de éste, la que no se presume, sino se expresa claramente (5), como tambien porque por la general derogacion no se juzga abolirse, ni quitarse el derecho especial que tiene, sin que preceda y exprese una razon especial, excepto que el Principe lo diga, pues si éste lo quisiera, lo expresaria (6); ni tampoco se quitan, ni suprimen los privilegios existentes fuera del cuerpo del derecho, si están concedidos con la clausula *de que no se entiendan revocados, excepto que de ellos se haga especifica mencion en el de revocacion.* Pero se entenderán serlo, si contuvieren cláu-

(1) Dicha ley 43 al principio. Suar. dicho lib. 8. cap. 34 n. 20. y cap. 35. n. 1. y 22. Reinf. lib. y tit. cit. n. 212. y 213. (2) Greg. Lop. en la ley 42 cit. glos 8. al fin. (3) Ley 27. tit. 18. Part. 3. & ibi glos. 2 á la 7. (4) Cap. Cum dilecta, de Confirmat. util vel inutil. y cap. Quia diversitatem, de Conces Præb. (5) Arg cap. Cum expediat, de Elect. in 6. (6) Cap. Inter corporalia 2. de Translat Episc. §. Sed neque: cap. Audientiam 12. de Decim. y cap. Quia circa 21. de Privil. y ley 37. tit. 28. Part. 3.

sulas generales extraordinarias, v. g. *No obstante qualesquiera privilegios concedidos con qualesquiera cláusulas, ó forma de palabras*; ó con las que: *se deba hacer mencion literal, y especifica de los anteriormente concedidos, pues sin embargo de esto se revocan, y dán por referidos, é insertos á la letra, como si lo fueran, para que jamás valgan, ni de ellos se pueda usar.* Si el privilegio fue concedido por modo de contrato, ó por remuneracion de méritos y servicios, no se juzga revocado por la cláusula general comun, á ménos que en el posterior se ponga esta especifica, y particular expresion; y la razon es, porque esta revocacion cede en perjuicio de tercero, á quien por ella se pretende privar del derecho que tiene adquirido, y no se presume que el Principe quiere quitarselo sin causa, miéntras no lo exprese, excepto que se interese la causa pública, que siempre prefiere á la privada (1).

302 La revocacion tácita se hace por acto del Principe directamente contrario al privilegio, ó que no puede subsistir, ó no tener efecto el fin para que se dió, si no se revoca el anterior, con tal que se presuma acordarse de éste; de modo, que por la ley general, que no revoca expresamente los privilegios, se juzgan tacitamente revocados los que están en el cuerpo del derecho, porque como estos pertenecen á las leyes universales, se presume que el Legislador las sabe, y que revoca la primera que contiene el privilegio del Derecho Comun, aunque en la posterior no lo exprese. Pero no se contemplan revocados los que existen fuera del cuerpo del derecho, á ménos que de ellos se haga referencia, porque como contienen derecho privado, y hecho particular, y no se presume que el Legislador lo sabe, se sigue que no se entiende haber querido revocarlos, miéntras no lo diga. Tampoco se revoca el privilegio primero por el posterior contrario, excepto que de él se haga especial mencion, porque como el privilegio es un derecho privado, y particular, se presume que el Principe concedió el segundo con ignorancia del anterior, y por consiguiente que esta concesion fue subrepticia, y como tal nula (2). Se advierte, que por la sentencia proferida contra el privilegio por el Principe que pudo concederlo, no se revoca tácitamente, sino

(1) Leyes 27. verb. E si fueren: & ibi glos 3. y 39. al princ & ibi glos. 2. tit.18. Part.3. ley Quæ ex relationibus, & ibi Bald. Cod. de Legib. & ibi glos. y cap. veniens, de Præscript. Ferrar. Biblioth. dicho art 3. n.39. al 46. (2) Dicha ley 39. tit.18. Part.3. Ferrar ibi n.46. al 49.

que se reprueba, y desecha como inválido, y defectuoso (1).

363 Antes de la Era de 1442. que corresponde al año de 1404. se expedian los privilegios, ó cartas de donaciones, y mercedes reales de dos modos. El uno por Albalá, ó cédula firmada por el Rey, y sellada con sello de plomo, ó cera, ó con otros signos de que usaban los Reyes; y el otro con sello en forma de rueda, y expresion de los nombres del Rey, Reyna, Infantes, y demás Proceres, y Ministros que los confirmaban, á cuyos privilegios llamaban *rodados* (2). En las Cortes celebradas en Valladolid el referido año por el Señor Rey Don Juan el II. se estableció que no se hiciesen dichas donaciones sin acuerdo de los de su Consejo, ó de su mayor parte, y número de personas, exceptuando los oficios menores de la Casa Real, limosnas, y otras cosas que expresaba la ley 5. tit.10. lib.5. Recop. y actualmente se despachan los títulos, privilegios, y sus confirmaciones por el Real, y Supremo Consejo de la Cámara, en virtud, y á conseqüencia del Real Decreto de la concesion de la gracia que precede, se refrendan por el Secretario de la Cámara, los firman, ó rubrican los Señores de ella á la espalda de la firma real, se registran, y sellan en la Chancillería, ú oficina del Real sello, y se toma la razon de ellos en las Contadurías que á su final se previenen.

364 Todo Privilegio Real antiguo, ya sea, ó no rodado, para hacer fé en juicio, debe contener el nombre del Rey que lo concedió, los años de su reynado, el dia, mes, y año, ó Era, y Pueblo de su concesion, y mencion especifica de la cosa que se concedió: Debe tambien estar sellado con el sello, ó señalado con el signo que usaba, refrendado del Notario, ó Escribano (ó llamese segun oy *Secretario*) ante quien se expidió, y registrado en los libros de mercedes, y ademas de no estar roto, cancelado, ni sospechoso en parte substancial, debe ser conforme á los que aquel Rey expedia (3); lo qual deberá acreditar precisamente con otros indubitados el que lo tiene, si se le niega ser suyo, por contener defectos substanciales que lo constituyan sospechoso, ó por otro motivo, aunque tenga sello de plomo, ó cera, porque como éste pende de hilos, se puede quitar de uno, y poner en otro quando se quiera, y asi este sello por sí solo poco valor le da. Conteniendo

(1) Ferrar. ibi n.50. (2) Leyes 2. y 4. tit.18. Part.3. (3) Leyes 2, 3. 4. 44. 111. y 114. tit. 18. Part. 3.

todos los requisitos expresados, hace prueba en juicio en todas cosas, lo que no sucede á las cartas selladas por otros, pues prueban solamente contra ellos (1). Si es rodado, debe contener á mas de lo expuesto, los requisitos que prescribe la ley 2. tit. 18. Part. 3. y siendo de confirmacion, insertarse en éste el confirmado, para que no se dude que lo fué con conocimiento de causa, como lo manda la ley (2). Pero se debe tener presente lo I.° que el traslado del privilegio no hace fé, á ménos que el Rey lo mande sellar, ó que se compruebe con su original, manifestando éste el privilegiado (3). Lo II.° que el privilegio, ó carta obtenida sin poder del dueño del pleito, no vale, excepto que el que lo obtuvo sea de los que pueden comparecer en juicio sin él (4). Y lo III.° que el rescripto ganado por uno de los socios aprovecha á sus consocios (5). Acerca de las donaciones hechas por el Señor Rey Don Enrique IV. vease la ley 9. tit. 5. lib. 3. Nov. Rec. y de las del Señor Don Enrique II. en caso de reversion á la Corona, la 10. y 11. tit. 17. lib. 10. del propio libro que la declara. Sobre otros particulares relativos á este punto veanse tambien las leyes 1. á la 53. tit. 18. de la Part. 3. á *Ferraris* adiccionado, verb. *Privilegium*, y verb. *Rescriptum*, y las leyes, y AA. que cita, como tambien lo que explicaré en el cap. siguiente; pues para dar al Escribano una idea, y tintura de esta materia, me parece suficiente lo explicado.

365 Los libros de cuentas que los Mercaderes, y otros tienen en su poder, en los que sientan lo que dicen les deben, (que es la ultima de las tres clases de prueba contenidas en la quarta especie) no prueban sino contra ellos mismos, pero si incluyen cantidad cierta, y á la verdad es mayor el débito, pueden sus herederos probarlo, á ménos que aquellos juren en el testamento que no es mas, ó remitan el exceso al deudor, pues entónces no se debe admitir prueba á los herederos, ni pueden pedirlo (6). Si los libros contienen varias partidas en pro, y contra, ha de aceptarlas, ó desecharlas en el todo el que los tiene, porque se le prohibe admitir lo favorable, y repudiar lo adverso (7). De estas clases de ins-

(1) Ley 1. tit. 20. Part. dicha. (2) Dicha ley 2. verb. E si fuere de confirmamiento, & ibi glos. 8. (3) Dichas leyes 44. al fin, y 114 verb. E todo esto. (4) Leyes 10. tit. 5. y 39. al principio tit. 18 Part. 3. & ibi glos. 4. y cap. Nonnulli, §. Sunt & alii, de Rescript. (5) Ley 40. tit. 18. Part. 3. & ibi glos. unic. (6) Ley 121. dicho tit. y Part. (7) Salg. part. 3. Labirint. cap. 4. n. 32. Noguerol allegat. 33. n. 35. Escobar de Ratiocin. cap. 13. n. 10.

trumentos tratan con bastante extension *Reinf. lib. 2. Decret. tit. 22. §§. 5. 6. y 7.* y otros AA. que cita, con muchas especies dignas de saberse por los Letrados.

366 La quinta especie de prueba es *por vista ocular, y evidencia de la cosa, ó hecho*; la qual induce notoriedad, y así ninguna es mejor que ella (1). En los casos en que puede recaer, y consistir, como son sobre edificios, términos de pueblos, y heredades, injurias graves, y otros semejantes, á que asiste, ó puede asistir el Juez, hace fé, y prueba (2). Pero es de advertir, que sin preceder este requisito en los casos en que es preciso, no debe el Juez dar el pleito por probado, como lo dice la ley 13. al fin, tit. 14. Part. 3. ibi. *Ca en qualquier destas razones non debe el Juzgador dar el pleito por probado, á ménos de ver él primeramentè quál es el fecho, por qué ha de dar su juicio, é en qué manera lo podrá mejor, é mas derechamente departir*, por lo que puede admitirse hasta despues de la conclusion. Si las partes no piden la vista ocular, puede el Juez de oficio mandarla hacer ántes de la sentencia para mejor proveer, asistir á ella, y nombrar perítos que la hagan, y si se pide en la prueba, han de ser juramentados dentro de ella los inteligentes que se nombren.

367 La sexta es por *presuncion*, ó *conjetura*, la qual es una razonable prueba de cosa dudosa, que se colige de argumentos, é indicios que vienen freqüentemente por las circunstancias de las cosas. Hay presuncion *de derecho, de hombre y de hecho*. La de derecho es la que está expresa en él, y por ella se determina alguna cosa verídica, y cierta, la qual hace plena prueba, siendo bien determinada por la ley (3), y la llaman los Legistas *juris*, ó *de jure*, y quando no la determina, la llaman *juris tantum*. La de hombre es la que no está en el derecho, y solo por las circunstancias que concurren, concibe alguna cosa el prudente; pero ésta no hace prueba, aunque sea del Juez, porque como hombre puede engañarse, excepto que sea grande ó manifiesta, pues entónces se eleva á la esfera de evidencia (4). La presuncion de hecho es aquel concepto, que se forma por las ocurrencias pasadas, ó futuras de lo que sucedió, y puede suceder, como lo dicen estos versos:

(1) Ley Magistros 7. Cod. de Professoribus, cap. Manifesta 15. caus. 2. quæst. 1. (2) Ley 8. verb. *Otrosí hay otra manera de prueba*: y ley 13. tit. 14. Part. 3. (3) Leyes 8. 10. y 12. tit. 14. Part. 3 (4) Ley 11. tit. 14. Part. 3. Menochio de Præsumptione, lib. 1. q. 3. y 60. Card. de Luca de Judic. disc. 33.

Rumor de veteri faciet ventura timéri.
Crás poterunt fieri turpia, sicut heri.

y ésta tampoco hace prueba. El que quiera instruirse de la materia de presunciones, y sus efectos, quando concurren muchas, en qué se diferencian de las conjeturas, é indicios, y otras cosas dignas de saberse, vea á *Menochio* en su tratado, al *Sr. Castill. lib.* 4. *Controvers. cap.* 2. y á otros que cita *Reinf. lib.* 2. *tit.* 23. §§. 1. *al* 14. La sentencia dada en virtud de presunciones, no se debe mandar executar sin embargo de apelacion, ó suplicacion: si no hay otras pruebas, y no se apela de ella, pasa en autoridad de cosa juzgada (1), y es lo que se practica.

368 La séptima es por *ley*, ó *fuero*, y se debe tener presente, que si los colitigantes son estrangeros, y la controversia es sobre contrato celebrado en su Reyno, ó sobre cosa que en él existe, se ha de decidir con arreglo á las leyes, y fueros que en él se observan, haciendolos constar; pero si la cosa existe, ó el contrato se celebró en éste, se debe resolver por las de él, porque las del suyo no tienen aqui fuerza de tales (2). Si son regnícolas, se ha de observar lo que manda la ley 1. de Toro, que es la 3. tit. 2. lib. 3. Nov. Rec.

369 La octava especie de prueba, y última pregunta general, de que traté en el num. 310. es *por fama, y notoriedad*, y asi se articula en los interrogatorios: *que los testigos digan de público, y notorio, pública voz, y fama, y comun opinion*; y para que el Escribano no ignore lo que es, qué efectos produce, ni qué cosas se requieren, á fin de que haga prueba, digo que la fama es de dos maneras; *de hombre, y entre los hombres* (3). La de hombre es comun opinion manifestada con palabras, pero que proviene de sospecha (4), ya se dirija á buena, ó mala parte: siendo á buena, es argumento de virtud (5), y siendo á mala, se llama *infamia*, que es privacion de fama, ó pérdida del buen nombre, y reputacion que el hombre tiene entre los demás con quienes vive, y le desune, y sepára de su sociedad (6). La fama

(1) Cur. Philip. ilustr. part. 1. §. 17. n. 37. (2) Ley fin. tit. 14. Part. 3. (3) Fagnan. in cap. Vestra, n. 27. de Cohabit. Clericor. (4) Lex in dict. n. 8. (5) Lex in cap. in Genesi, n. 66. de Election. (6) Glos. in leg. Cognition. ff. de Var. extraord. cognit. verb. Existim.

entre los hombres no es otra cosa que una pública, y comun opinion que (1), á veces procede de ciencia, otras de sospecha, y otras de cierto, é incierto Autor (2). *Notorio* se llama un hecho, ó derecho que pasa á noticia de todos, ó de la mayor parte del Pueblo, ó comunidad, y asi no necesita probarse, y basta alegarlo por tal.

370 La fama entre los hombres es de dos maneras: una quando se dice de alguno si es bueno, ó malo; y otra de hecho particular bueno, ó malo (3); y ésta por razon de su origen se puede distinguir de tres modos. El I.° quando es vana voz del vulgo, ó rumor del Pueblo, que no tiene Autores ciertos, ni razones probables para que el hecho sea creído, la qual no debe ser atendida, ni estimada por tal (4). El II.° quando se origina de algunas personas malévolas, y sospechosas, que por su propia utilidad, y comodidad, ó por malevolencia esparcen aquella voz, y ésta tampoco es fama ni merece otra cosa que su absoluto desprecio (5). El III.° quando trae su origen de personas graves, y timoratas. Asi propiamente (6) se llamará *fama*, ó hecho notorio, ó manifiesto, quando todos los vecinos ó la mayor parte del Pueblo afirman, por haberlo visto, ú oido á personas ciertas, y fidedignas que lo vieron; á diferencia del *rumor*, pues para éste basta que algunos lo digan, sin señalar el Autor de quien lo saben (7).

371 El efecto de la fama originada de personas timoratas, y fidedignas, es hacer regularmente semiplena probanza; bien que se dexa al arbitrio del Juez, el graduar el aprecio que merezca, atendidas la qualidad de ella, las causas, conjeturas, y personas de quienes trae su origen, la gravedad del negocio contencioso, y otras circunstancias, por lo qual aunque sobre hacer prueba semiplena en materias civiles, están vacilantes los AA. porque es falláz, y facilmente siguen muchos el dicho de uno (8), como la experiencia lo acredita; en los negocios criminales no la hace,

(1) Nebrija in Vocab. jur. verb. *Famá*. Fagnan. loco cit. n. 38. (2) Canon Sanctum est, de Consecrat. dist. 4. Specul. tit. de Notor. crimin. §. Fama est. (3) Ley 3. §. Ejusdem, ff. Hoc tit. Mascard. concl. 794. n. 4. (4) Ley Decurionum filii, Cod. de Pœnis, cap. Osius Episcopus 2. de Election. & ibi glos. verb. Populi. (5) Cap. Qualiter, & quando 24. de Accusation. (6) Dicho cap. Qualiter, y cap. Licet ex quadam 47. hoc tit. (7) Fagnan. in cap. Vestra, n. 44. eod. tit. (8) Abb. in cap. Veniens ad nos 10. n. 8. Felin. n. 11. hoc tit. Reinf. lib. 2. tit. 20. §. 12. n. 400. y 401.

porque debe ser clara como la luz, concluyente, é indubitada, y no se han de determinar por sospechosas (1).

372 En hechos antiguos que exceden la memoria de los hombres, prueba plenamente (2); como tambien en cosas de leve perjuicio (3); en las de dificil prueba (4); y quando concurren con ella otros adminiculos, y presunciones (5); ó se trata del remedio *reintegrandæ*, para que el despojado sea restituido (6); ó de evitar pecado (7); ó de probar la muerte de alguno en guerra, naufragio, ó parte remota, como sentè en el n. 171. ó quando la opinion de todos los hombres del Pueblo es de la certidumbre inmemorial de aquella cosa; ó la ley quiere que baste la fama para la prueba de algun hecho, y en otros casos que trae *Mascard. conclus.* 154. desde el num. 22.

373 Como en derecho se presume que la vida del hombre puede llegar á cien años (8), hay discordia de pareceres acerca de si por fama se podrá probar la muerte del ausente, cuyo paradero se ignora. Unos lo niegan absolutamente, fundados en que se requiere nuncio ó portador cierto de la noticia (9), porque la fama suele traer su principio de Autor incierto, y á veces falso, por lo que no prueba integra, ni ciertamente (10). Otros lo afirman, con tal que con la fama pública concurra la ausencia de diez años del que se dice difunto (11). Y otros, (y es la opinion segura) distinguen: Si há poco tiempo que se supone muerto, v. g. cinco años, ó ménos, ó el Pueblo en donde se dice que murió está cercano, es menester que depongan dos testigos fidedignos haberlo visto enterrar, como lo manda la ley (12), pues no basta la fama de su muerte. Si por la distancia del Pueblo no se pudiere justificar esto, para que la prueba se pueda llamar cierta en

(1) Ley 12. tit. 14 Part. 3. ley Qui sententiam, Cod. de Pœnis, ley Absentem. ff. eod. tit. y ley fin. Cod. de Probat. (2) Cap. Cum causam 13. de Prob. Mascard. cons. 754 n. 7. (3) Lex de Minore cit. Masc. ibi n. 8. y 17. Abb. in dict. cap. Veniens, n 9. (4) Masc. concl. 754. dicha n. 22. (5) Cap. Præterea, de Testibus, cap. 1. de Appell. y cap. Illud quoque, de Præsumpt. lib. 6. (6) Masc. ibi, n. 24. (7) Cap. Super eo, & ibi glos. fin. de Consang & affin. (8) Leyes fin. Cod. de Sacros. Eccles. An usufr. ff. de Usufr. y 26. tit. 31. Part. 3. Menoch. præsumpt. 49 n. 9. lib. 6. Cov. lib. 2. Var. cap. 7. n 6. (9) Cap. In præsentia, de Spons. Sanchez de Matr. disp. 41. in Summar. lib. 2. q. 3. n. 13. (10) Cap. Vestra, de Cohab Cleric. Sanchez ibi Abb. in cap. In præsentia, cit. n. 6. (11) Jul. Clar. lib 5. Recept. §. Fornic. vers. penult. Gom. en la ley 80. de Toro, n. 31. vers. Hodie tamen. Perez en la 3. tit. 1. lib. 5. Orden. al fin. (12) Ley 14. tit. 14. Part 3.

el moral concepto, es preciso lo I.° que la fama esté auxiliada de otros adminículos, á saber; la universalidad de ésta, y de la larga distancia del Pueblo en que se asegura haber muerto: que la ausencia exceda de diez años (1); si tenia edad abanzada; si estuvo en la guerra sin volver despues de algun tiempo, como el de un año, en que se esperaba su regreso (2). Lo II.° que se acredite á lo ménos con dos testigos mayores de toda excepcion, que depongan haberlo oido á otros fidedignos que nombre, y públicamente á la mayor parte del Pueblo, (por no ser suficiente el que digan haberlo entendido públicamente, pues puede suceder que en publicidad lo entendiesen de uno solo) y que expresen de qué personas ha nacido la fama, y que éstas sean próvidas, y honestas, sin ningun interés. Lo III.° que concurra causa razonable de que dimane, ó se origine la fama, v. g. si el supuesto difunto se embarcó, hubo alguna tempestad, no volvió quando se le esperaba, ni la nave tampoco; y ni de él, ni de ésta se supo por mas exactas, y esquisitas diligencias que se practicaron en su busca, en los parages en que podia hallarsele, y otras que especifican los AA. (3); pues la fama debe traer su origen de noticias probables, y la vana voz del vulgo que carece de Autor no solo cierto, sino fidedigno, y de verosímiles fundamentos, no es atendible; por lo que los testigos deben expresar las causas de que se deriva, á fin de que el Juez discierna si son probables, ó es voz vana (4). No probandose la muerte en bastante forma, solo podrá el que intenta suceder al que se supone difunto, deducir accion para que bajo de fianzas se le encargue la administracion de sus bienes (5); pero si alguno pretende pension, salario, ó rédito vitalicio de otro, no le basta la presuncion legal de que puede estar vivo, sino que debe probar que realmente está vivo al tiempo que pide, que es el fundamento de su intencion (6); y asi la prueba del que se funda en vida, es muy diversa de la del que alega la muerte de alguno.

(1) Dicha ley 14. (2) Navar. Mench. y otros que cit. Sanchez de Matr. lib.2. cap.46. in Summar. q 3. n.13. al fin. (3) Masc. concl 748. n.11. y concl.1075. n.8. Sanchez ibi, n.16. (4) Masc.dicha concl.748.n 5.al 7. (5) Ley 1. § 1. ff. Ad Tertill. ley 1. ff. de Bonor. posses. furiosi. Gregor. Lop. en la 14. tit 14. Part.3. glos.2. (6) Glos. in leg.2. §. Si dubitetur, ff. Quomodo testam. aperiant. glos.2.cit. al fin en la ley 14.tit.14. Part.3.Cur.Phil.part.1.§.17.n.22.

374 Cinco cosas se requieren á lo ménos para que la fama pruebe. La I.ª que sea uniforme, sólida, constante, perpetua, y no vaga, leve, ni contraria, ó mezclada con alegaciones, ó dichos contrarios, porque si unos dicen que si, y otros que no, no se sabrá de qué cosa es la fama (1). La II.ª que traiga su origen de personas honestas, y fidedignas, que puedan presuadir al Pueblo á decirlo, y creerlo asi; pues de lo contrario no será fama, sino rumor, ó vaga voz del Pueblo, que es despreciable (2). La III.ª que se pruebe legitimamente á lo ménos por dos testigos mayores de toda excepcion, que expresen las causas probables de que se ha originado, que éstas sean capaces de inducir, y persuadir al Pueblo, ó á su mayor parte á creerlo, y que asimismo digan bajo de juramento, que aquel, ó la mayor parte lo cree asi, y se lo han oido (3); cuya mayor parte se entiende de aquellos que pueden, y á quienes toca saberlo, segun sea la cosa que se vá á probar (4). La IV.ª que los testigos dén razon de su dicho, quiero decir, que expongan haberlo oido á lo ménos á dos personas fidedignas, y las causas probables que éstas dieron para saberlo, y persuadir al Pueblo á creerlo; v. g. por haberlo visto aquellas, de quienes se originó la fama, pues no siendo asi no prueba (5). Y la V.ª que siendo preguntados (como deben serlo) depongan del tiempo que trae su origen aquella fama, y que ésta no sea despues de movido el pleito, pues en este caso no prueba, porque tiene contra sí la presuncion de que se originó con motivo de él, y de que su motor lo esparció (6); lo qual tendrá presente el Escribano, para saber preguntar á los testigos acerca de la fama de lo que deponen. El que apetezca mayor instruccion vea los AA. citados, y á *Ferraris*, y *Begnudelo* en sus Bibliotecas, y palabras *Notorium*, y *Falso*.

(1) Consil. 275. vol. 1. Speler. dec. 173. n. 37. Roland. consil. 3. n. 49. lib. 1. (2) Cap. Qualiter, & quando, y ley Decurionem cit. (3) Glos. in leg. 3. verb. Confirm. ff. Hoc tit. Farin. lib. 2. Prax. crim. §. fin. q. 47. n. 208. 210. y sig. Masc. concl. 750. n. 1. 2. y 8. (4) Ley In ratione, §. *Quod vulgo dicitur*, ff. Ad leg. Falc. glos. in leg. Cum quidam, verb. Sed si scit, ff. de Acquir. hæred. Masc. ibi, n. 9. (5) Menoch. cons. 701. n. 50. y 51. Masc ibi, n. 12. y 15. al 17. Alex. consil. 70. n. 6. vol. 3. y consil. 25. n. 5. y vol. 4. (6) Mascard. ibi, num. 30. y 31.

§. VIII.

Del término para hacer la prueba, siendo mayores los litigantes; cómo se cuenta; desde quándo corre; y si se podrá suspender, y practicar otra cosa durante él.

375 Quedan explicados los géneros ó clases de prueba que se usan regularmente en los juicios, y paso á expresar qué término prefine nuestro derecho para que los litigantes la hagan. El término se divide en *legal*, *judicial*, *y convencional*. Se llama legal el que concede la ley, estatuto, estilo, ó costumbre sin ministerio de Juez, ni de los litigantes. Judicial, el que concede el Juez, ó por decreto, ó permision de la ley. Y convencional, el que se conceden mutuamente las partes. No me detengo á explicar las veinte y quatro clases de términos ó dilaciones de que hablan los AA. trataré solo del probatorio, que es el que se dá al que quiere acreditar su derecho (1); ó el que se concede al actor para probar su intencion, y al reo sus excepciones despues de contestado el pleito, y hecho el juramento de calumnia (2).

376 Puede conceder el Juez á los litigantes el término que contemple necesitan para probar su intencion, pues está en su arbitrio el abreviarlo, con arreglo á los méritos del proceso, calidad de las personas, cantidad, y distancia del Pueblo en que se ha de hacer la prueba (3); mas no el ampliar el prescripto por la ley, porque ésta se lo prohibe expresamente (4), excepto que para ello haya causa justa, y la prueben, que entónces no solo puede abreviarlo, y restringirlo, sino revocar el concedido, y ampliar todos los legales, aunque estén prefinidos con palabras taxativas (5); porque como las leyes se crearon para los casos regulares, y los Legisladores no pudieron tener presentes los extraordinarios que

(1) Specul. de Dilat. §.1. n.23. (2) Valens. hoc tit. §. 1. n. 10. Engel ibi, n.4. Reinf. lib 2. tit.8. §.3. n.43. (3) Ley 1. tit 10. lib.11. Nov Rec. cap. Personas, 4. cap. Oblatæ, 57. de Appell. cap.de Judiciis 3. y Canon Si ægrotans 5. q.3. Pirhing. hoc tit. n.19. Gaillus lib.1. Pract. observ.91. n.15. Mar. part.6. tit. de Dilat. n.15. (4) Dicha ley 1. tit.10. lib.11.Nov.Rec. (5 Ley 3. tit 15. Part.3. y dicha ley 1. tit.10. lib.11. Paz tom. y part.1. temp.5. n.20.Cur.Philip. part.1. Juicio civil, §.16. n.3. Parej. de Edit. tit.6. resol.4. y tit.7. res.6. n. 14. Salg. de Reg cap.1. n.129.

pueden ocurrir, ni se puede autorizar de justo el que por falta de término suficiente queden indefensos los litigantes, dejaron al prudente arbitrio del Juez su ampliacion, restriccion, y revocacion.

377 Supuesto como indubitado lo referido, debo sentar, que el término ordinario que la ley concede perentoriamente en las causas civiles, (pues en las criminales es absolutamente arbitrario en el Juez segun la necesidad del reo, para que no quede indefenso, porque ninguno está prefinido) es el de 80. y de 120. dias: de 80. quando la prueba de testigos se ha de hacer dentro de los puertos del Lugar, ó Provincia en que el pleito se controvierte; y de 120. quando se ha de evacuar fuera de ellos, que la ley llama *de puertos allende*. Si todos los testigos existen fuera del Reyno, ó en Provincias ultramarinas, v. g. en las Islas de Canarias, puede el Juez conceder seis meses, ó el que con atencion á la distancia del Pueblo del litigio, cantidad, y calidad del negocio, y personas que litigan conceptúe suficiente, para que éstas justifiquen lo que las convenga, y no queden indefensas por falta del competente (1). Si parte de la prueba se ha de evacuar dentro, y parte fuera, deberá hacerse cada parte en el término que está asignado respectivamente, y no toda fuera del de los ochenta dias, porque para los testigos que están de puertos adentro no concede mas la ley; pero como ésta no hace mencion de este caso, ni lo prohibe, y como el término es comun á los colitigantes, y hasta que espire no se ha de hacer publicacion, ni se les irroga detrimento, se les permite en dicho caso hacer su total prueba pasados los ochenta dias, y no se anula por esta razon, lo qual he visto disputar, y practicar asi.

378 Para que se conceda el término ultramarino, ó extraordinario, son precisas copulativamente de parte del que lo pretende, quatro cosas. La primera, que lo pida juntamente con el ordinario, ya sea quando la causa se recibe á prueba, ó quando se prorroga, de modo, que se verifique correr ambos á un propio tiempo, porque despues de pasado el ordinario, está prohibido al Juez conceder el ultramarino. La segunda, que mencione los nombres, y apellidos de los testigos de que intenta valerse, y el parage de su residencia, y que dentro de treinta dias perentorios justifique no solo que existen ultra mar, sino que al tiempo que acaeció

(1) Leyes 1. 2. 3. y 4. tit. 10. lib. 11. Nov. Rec.

el hecho litigioso, estaban en él donde sucedió: lo mismo procede quando están fuera del Reyno. La tercera, que jure no pide el término maliciosamente por diferir, ó alargar el pleito. Y la quarta, que deposite luego la cantidad que parezca al Juez de la causa para las costas que el colitigante haga en ir, ó embiar persona al Pueblo, en que dice hallarse sus testigos, á fin de conocerlos, y verlos presentar, y juramentar, pues no siendo pobre, ó el fisco, debe ser condenado en ellas sino prueba su intencion: faltando alguno de estos requisitos, no se debe conceder (1).

379 Si el hecho que se intenta probar acaeció en las Indias, ó en otros parages remotos, y los testigos existen en ellos, se ha de pedir el término de año y medio, dos, ó mas, segun la distancia, y el Juez debe conceder el competente. Este término es ordinario, y como tal se debe pretender, y no como ultramarino, pues éste se llama así, quando el hecho pasó en esta peninsula, y los testigos con quienes se ha de justificar, existen ultra mar, mas no quando sucedió allá; en cuyo caso, como es accidental el que la demanda se ponga aqui, cesa la presuncion de malicia, se contempla puesta allá, y que los testigos existen en su tierra, y sigue las propias reglas. Por lo mismo no se necesitan para su peticion, y concesion ninguno de los requisitos que para la del ultramarino, como tampoco quando la prueba se ha de hacer dentro del Reyno, porque las leyes nada dicen en este punto, bien que la parte debe expresar el lugar en que existen los testigos, para que su contrario pueda ir, ó embiar á conocerlos, y verlos juramentar, porque de lo contrario no podrá practicarlo, ni tacharlos, pero no se debe prorrogar sin causa justa, é impedimento probado, qual es la falta de embarcacion, ú otra semejante, ni concederse restitucion, segun se colige del espíritu, y contexto de las leyes citadas (2); y asi se observa.

380 Como los Jueces no tienen precision de recibir de una vez los autos á prueba por todo el término legal, los reciben por quince, ó veinte dias, ó por el que les parece á su arbitrio, segun lo tienen por conveniente, atendida la naturaleza de la causa; por lo que si los litigantes quieren gozar íntegramente del ordinario,

(1) Dichas leyes 1. 2. 3. y 4. tit. 10. lib. 11. Gutier. lib 1. Pract. q. 56. Paz part. 1. temp. 8. n. 37. y 39. Rodrlg. de Modo examinandi proces. cap. 7. Cur. Philip. dicho §. 16. n. 11. 12. y 13. part. 1. (2. Gutier. lib. 1. Pract. q. 55. Cur. Philip. ibi, n. 14. y 15. Fontan. decis. 161. y sig.

y que se estime, y entienda ser el mismo, y no nuevo, debe pretender una, ó mas veces que se prorrogue; y para que se conceda la prórroga, es indispensable que la soliciten dentro del concedido, pues si ocurren á pedirla despues de pasado, y este es todo el legal, no debe prorrogarlo: solo en caso que el primero sea limitado, y la parte jure, y justifique que en él estuvo imposibilitada de hacer su prueba, y no de otra suerte, puede conceder hasta quarto plazo, el qual será nuevo término, y no el mismo, ni prorrogacion de él (1), pues no hay que prorrogar, por haber espirado; y así, lo que entónces se debe hacer, es, *dar traslado de la pretension al contrario, y mandar que con lo que dixere, ó no, dentro de tercero dia se traiga.* Este auto se le hace saber, y si contradice la pretension, y la que lo pretende, no justifica á lo ménos sumariamente el impedimento que tuvo para probar en el primer término, y no usar de él, ó para pedir la prorrogacion, ú otra causa justa, no debe deferir el Juez á su concesion, y si defiere, se puede apelar (2); lo qual se practicó á mi instancia en dos pleitos que seguí en esta Corte, pues por haber espirado el primer término de veinte dias en el anterior á el en que se pidió teniendo en su poder los autos el actor sin justificar la imposibilidad, me opuse á la prorrogacion, y nueva concesion, y se le denegó. Sin embargo, si la consiente, ó no la contradice, puede concedersela, aunque no jure, ni justifique, y valdrá la prueba que en ella se haga (3); bien que en esto tiene mucho lugar la equidad, y arbitrio del Juez, atendida la naturaleza de la causa, el término que pasó, y el motivo ocurrido para no haber pretendido su prorrogacion; y así, para que la parte no quede indefensa, respecto no haber ley que trate de este caso especifico, podrá no prorrogar el término que espiró, porque no hay materia sobre que recaiga la prorrogacion, sino conceder por equidad el que estime competente, para que en él haga la parte su prueba, de modo, que por defecto de el suficiente no alegue estar indefenso. El término probatorio corre de momento á momento desde el dia de su notificacion ultima exclusivè, segun naturalmente corren los

(1) Ley fin. tit. 15. y ley 33. tit. 16. Part. 3. y ley Sed si manente, ff. de Precar. Marant. part. 4. dist 1. n. 2. Cur. Philip. dicho §. 6. n. 4. (2) Ley fin. ff. de Feriis. Salg. de Reg part. 2. cap. 1. n. 118. Cur. Philip. dicho § 16. n. 35. y 37. (3) Cap fin. de Accus. lib. 6. Gaill. dicho lib. 1. Pract. y observ. 91. n. 6. Abb. in cap. In causis, n. 3 y 4. de Testib. Marant. de Dilation. n. 12.

dias, y de este modo se debe contar; por cuya razon si acude la parte á pedir la prorrogacion á la hora de audiencia de el siguiente á el en que espiró el concedido, ya no llega á tiempo por no ser dentro de él: si en la ultima notificacion se pone la hora, corre desde ella.

381 Si la pide dentro del término, se le ha de conceder llanamente, y aunque sea de el de puertos allá, no necesita expresar causa, ni mas de que tiene que hacer su prueba fuera de éstos, por existir allá algunos de sus testigos, porque la ley no previene otro requisito. En este caso se entiende ser, y continuar el mismo término, no obstante que la prorrogacion se decrete mucho despues de pasado el anterior, pues la omision, ó imposibilidad del Juez en no decretarla quando se pide, ó del Escribano en darle cuenta, como que no es culpa de la parte, ni está en su mano, no debe dañarle, porque cumple con llegar á tiempo. Para precaber este perjuicio, y quitar dudas de si ocurrió, ó no á pedirla en tiempo hábil, lo que se practica, y debe practicar, es; poner el Escribano originario, ó su Oficial mayor en el pedimento fé, ó nota del dia, y hora en que éste se presenta, con la qual se estima haber estado suspenso el término desde que espiró hasta que se prorrogó, é hizo saber á ambos colitigantes la prorrogacion, lo qual se practicó á mi instancia en el Consejo, y he visto practicar en los demás Tribunales de esta Corte, pero el Escribano, y su Oficial mayor no deben negarse á poner la nota, ni á recibir el pedimento aunque sea de noche.

382 Los litigantes son correlativos; entre ellos se debe guardar igualdad: lo que no es conveniente para el uno, no lo es para el otro (1); y lo propicio ha de ser para entrambos (2); por cuyas razones el término probatorio es comun á los dos, y todo para cada uno. Lo mismo sus prorregaciones, aunque uno solo las pida (3); y ya sea, ó no probatorio, se les debe hacer saber, para que les conste, y empiece á correr, pues miéntras no se les notifica, no corre, ni como ignorantes de él les perjudica (4). Si se les hace notorio, ó á sus procuradores en distintos dias, em-

(1) Ley Non debet actori 41. ff. de Reg. jur. y cap. Non licet 32. eod. tit. in 6. (2) Ley Favorabiliores 125. ff. de Reg. jur. (3) Ley Petenda, Cod de In integrum restit. Cur. Philip dicho § 16. n 9. (4) Alex. cons 34. vol 1. Marant. tit. de Dilation. n 14. Salg. de Retent. part 2. cap.20. n.21. y de Reg. protect. part.1. cap.7. n.59. y 74.

pieza á correr desde el siguiente al de la última notificacion, ya sean dos los litigantes, ó muchos, como en un concurso, porque todo compete á todos, y á cada uno para probar; pues si se empezára á contar desde la primera, se verificaría no ser totalmente comun para cada uno, y por consiguiente que el uno gozaba íntegramente de él, y los otros no; ó que corria en dos tiempos, y no era un solo término, sino dos, ó mas, y que el de uno se acababa ántes que el de los demás, lo qual es contra la mente de las leyes.

383 Lo mismo se debe entender quando las prorrogaciones se hacen, y notifican ántes que espire el término, ó dilacion anterior, pues no se cuenta, ni debe contar el prorrogado hasta que se acaba el primero, porque continúa éste, y es uno mismo (1), y así los dias de que se compone se han de numerar segun naturalmente corren, y se suceden. Pero si se decretan despues de haber espirado, habiendose pedido en tiempo, empieza á correr el que en ellas se prefine, desde el dia siguiente al de su notoriedad en la forma expuesta, y el de su intermedio se entiende suspenso (2): lo mismo procede, quando aunque se haya decretado ántes, no se hizo saber hasta mucho despues. Todo lo qual (sin embargo de las dos opiniones diametralmente opuestas, que hay acerca del modo de contarse, y de si corre de momento á momento, y se ha de contar, ó no el dia de la notoriedad) es lo que se practica en esta Corte, que debe servir de regla á todo el Reyno, al modo que en las causas criminales manda expresamente la *ley* 4. *tit.* 32. *lib.* 12. *Nov. Rec.* que los términos, y dilaciones que se guardan en la Corte se guarden en todas las Ciudades, Villas, y Lugares de estos Reynos, y no otros diversos de ellos, no obstante el uso contrario; pues quando hay dos opiniones contrarias se ha de seguir la mas usada, y recibida (3). Quando alguna de las partes pide término para despachar los autos por verse apremiada, debe contarse el que se la conceda, no desde el dia en que los toma, sino desde el siguiente al de su notoriedad inclusivé: pasado el concedido, aunque haya tomado los autos dos dias ántes de espirar éste, se la puede apremiar á su vuelta,

(1) Bobad. lib. 3. Polit. cap. 14. n. 7. Parej. de Edit. tit. 6. resol. 4. y 6. n. 14. Avend. de Exequend. mandat. part 1. cap. 10. (2) Ciriac. controv. 348. y sig. Leon dec. 86. Cur. Philip. ilustr. part. 1. §. 16. n. 4. al fin. (3) Parlad. lib. 2. Rer. cap. fin. part. 5. §. 10. n. 3. 4. y 5. Gratian. tom. 1. discept. 161. Cur. Philip. ibi, n. 7.

porque de lo contrario seria mayor que el que tal vez pretendió, y el Juez le concedió, y se dilataria mas el curso, y éxito del negocio, contra la intencion de las leyes que apetecen la brevedad.

384 Siendo feriados, ó colendos todos, ó la mayor parte de los dias, corre tambien el término, porque es continuo, aunque no util en este caso (1); al modo que para apelar corre, y se deben contar igualmente segun derecho (2). Si las ferias son repentinas, y por esta causa padece detrimento la parte, debe ser restituida por todo el tiempo que duraron (3). Para que no quede indefensa por defecto del competente, y evitar dudas, bien que no debe haberlas, pues el testigo puede ser exâminado en ellos habiendose juramentado en dia útil, porque su examen es acto extrajudicial, y por eso se hace de secreto, ha de pedir al Juez que habilite los dias feriados, y suspenda los colendos, ó todos, á lo qual debe deferir, y de esta suerte se consigue que todos sean útiles. Si repéntinamente sucede alguna suspension de Tribunales, v. g. por parto de Princesa, ú otra celebridad, ó causa semejante; en este caso despues que se abran, ha de pretender se declare haber estado suspenso el término, á lo que debe deferir tambien, mas no si no lo pide, porque le está prohibido interponer de oficio su autoridad á la utilidad privada; lo qual he visto practicar, y declarar en esta Corte, porque como caso inopinado, y de que la parte estaba ignorante, no le debe perjudicar el no haber ocurrido á pedir la suspension, ó habilitacion, y asi ha de ser restituida, aunque sea mayor de edad. En la requisitoria, ó despacho exhortatorio que se expida para hacer probanza fuera del territorio del Juez que conoce de la causa, se ha de expresar qué dia se recibió ésta á prueba, quánto término está pasado, y quanto falta, para que la parte no se descuide en presentar sus testigos en tiempo habil, ni sea perjudicada por este defecto ni pueda alegar ignorancia.

385 Reciben muchas veces los Jueces lisa, y llanamente los autos á prueba *por via de justificacion* con término limitado, v.g. 20. ó 30. dias, y suelen prorrogarlo hasta los 79, y otros añaden la qualidad de que el término sea *preciso*, y *perentorio*, y

(1) Ley Sive pars, 3. Cod. de Dilat. vers. Feriæ. (2) Ley 24. tit. 23. Part. 3. y ley 2 § fin & ibi glos. Cod de Tempore appellat. (3) Ley Sed, & si, §. Si feriæ, ff. Ex quibus causis majores.

entónces no defieren á la prorrogacion sin causa. Este modo de actuar que la practica introdujo es legal, sin embargo de que las leyes no hablan expresa, y terminantemente de él, y se funda en que como el espiritu de éstas se dirige á que quanto mas ántes se dé la justicia al que la tenga, y no se eternicen los pleitos, y para ello confieren á los Jueces la potestad de restringir, ó abreviar el término, por eso quando advierten que los litigantes pueden probar su intencion brevemente, ó les falta algun adminiculo para hacerla mas expedita, limitan el término legal, y queda en su arbitrio el prorrogarlo, ó no; en cuyo caso, asi como en el auto regular de publicacion se dice: *Hacese en este pleito publicacion de probanzas*, se pone de esta suerte: *De las justificaciones hechas se comunica traslado recíproco á las partes*; bien que en la substancia es lo mismo.

386 Recibida la causa á prueba, han de tomar las partes por su orden los autos para formar sus respectivos interrogatorios, pedir se compulsen con citacion contraria los instrumentos que les conviene presentar segun lo alegado, y deducido, y que se comprueben los producidos ántes, si están redarguidos de falsos civilmente, por no ser los originales, y haberse sacado sin la referida citacion (que es la solemnidad prescripta legalmente para que hagan fé, y prueba en juicio, por cuyo defecto se les opone el vicio, ó tacha de ser civilmente falsos) bien que si no se redarguyeron, es superfluo pretender su comprobacion, por ser visto no dudar de ellos. No han de solicitar se compulsen los que señalaren, sinó señalarlos, pues no se debe admitir, ni admite señalamiento absolutamente indefinido, é indeterminado, pero se puede hacer de cosa definida, y cierta, v. g. de tal libro de casados las partidas que señale, de tal convenio, ó estatuto, las condiciones, artículos, ó capítulos que me convengan, &c. Si las conviene probar algunos particulares nuevos concernientes á la accion intentada, que por olvido no hayan alegado, pueden alegarlos en el mismo pedimento con que presenten el interrogatorio, de cuyo pedimento, y no del interrogatorio se debe dar traslado á la parte contraria para que alegue, y pruebe contra ellos, ó impugne su admision, si no conducen al pleito.

387 El orden regular de tomar los autos siguiendo el del juicio, es: primero el actor, y luego el reo, y asi se han de entregar á aquel si ambos acuden á un tiempo á tomarlos. Si no los

vuelve á los ocho, ó quince dias, (tal vez como suele suceder, con ánimo de que éste quede indefenso, y no pueda formar su interrogatorio) se le puede apremiar á su vuelta, pues debe tenerlos ménos tiempo por tres razones. La primera, porque quando llega á poner la demanda, ya tiene, ó debe tener preparados todos los materiales, y medios de probar su intencion, como que le sobró tiempo para premeditarla, y buscarlos, lo qual no sucede al reo, pues se vé sorprendido con la demanda, y precisado asi á contestar, como á excepcionar, y probar en los términos legales. La segunda, porque el actor como que toma primero los autos, goza integramente de todo el término, y miéntras el reo prepara sus defensas, y forma su interrogatorio, puede hacer su prueba; lo que al contrario éste no goza de él, sino desde que se le entregan, y asi debe ser apremiado á volverlos, sin que sirva alegar que la mitad de él le toca, y que los puede tener durante ella, porque es todo para todos, y no se puede dividir, pues la ley no permite division, y la práctica en contrario introducida por litigantes de mala fé para alargar los pleitos, y causar costas al contrario, es corruptela, y se debe abolir. Y la tercera, porque aunque el reo tenga los autos el resto del término probatorio, en nada perjudica al actor, por no hacerle falta regularmente, sino que se le ofrezca ratificar testigos, ó hacer algun reconocimiento, pues para la comprobacion de instrumentos se pueden separar de los Autos, como se hace, ó cotejarse despues de pasado el término. Pero se tendrá presente lo I.° que este órden de tomar los autos no es necesario, por no mandarlo, ni aun hablar de él las leyes, por lo que si el reo acude primero por ellos, se le deben entregar, y si ninguno los quiere, no se le puede precisar á que los tome. Lo II.° que el término probatorio corre, y no se suspende en los tribunales donde se comunican los interrogatorios, miéntras una parte tiene el de la otra para hacer repreguntas á los testigos contrarios, porque ninguna ley lo dice, y porque pasado el tercero dia de su comunicacion la puede apremiar á su vuelta, pues para examinarlo, bastante tiempo son tres dias.

383 Los testigos presentados en el juicio civil ordinario, han de ser examinados con citacion contraria dentro del término probatorio, aunque haya dias feriados, ó colendos; pero si falta tiempo por ésta, ú otra razon, pueden declarar despues, con tal que ha-

yan sido presentados, y juramentados precisamente dentro de él, porque sus deposiciones se retrotraen al tiempo legal en que juraron; y aun despues de la publicacion pueden declarar, y explicar (ya sea á pedimento de parte, ó de oficio del Juez, implorandolo ésta), lo que hayan depuesto confusamente, ú omitido, por no haberseles preguntado, dando razon de sus dichos (1), como en el n. 319. he sentado. Asimismo se han de ratificar en el término probatorio con citacion contraria en sus deposiciones los que sin ella fueron examinados ántes de la prueba, y contestacion: si algunos han fallecido, ó están ausentes en parte remota, de donde no puedan regresar para ratificarse, se ha de recibir con testigos íntegros, y fidedignos informacion de abono á instancia de la parte que los produxo, y no de oficio, en la que deben declarar: *Que el que abonan, era buen Christiano, temeroso de Dios, y fidedigno, y por tal estuvo siempre reputado entre todos los que le conocian; y trataban, por lo que ninguna duda les queda, ántes bien tienen por cierto que habrá dicho verdad en la declaracion que dió tal dia*, (el que fuere) *y por lo mismo se debe dar entera fé, y crédito á quanto en ella expuso, y saben que falleció en tal dia, por haberlo visto cadaver; ó que está ausente en tal parte, por haberlo oido públicamente en el Pueblo; ó que se ignora su paradero desde tal tiempo que se ausentó, &c.* segun sea. Pero si precedió la citacion á su exámen, aunque no es necesario que se ratifiquen, y basta que se reproduzcan sus dichos en la prueba, como parte de ella; no obstante, como ántes de la contestacion no hay juicio, no dañará, para que no se alegue que depusieron fuera de él, y no en tiempo oportuno, y que no fueron preguntados por las generales de la ley, por lo que se ignora si algunas los comprenden, á fin de tacharlos, y para obviar otros escrupulos, y reparos que la cabilosidad sugiere á los litigantes de mala fé, y su poca, ó ninguna justicia. En la ratificacion, como que viene á ser corroboracion de la declaracion primera, si en ella se ratifican llanamente, ó nueva deposicion hecha con las solemnidades legales en caso de que varíe en algo, pueden los testigos añadir, quitar, y enmendar lo que depusieron ántes, si con mejor acuerdo rectifican los hechos sobre que fueron preguntados, á cuyo fin se les

(1) Ley 30 tit 16. Part 3. y en ella Greg. Lop. Marant. tit de Dilat. n. 19. 20. y fin. y tit. de Actor. edit. n. 40. Cur. Philip. part. 1. §. 16. cit. n. 20.

debe leer á la letra, su primera declaracion.

389 Lo explicado en el numero anterior es corriente en la practica de los Tribunales de Castilla, sin embargo de que algunos (1) fundados en las palabras, *para probar, y haber probado, y para presentar la probanza*, que trae la ley 1. tit. 10. lib 11. Nov. Rec. hablando del término que concede para la prueba, afirman que despues de éste no se pueden examinar los testigos, no obstante que estén juramentados en tiempo hábil, ni tampoco quando el Juez concedió, ó prorrogó todo el de la ley, aunque en el auto de prueba se omitan las palabras expresadas; pues el estilo de los referidos tribunales superiores, é inferiores ha moderado la estrechéz de la ley con omitir dichas expresiones en el auto de recepcion, y ponerlo lisa, y llanamente; práctica que dictó la necesidad, á fin de que las partes no quedasen indefensas, y de que se aclarase la verdad como objeto de la ley, y unico preciso medio para dar la justicia al que la tuviese, lo qual tiene lugar aun quando se haya concedido todo el término legal, como lo he visto practicar repetidas veces, y aprobar; bien que si se concede éste integro, y se ponen las referidas expresiones, entónces, como que el Juez por el hecho de ponerlas, advierte que el término es bastante para todo, concibo no podrán examinarse despues de pasado, á ménos que intervenga causa que obste, y se le acredite en forma para que aprecie sus dichos.

390 Los instrumentos públicos se pueden redarguir de falsos *absoluta, ó civilmente con la protesta ordinaria*: absolutamente, segun dexo sentado en los nn. 340. y sig. y civilmente por una de quatro causas, á saber: *eficiente*, que es quando son hechos por persona inhábil, v. gr. por el que no era Escribano público, ó aunque lo fuese, estaba excomulgado quando lo hizo, ó suspenso: *material*, quando se hicieron sobre cosa reprovada por derecho: *formal*, quando en su extension no se observaron las solemnidades legales, v. gr. si faltó la fecha, subscripcion, u otra cosa substancial, ó si el traslado presentado se compulsó sin la debida citacion del contrario; y *final*: v. gr. si fueron hechos, ó sacados con vicios de obrepcion, y subrepcion, que son diciendo mentira, ó callando la verdad, ó si están raidos, ó rotos en parte substancial, ó contienen otros defectos substanciales (2). La clausula de

(1) Parlad. lib. 2. Rer. part. 5. cap. fin. § 2. n. 8. Cur. Philip. ibi, n. 19. y otros que cita. (2) *Reinf.* lib. 2. tit. 22. §. 9. n. 256.

la *protesta ordinaria* que se pone, quiere decir, de no proceder de malicia, ni por diferir el pleito, ni causar costas á su contrario, sino meramente por convenir á su defensa y dudar de ellos, respecto no ser los originales, ni haberlos visto, ni sido citado para compulsarlos.

391 Para remover, y apartar todo vicio, y sospecha de falsedad, ó suplantacion de los instrumentos, y testimonios redarguidos de falsos civilmente, se deben comprobar, ó cotejar con sus originales, ó protocolos de donde se sacaron, precedida citacion de la parte contraria, y señalamiento de dias, y horas, á fin de que asista si quiere á su cotejo. Si no son los originales, han de ser indubitados, pues el traslado autorizado sacado de papeles que la parte tenga en su poder, no hace fé sino fué compulsado legalmente, y asi quando se redarguye civilmente, se redarguyen tambien los documentos de donde por exhibicion se sacó; por lo que es indispensable cotejarlos con sus originales, por no serlo aquellos. Á la manifestacion, ó exhibicion de éstos no deben escusarse el que presentó sus copias, si el redarguyente, ó su Procurador, ó el Letrado quieren verlos (1); é igualmente está obligado qualquiera de los litigantes á la del testamento, ó escritura que exista en su poder, si el contrario lo pretende (2). En su comprobacion, ó cotejo ha de tener muchisimo cuidado el Escribano, ó Receptor, pues debe poner todas las enmiendas, testaduras, raspaduras, entrerenglonaduras, y demás cosas, y defectos que advierta, asi en los traslados producidos, como en el protocolo, original, ó libro becerro de donde se compulsaron, expresando si están salvadas con arreglo á la ley, y de una misma letra, y tinta, ó de diversas, lo qual debe hacer con presencia de los originales mismos y no del traslado, y dar fé no solo de las señas del instrumento, ó libro producido, ó exhibido para la comprobacion, á saber: si está foliado, ó empergaminado, ó no, con qué pergamino, ó cubierta, de qué color, y á qué folio, y quántos tiene, y de si todas las hojas están, ó no rubricadas por el que lo autorizó; sino de los demás adminículos dignos de reparo que haya en él, y en el traslado, y de si con éstos concuerda, ó no, expresandolo todo con individualidad. Mas no debe admitir á la parte contra quien se produce, alegaciones, ni objeciones que ten-

(1) Ley 2. tit. 7. lib. 11. Nov. Rec. (2) Ley 17. tit. 2. Part. 3.

gan su tendencia á enervarlo, destruirlo, y anularlo por otras razones substanciales que resulten de su mismo contexto. Lo I.º porque el acto del cotejo, ó comprobacion no es para mas que para notar los defectos que aparecen de la material inspeccion, lectura, y vista ocular del original, y del traslado, y ver si éste concuerda con aquel. Y lo II.º porque el Escribano, ó Receptor es un mero executor sin la mas leve jurisdiccion para la admision de dichas objeciones, si expresamente no se le concede. En esta inteligencia se tiene algunos defectos se deben exponer, y deducir ante el Juez de la causa, como que es el unico que tiene potestad, y jurisdiccion para conocer de los méritos de ella, y de quanto intenten, y produzcan en apoyo de su intencion los colitigantes. Lo mismo se debe practicar en la comprobacion de los privilegios, libros, y otros papeles, porque versa identidad de razon; lo qual ignoran muchos que deben saberlo, y tendrá presente el Escribano. Pero si se compulsaron con la debida citacion, ó no los redarguye de falsos la parte contraria luego que se le comunican, como lo debe hacer, no es necesaria su comprobacion, por ser visto aprobarlos, y no dudar de su contexto, ni despues debe redarguirlos sin nuevo motivo.

392 No se deben extraer los padrones, y papeles originales para las pruebas, de qualquier clase que sean, de los archivos públicos en que estan, ni de los oficios de Escribanos sus protocolos, ni tampoco de las Iglesias los libros Parroquiales, ántes bien á presencia de las personas á cuyo cargo está la custodia de unos, y otros, se han de sacar, y compulsar las partidas, é instrumentos que se necesiten; lo qual está asi mandado para evitar su pérdida, y extravío, y los irreparables daños que experimentaba el público (1). Lo propio debe observarse con los papeles, instrumentos, y privilegios existentes en archivos de personas privadas, porque milita igual razon, y las leyes no distinguen; pero con la diferencia de que á éstas se debe compeler litigando entre sí, y estando en el Pueblo del Juicio, á que los muestren, ó exhiban en la Audiencia, á fin de cotejarlos con las copias producidas, ó al de sacarlas de ellos con la correspondiente citacion, devolviendoselos evacuado el cotejo, ó compulsa, sin demora bajo de recibo, para que los custodien en sus archivos, pero no quando exis-

(1) Leyes 15. tit. 10. lib. 11. Nov. Recop.

ten fuera del Pueblo, con lo qual se concilian, y convinan las leyes que mandan mostrarlos, y las que prohiben su extraccion de los archivos: las partes logran verlos y no se las causa detrimento, que es lo que como justo se observa en esta Corte; y asi se debe abolir como injusta y perjudicial la práctica de algunos Tribunales contraria á ésta, que es propiamente corruptéla, pues ninguna ley manda que se presenten los originales, y se queden en los autos, sino que se muestren, que es decir que se exhiban, ó manifiesten para que la parte contraria los vea, y de ellos se saque copia ó se coteje la producida. Hay notable diferencia entre la presentacion y exhibicion: con la una se despoja de sus armas al que las tiene para su defensa, sin oirle, ni vencerle, y con la otra las conserva. Lo propio se debe observar con los libros de caja que los comerciantes, y girantes tienen en sus casas para su giro, y comercio. Pero en los pleitos de reversion á la Corona de cosas enagenadas de ella, y en otros en que es interesada, se deben presentar originales los privilegios, donaciones, y concesiones Reales, y Pontificias, si el Fiscal Real lo pretende, por razon de su privilegio, y del derecho fundado que tiene la Corona á ellas, y por esto el poseedor debe manifestar el título en cuya virtud las posee, lo qual es lo que se practica. El Escribano tendrá muy presente esta doctrina para evitar daños y perjuicios á las partes, pues por haber presentado los originalns muchas casas privadas, y fallecido los que los produxeron, se ven desposeidas de haciendas, privilegios, y regalias, á causa de no haberlos vuelto á recoger, é ignorar en donde paran, para pedirlos, y reivindicarlos.

393 Mientras dura el término probatorio, ninguna cosa se puede hacer mas que la prueba, ni el Juez puede ir adelante en el pleito, porque este término fue establecido unicamente para ella: si se hace, es nulo, como lo dice la ley 2. al fin tit. 15. Part. 3. ibi: *E aun decimos que mientra el plazo durare que el juzgador dá á alguna de las partes, non debe facer ninguna cosa nueva en el pleito, nin se trabajar dello; fueras ende sobre aquella razon porque fue dado el plazo, asi como recibir testigos, ó ver las cartas ó los privilegios que aducen antel en prueba*:: por lo que si se introduce algun artículo *perjudicial*, se debe pedir al propio tiempo suspension de el término de prueba, y subsistir suspenso hasta que en justicia se declare lo que corresponda sobre el artículo, y

las razones son: I.ª porque como la ley prohibe que se practique otra cosa durante él, y si se practica, se procede contra su precepto; para no quebrantarlo, se usa del medio de la suspension, que es el unico que la sutileza de los Jueces, y letrados, y la equidad, y necesidad hallaron, para que ni los litigantes quedasen indefensos por falta de término competente, ni las leyes quedasen sin efecto, pues no hablan de ella. II.ª porque de no hacerlo asi, se verificaba correr á un tiempo dos términos, uno de prueba sobre lo principal, y otro sobre el artículo; lo que no puede ser, porque como distintos, incompatibles, y creados para cosas diferentes, deben correr en diversos tiempos. III.ª porque en los juicios se deben evacuar con la respectiva audiencia todas las pretensiones, é incidentes, pues de omitirse, habria que reponer los autos al estado que tenian quando se intentaron, como muchas veces sucede, en lo que se causan gastos y dilaciones. IV.ª porque de lo contrario se incidia en uno de dos escollos, ó de que interin se substanciaba, y determinaba el artículo, se pasase el término de prueba, y la parte que lo habia introducido quedase indefensa en lo principal por su defecto, (lo qual resisten las leyes, y la razon) ó de que si la hacía, no se evacuase el artículo, y corriendo el término llegase el caso de la publicacion, por haber espirado éste, y hubiese precision de volver atrás, á determinar el artículo.

394 Empieza la suspension desde el dia en que se presenta el pedimento, pretendiendola, é introduciendo el artículo, aunque mucho despues se defiera á ella, ó por executoria se declare no haber lugar á éste. Mientras dura, ninguna de las partes, sabiendola judicialmente, puede hacer prueba, y si la hace, y la contraria respondió quando se le citó, que queria hallarse presente á juramentar los testigos, compulsar ó comprobar instrumentos, ó á hacer otro género de prueba, (cuya respuesta debe admitir el Escribano comisionado, y señalarle dias, horas, y parage, para que concurra, sin que necesite dar pedimento á este fin, porque no hay ley que lo prevenga) y por haber formado el artículo, no asistió, es nula, como hecha fuera del término legal, y sin la correspondiente solemnidad, y asi se han de volver á juramentar los testigos á su presencia, y cotejar los instrumentos presentados, y compulsados, si no quiere pasar por lo actuado durante la suspension.

395 Pero si en los dias que le señalaron, y mediaron ántes de notificarsele la suspension, se juramentaron algunos testigos, pueden ser examinados durante ella por haber sido juramentados en tiempo habil, aunque á conseqüencia de la citacion para su juramento no lo hubiese presenciado: lo propio puede hacerse, si se sacaron, ó comprobaron despues de ella algunos documentos. No debe la otra parte pedir nulidad de lo actuado, ni aunque la pida deferirse á ella, porque el Juez, ó el Escribano que entienden en la probanza, no tienen obligacion de esperarle, ni con este motivo deben causar costas al litigante, cuya prueba hacen, como lo dice expresamente la ley 23. tit. 16. Part. 3. todo lo qual se practicó á mi instancia en el Consejo en pleito en que recibido á prueba, formé cierto artículo, para que se citase á un tercero al juicio, y habiendo pasado los 80. dias, y mucho mas, hice se declarase no haber corrido el término desde la presentacion del pedimento, ni sirviese la prueba que la parte contraria habia hecho miéntras estubo pendiente, porque no obstante saberlo, la habia continuado el Receptor comisionado.

396 Si una de las partes pide con causa la suspension por ciertos dias del término probatorio que falta, y el Juez defiere á ella, se debe poner el siguiente auto: *Mediante los motivos que se exponen, se suspende el término probatorio por tantos dias*, (los que sean) *y pasados, vuelva á correr sin nueva providencia.* Este auto se debe notificar á ambos litigantes, y concluidos los dias suspendidos sigue el término sin necesidad de mas decreto, pedimento, ni notificacion.

§. IX.

De la publicacion de probanzas, y restitucion del término probatorio que compete á los menores, y demás que gozan del beneficio de menor edad.

397 Pasado todo el término por que la causa ó negocio principal se recibió á prueba, y no siendo menores ó privilegiados los litigantes, está prohibido (regularmente hablando (*a*)) admitir tes-

(*a*) Regularmente hablando, dice Febrero, no deben admitirse testigos pasado el término de prueba, y esto es muy conforme á las leyes, que se

tigos en primera instancia, á fin de evitar sobornos y perjuros (1); bien que se pueden examinar los que dentro de él fueron juramentados, como queda expuesto en el n. 388. y así, lo que se debe practicar es, pedir una de las partes publicacion de probanzas, si las hicieron, en cuyo solo caso es de substancia del juicio segun nuestro derecho (2), pues si no la piden no se vicia el proceso por su defecto (3), y si no hicieron probanzas, no tiene sobre que recaer la publicacion. En segunda ó tercera instancia no se deben hacer probanzas por testigos, ni admitirse interrogatorios sobre los mismos artículos, ú otros directamente contrarios sobre los que se recibió el pleito á prueba en la anterior, ya sea en lo principal, ó en tachas, pena de mil maravedís al Abogado que pusiere los artículos, y de nulidad de la probanza (4).

398 Si las partes no hicieron probanzas, y espiró el término concedido, pueden concluir para difinitiva, ó pedir que se les entreguen los autos para alegar de su derecho y justicia, y se les deben entregar sin hacer publicacion. Si la una los pide no debe darse traslado á la otra, porque no hay materia sobre que recaiga, ni motivo para el traslado, y así éste, y la publicacion son ociosos en dicho caso: lo mismo procede, quando una sola hizo prueba, y la otra concluye sin embargo, renunciando la publicacion, ó quando ambas la renuncian (5). Pero no obstante que ambas la hagan, y la de la una se concluya mucho antes que la de la otra, como suele suceder, no se ha de hacer la publicacion hasta que espire todo el término probatorio concedido, aunque la

propusieron el saludable fin de no abrir campo á la malicia de los litigantes, y de abreviar los pleitos. Sin embargo, pudiera suceder que alguna de las partes no hubiese hecho su prueba tan completa como necesitaba, y que por esto quedase ilusoria ó dudosa su justicia. En este caso, si con mejor acuerdo podia rectificar ó aclarar los hechos con los mismos testigos que le sirvieron ántes, ó con otros nuevos, no debia darse lugar á que quedase indefenso, y perjudicado por ceñirse á los términos legales. Queda y debe quedar entónces reservado á la prudencia del Juez el admitirlos ó no, con tal que sea ántes de hacer la publicacion de probanzas, y que preceda el juramento de no proceder de malicia. Vease al Señor Conde de la Cañada en sus Instituc. pract. part. 1. cap. 8. num. 34. hasta el 72.

(1) Ley 37. tit. 16. Part. 3. y ley 7. tit. 11. lib. 11. Nov. Rec Auth. At qui semel, Cod. de Probation. cap. Intimavit, y cap Fraternitatis, de Testib. Matienz. in Dialog. Relator. cap. 16. n. 1. Paz tom. y part. 1. temp. 8. nn. 134. y 135. (2) Ley 1. tit. 12. lib. 11. Nov. Rec (3) Marant. part 6. tit. de Processus publicat. n. 4. Paz ibi, nn 136. y 137. (4) Ley 6. tit. 10 lib. 11. Nov. Rec. (5) Ley 3. tit. 15. lib. 11. Nov. Rec. Cur. Phil. part. 1. dicho §. 16. n. 29.

una lo pida, si la otra lo contradice (1), pero sí conformandose ambas, y es lo que se practica.

399 Mas de qualquiera suerte que se haga, se ha de comunicar traslado de la pretension de publicacion á la otra parte, y notificarsele, para que exponga si está, ó no pasado el término, ó falta que examinar algun testigo juramentado, ó tiene algun motivo que la impida por entónces, y á este fin en qualquiera instancia puede tomar, y se le debe entregar la pieza corriente ó todos los autos, excepto las probanzas: si nada dice á la primera audiencia, ó á los tres dias de notificado el traslado, debe deferir el Juez á la publicacion, y hacerse saber esta á ambos litigantes (2). De modo, que segun nuestro derecho es menester dar dos pedimentos, el uno pidiendo llanamente la publicacion, y el otro insistiendo en ella, y acusando la rebeldia, y asi se practica en el Consejo; pero en algunos juzgados inferiores de esta Corte se dá uno solo, y el Juez dice: *traslado, y autos*; y pasado el tercero dia, contado desde el siguiente al de la notificacion, sin responder, se pone el auto de publicacion, que en el efecto es lo propio, y se escusa un pedimento. Aunque este auto parece implicatorio en quanto el Juez dá traslado, y al mismo tiempo llama los autos, no lo es, porque el traslado sirve únicamente para que la parte contraria exponga si ha espirado, ó no el término, ó hay algun motivo que obste á la publicacion; y el llamarlos, es para hacerla, si nada dice, y está pasado; y asi se observará en esto el estilo del Juzgado, pues en la substancia nada se altera.

400 Sirve la publicacion para que los litigantes puedan ver reciprocamente todo lo que han justificado con testigos, instrumentos, y demás medios legales de que se han valido, y en vista de ello aleguen lo conducente á su defensa, si quieren, y para que se observe el órden del juicio, pues por ella se dá mayor vigor á los dichos de los testigos; lo qual se entiende, habiendo sido rectamente examinados, y no de otra suerte, aunque la publicacion se haya hecho de consentimiento de ambas partes (3).

401 Debe hacer la publicacion de las deposiciones de los tes-

(1) Dicha ley. (2) Ley 37. tit. 16. Part. 3. ley 51. tit. 4. lib. 2. y dicha ley 3. (3) Lex in Auth. Si quis in alia. col. 1. vers Juxta primam Cod de Edendo. Jas. in cap. Significavit, & in cap. Cum causam, de Testib. Mariant de Processus publ. nn. 1. 2. y 5. Paz tom. y part. 1. temp. 8. dicho nn. 133. 134. y 149.

tigos el Juez originario del pleito, y no el delegado, que en virtud de su comision las recibió; ántes bien se las debe remitir cerradas, y asi se practica (1). Hecha, y notificada á las partes, se las ha de entregar todos los autos con las probanzas por su órden, primero al actor que al reo, á fin de que aleguen de bien probado, cuyo alegato surte el efecto de la instruccion legal para el Juez, de que habla la ley. De este alegato se debe comunicar traslado al reo, y del de éste á aquel, el qual debe concluir para difinitiva. Si por no concluir, se dá traslado de lo que alegue, al contrario, lo debe practicar éste, porque la ley (2) manda que con cada dos escritos que las partes presenten, sea habido el pleito por concluso, aunque estas no concluyan, asi para sentencia interlocutoria, ó para recibirlo á prueba, como para difinitiva; de suerte, que siguiendo el órden del juicio, debe alegar primero el actor (3), pero como no hay ley que lo mande, si éste no quiere, y tiene cuenta al reo la brevedad, puede hacerlo, pues de lo que venga diciendo, se le ha de conferir traslado, y entónces puede rebatir las sutilezas, é interpretaciones siniestras del actor, y el contesto de los instrumentos que haya producido. El término legal para alegar es el de seis dias á cada litigante (4); pero esto se entiende en pleitos ligeros, y quando no ocurre motivo para mayor dilacion, pues habiendolo, se ha de conceder el que el Juez contemple necesario, y asi se practica, pidiendolo las partes.

402 Lo explicado en los precedentes números procede, quando ambas partes son mayores de 25. años, y los testigos de que se han valido idoneos, y fidedignos; pero si alguna de ellas es menor al tiempo que el pleito se recibe á prueba, y consta en los autos, ó goza del privilegio de menor edad, como son el Fisco, Iglesias, Hospitales, Concejos, Universidades, Colegios, Cabildos, Mayorazgos, Patronatos, Capellanías, y demás obras pias, y quiere usar de él para hacer prueba, sino la hizo, ó para probar lo que omitió en el término ordinario regular, ó alguna excepcion nueva que alegue, le ha de conceder el Juez por via de restitucion una vez, y no mas, pidiendolo, é implorandolo su

(1) Lex Cum ab initio 4. circa fin. ff. Quemadmodum testam.aperiant. Paz ibi. nn.147 y 148. Marant. ibi, n.6. (2) Ley 1. tit.15. lib.11 Nov. Recop. (3) Lex Nesennius, ff. de Negot. gest. & in leg. Qui prior, ff. de Judic. Marant. part.6. tit.16. de Allegat. & disp. n. 6. (4) Ley 1. tit.12. lib.11. Nov.Rec.

oficio, y no de otra suerte, la mitad del término que se dió primero para hacer la probanza principal, ya fuese dado en presencia, ó en rebeldía, sin dar traslado de la pretension, ni oir sobre ella al mayor, aunque éste resista la concesion, y denegarle otra restitucion en el mismo auto de concesion (1), v. g. si al principio lo recibió por 120. dias, sesenta: si por los 80, quarenta: si por 20, diez, &c.

403 De esta legal disposicion parece se deduce, que la restitucion no ha de ser del término prorrogado, sino del primero concedido para probar; pero no obstante, en la práctica inconcusa del Consejo, que es el fiel, verdadero, y único intérprete de las leyes, no se entiende asi; ántes bien se concede la mitad de todo el término ordinario, sea, ó no prorrogado, porque es uno mismo concedido paulatinamente, y no término nuevo; excepto que se haya recibido á prueba por cierto término, v. g. veinte dias, y éste haya espirado sin pedir prorrogacion dentro de él, ó del prorrogado, pues en este caso se concede solamente la mitad del corrido; bien que si no se concedió todo el término probatorio, no se debe dejar indefenso al privilegiado, por lo que se le ha de conceder no solo la mitad del primero concedido, sino el que tuviere por competente el Juez, atendida la qualidad del negocio litigioso (2), y asi lo he visto practicar. Lo mismo se observa en los demás Tribunales de la Corte, y debe observarse á su imitacion en los restantes del Reyno.

404 Para esta concesion de término no necesita el privilegiado justificar lesion como en los contratos, porque ninguna ley lo manda, y el lapso del tiempo, y cosa la induce: basta acreditar sumariamente (como debe, sino consta) que le compete el privilegio (3); pero contra el término ultramarino, y extraordinario no hay restitucion, á ménos que haya dejado de concederse para la prueba principal, en cuyo caso, pidiendose despues, se ha de conceder el necesario, aunque exceda al ordinario, para que el litigante no quede indefenso por este defecto, haciendo constar, y cumpliendo con las tres cosas últimas de las quatro que para su concesion quedan referidas en el n. 378. (4). Este término

(1) Ley 3. tit. 13. lib. 11. Nov. Rec (2) Aflict. decis. 124. Parlad. lib. 2. Rer. cap. 11. n. 4. (3) Paz in Prax. tom. y part. 1. temp 8. nn. 156. 158. y 160. Cur. Phil. dicho § 16. n. 25. Acev. en la ley 3. tit. 8 lib. 4 Rec. nn. 4. y 5. (4) Aflict. dec. 124. n. 3. Avend. resp. 21. n. 3. Gut. lib. 1. Pract. q. 69. Acev. en la ley 5. tit. 8. lib. 4. Recop. n. 39.

no es nuevo, sino ampliacion del ordinario, que por privilegio compete al litigante, y así se ha de pedir, *que en virtud del privilegio, y por via de restitucion se amplíe á la mitad del concedido*, por lo que de las probanzas hechas en él no se hace nueva publicacion, ni mas que una sola en cada instancia. Lo que se practica es pedir los autos con ellas luego que espira, para alegar de bien probado, y se le mandan, y deben entregar, pues el término es uno solo, y la probanza hecha en el de la restitucion se retrotrae al tiempo de los 80. dias, y estima evacuada en ellos; lo qual se practicó así á mi instancia en el pleito que como Apoderado de la Villa de Ciutruenigo seguí en el Consejo contra la Ciudad de Alfaro en el año de 783. por la Escribanía de Don Juan Manuel de Reboles, no obstante que algunos sin legal apoyo decian que debia pedir, y hacerse nueva publicacion, fundandose con error en que era nueva prueba, y término nuevo, y diverso del ordinario, pues no es prueba nueva, sino aumento, y suplemento de ella, ni término nuevo, sino ampliacion, y continuacion del de los 80. dias por el privilegio del litigante. Aunque el menor lo sea al tiempo de demandar, ó ser demandado, si al de recibirse el pleito á prueba salió de la menor edad, no le competirá el privilegio de restitucion, por haber cesado el motivo, y así no se le debe conceder (*a*).

405 Tres cosas precisas se requieren para que al privilegiado se conceda restitucion de la mitad del término probatorio, ya haya hecho, ó no probanza: La I.ª que implorando el oficio del Juez, y no de otra suerte, la pida (si está hecha publicacion de probanzas) dentro de los quince dias inmediatos siguientes al en que se notifique el auto de publicacion; porque si la pretende despues, no se le debe conceder, por evitar corrupcion, y soborno de testigos, como lo dispone la ley 3. que es la final del tit. 13. lib. 11. Nov. Rec. y dice: *Porque la experiencia ha mostrado quanto daño se ha recibido en hacer probanza por via de restitucion despues de las probanzas publicadas por la sobornacion de testigos, y corrupcion: queriendo obviar á la tal malicia, ordenamos, y mandamos, que si qualquiera de las partes pidiere en la primera instancia restitucion* in integrum *para hacer su probanza, por ser en caso que haya lugar de pedir restitucion por alguna parte, ó perso-*

(*a*) Vease sobre este punto al Señor Conde de la Cañada en sus Institut. pract. part. 1. cap 9.

na, ó Universidad que tenga privilegio, ó derecho para la pedir, que agora haya hecho probanza, ó no, se le conceda, y otorgue, pidiendola dentro de quince dias despues de la publicacion::: pero ni esta ley, ni otra alguna prohiben que se pretenda ántes de la publicacion, ni precisan á que se pida solamente despues de hecha ésta: solo se permite su concesion, pidiendose dentro de dichos quince dias, y no despues, que es dar estos mas al privilegiado, para que en ellos delibere si le conviene, ó no hacer, ó ampliar su prueba, por lo que puede pretenderla luego que espiren los 80. dias, ó el término concedido, si apetece la brevedad, y el Juez deferir á ella sin hacer la publicacion, y concluido el de la restitucion, pedir, y hacerse la publicacion, como si no se hubiera solicitado. La II.ª que ya alegue, y quiera probar, ó no excepciones nuevas, si las pretendiere hecha publicacion, deposite luego la pena que estime el Juez (pues es arbitraria, y no legal) atendidas la calidad, y circunstancias de la causa, y personas, para pagarla en caso que no pruebe (1); (*a*) bien que hoy pocas veces se impone, ni manda depositar esta pena; y de ella están esentos los pobres, y el Fisco. Y la III.ª que si fuere en segunda instancia sobre excepciones nuevas que no se pusieron en primera, ó aunque se hayan puesto, fueron repetidas, por no haberse deducido en el término y con la solemnidad debida, á mas de lo expuesto, jure no pedir de malicia la restitucion, y que en ella solo se propone hacer su defensa; pero el término para probar no ha de exceder de la mitad del concedido en la primera. Si fuere en tercera, ó en grado de suplicacion, debe jurar tambien, que las excepciones que propone vinieron de nuevo á su noticia; pero asi en la segunda, como en la tercera, instancia no se ha de pretender la restitucion despues de los quince dias expresados, pues no se debe conceder, ni el término ha de exceder de la mitad del que en la misma causa de suplicacion fue asignado para probar, imponiendose pena arbitraria al que la

(1) Ley 1. 2. y 3. tit. 13. lib. 11. Nov. Rec.

(*a*) Esta pena no está en práctica, y debería estarlo, porque la malicia interviene frequentemente en estas restituciones. Bien podria suceder que algunos menores, ó personas privilegiadas no usasen de este derecho por temor de la pena, y que por esta razon, como dice el Señor Conde de la Cañada, no lograsen la justicia que tenian en sus causas; pero sin embargo, me parece que por este temor no debe quedar derogada ó sin uso una ley tan saludable y necesaria.

pretendiere, mandandole que la deposite, al modo que en la primera instancia (1). El juramento de no pedir de malicia la restitucion, se suele hacer tambien en la instancia primera, sin embargo de que la ley no lo previene.

406 El término de la restitucion es comun, y como tal compete al que no es privilegiado, no para pretenderlo, sino para gozar de él en caso que se conceda al que lo es, y para probar, o ampliar su probanza sobre lo articulado, y alegado, como lo dice la ley 3. tit. 13. lib. 11. Nov. Rec. ibi: *Y que del término que se diere por restitucion, goce la otra parte, si quisiere, y pueda hacer su probanza, segun, y como lo puede hacer la parte á quien fuere otorgada la restitucion*, pero una vez concedido á instancia del privilegiado, no puede arrepentirse, ni renunciarlo en perjuicio de su contrario, sin que éste preste su consentimiento, ya sea la causa dividua, ó individua, porque adquirió derecho á disfrutarlo (2).

407 El que no es privilegiado, no puede alegar nueva excepcion en aquella instancia, para que el pleito se reciba a prueba sobre ella por testigos despues de hecha publicacion, porque se lo prohibe el derecho: solo podrá probarla por confesion de la parte contraria, ó por instrumento publico (3); lo qual se entiende, y limita en caso que la excepcion nuevamente alegada sea sobre falsedad, y suplantacion verdadera del producido en el juicio, contra el qual nada articuló, ni probó, pues entónces puede recibirse á prueba sobre ella con término arbitrario, no solo ántes, sino despues de la conclusion, y aun tambien en segunda instancia, si no la alegó, probó, ni renunció probarla en la primera, y no en otros términos, con tal que jure no alegarla maliciosamente, para cuya justificacion no sirven, ni se deben admitir pruebas presuntivas, sino muy claras, y concluyentes; pero despues de executoriado el pleito, no puede alegarla, si no la probó entónces, excepto que de ella no se haya conocido plenamente (4).

(1) Ley 7. tit. 10. y 4. tit. 13. lib. 11. Nov. Rec. (2) Ley petendæ 6. Cod. de Tempor. in integ. restit. Gutier. lib 2. Pract. q. 22. Acev. en la ley 3. tit. 8. lib. 4. Rec. que hoy es la 3 tit 13. lib. 11 n. 45. al 65. Cur Phil. ilustr. part 1. §. 16. nn 6. y 9. (3) Ley 1. al fin. tit. 13. lib 11. Nov. Rec. (4) Ley 116. tit. 18. y leyes 1. y 2. tit. 26. Part. 3. y ley Cum præcibus, Cod. de Probat. Greg Lop. en la ley 116. glos. fin. Covar. Pract. cap. 19. n. 8. vers. Hæc sane, Parej. de Instrum. Edit. tit. 1. resol. 2. §. 2. n. 14. Cur. Philip. part. 1. §. 16. n. 32. Parl. lib. 2. cap. 17. num. fin.

408 No solo compete el privilegio de restitucion á los que gozan del beneficio de menor edad, siendo principales de la causa, sino quando salen á ella por sí como opositores, ó coadyuvando como terceros el derecho de otros no privilegiados; bien que acerca de esto hay discordia entre los AA. por falta de expresion de la ley, por lo que si se pide pasados los quince dias, ó conclusa la causa, será arbitrario en el Juez el concederla, ó no, segun los méritos del proceso, y razones que aleguen (1).

409 Siendo privilegiados ambos litigantes, ninguno goza del privilegio, á ménos que el uno trate de *lucro captando*, y el otro de *damno vitando*, en cuyo caso compete á éste como leso, y se le deberá otorgar, y gozará de la restitucion (2); por lo que de la pretension de concesion, ó ampliacion de término que el uno introduzca, se debe dar traslado al otro, á fin de que exponga si se le debe conceder, ó no, y con audiencia de ambos deferir ó no á la solicitud, y asi lo he visto practicar por el Consejo en el pleito que seguí, y dejo referido, lo qual es al contrario, siendo uno solo ménor: luego que espira el término de la restitucion, se piden los autos con las probanzas hechas en ambos, y sin nueva publicacion, si está hecha, se mandan entregar para alegar de bien probado en su vista, segun queda expuesto. Lo mismo procede quando acredita no haber podido hacer su prueba en el término ordinario, y el otro sí, pues entónces se le debe conceder para que no quede indefenso; bien que en el discurso del ordinario debe pedir suspension de él, exponiendo el motivo de su imposibilidad, y deferirse á ella hasta que cese el impedimento, que no depende de culpa suya; porque al impedido legitimamente no corre término, ni prescripcion.

410 Si la cosa litigiosa es individua, y pertenece á dos, uno mayor, y otro menor, y ambos contienden sobre ella contra otro, gozará el no privilegiado del privilegio del que lo es, mas no siendo dividua (3). En quanto á si compete, ó no el beneficio de restitucion al menor, que es Letrado, ó Jurisperito, hay dos

(1) Gutier. lib. 1. Pract. q 66. Gom. lib. 3 Var. cap 12. n. 10. Valenz cons. 165. Cov. lib. 2. Var. cap. 3. n 10. Aflict. dec. 15 Parl. lib. 2. cap. 11. n 5. (2) Cap. 1. y cap. Auditis, de In integ. restit. y cap. Si à sede 11. de Præb. In 6. y ley Verum, §. Item quæritur, ff. de Minor. Covar Pract. cap 7. n. 4. (3) Barb. en la ley unic. Cod. Si in communi, num. fin. y en la 6. Cod. de In integrum restit. Gutier. lib. 1. Pract. q. 67. Ciriac. controv. 183. Font. decis. 112 y 120.

opiniones contrarias (1). Lo cierto es que la ley habla general, é indistintamente, y no le exceptua, ni priva de él por su literatura, y quando la ley no distingue, no debemos distinguir, sino enterderla segun, y con la amplitud con que está concebida.

§. X.

De las tachas, ó repulsas de los testigos, tiempo, y forma de ponerlas, y término para probarlas, y de las alegaciones en derecho.

411 Para probar su intencion los colitigantes, y enervar la de sus contrarios, se valen muchas veces de testigos que son parientes, ó amigos íntimos suyos, ó enemigos de aquellos, y tambien de otros que tienen prohibicion de serlo en juicio, de los que hice mencion en los nn. 297. y siguientes; y deseoso el derecho de precaverles el perjuicio que sus deposiciones pueden irrogarles, proveyó de remedio, permitiendo que les pongan las tachas, y defectos que tengan, á fin de que probandolas, se desprecien sus dichos como sospechosos, y no perezca la justicia del que la tiene. Y á efecto de que el Escribano se instruya del modo, tiempo, y forma de oponerlas, digo que los litigantes no pueden tachar al tiempo de hacer su prueba los testigos del contrario presentados, porque es artículo impertinente, á ménos que intervenga causa de enemistad, y no otra (2); pero hecha publicacion en qualquiera de las instancias, puede cada uno tachar no solo las personas de los producidos por su contrario, sino sus dichos, y abonar los suyos (3) (*a*).

(1) Vela dis. 37. n. 30. Garcia de Expens. cap. 23. n. 34. Gom. lib. 2. Var. cap. 14. n. 6. (2) Marant. part. 6. de Testium repulsa, n. 8. (3) Leyes 22. y 37. tit. 16. Part. 3. y 6. al fin, tit. 33. Part. 7. y ley 1. tit. 12. lib. 11. Nov. Rec.

(*a*) Bien podrán tacharse por una de las partes los testigos que presenta la otra, quando presencia el juramento, pero estas tachas no producen entónces efecto alguno, estando como está reservada su prueba para despues de hecha la publicacion de Probanzas. Este es el tiempo determinado por la ley, con el fin de evitar dilaciones, y de que acaso enredadas las partes en si son buenos ó malos los testigos, y sus dichos, se confundiese la justicia de sus pretensiones. Vease al Señor Conde de la Cañada part. 1. cap. 10. numer. 38. y siguientes.

412 Para que se admitan las tachas, ó repulsas de los testigos, deben intervenir copulativamente de parte del que las opone tres requisitos: El I.° que en qualquiera instancia sin diferencia las proponga dentro de los seis dias siguientes al de la notoriedad de la publicacion de probanzas, y no despues, porque no se concede mas término, ni restitucion. El II.° que las especifique con toda claridad, y distincion, como tambien las causas de que provienen; v. g. si pone al testigo la de *excomunion*, ha de expresar si esta es mayor, ó menor, quién le excomulgó, en qué tiempo, y lugar, y por qué razon: si la de *falsario*, en qué tiempo, y pleito dijo falso testimonio: si la de *perjuro*, en qué caso, lugar, tiempo, y por qué razon se perjuró: si la de *homicida*, á quién mató alevosamente, en qué tiempo, y lugar, y asi las demás que se pueden objetar, pues no especificandose con esta claridad, no se deben admitir, porque prohibe nuestro derecho que se admitan tachas generales, y no bien especificadas (1). Y el III.° que para eximirse de la pena de injuriante, protexte, y jure no ponerlas de malicia, ni con ánimo de infamar al testigo, sino unicamente por convenir á su defensa, pues de esta suerte se libertará de la pena, aunque no justifique la tacha (2); de cuyos requisitos, los dos primeros son indispensables como de ley, y el tercero tiene su tendencia á beneficio del que tacha, á fin de evitar que se le imponga la pena referida, si no prueba la tacha, ó tachas que opone. En quanto á si en el término dado en segunda instancia para tachar á los testigos en ella producidos, se podrán probar las tachas de los examinados en la primera vease á Paz (3).

413 Se pueden poner las tachas en interrogatorio, ó pedimento. Los seis dias para oponerlas, parece se deben entender para cada parte, porque de lo contrario se verificará, que si el que toma primero los autos, los consume, ya por ser voluminosa su prueba, ó la de ambos, ó por otro motivo, no podrá el otro usar de su derecho, especialmente no habiendo presenciado el juramento de los testigos, ó no conociendolos, ó ignorando hasta entónces la tacha, aunque los conozca; pero sin embargo,

(1) Ley 19. tit. 2. y 2. tit. 12 lib. 11. Nov. Rec. y cap. Præsentium, §. Testes de Testib. in 6. (2) Paz tom. y part. 1. temp. 9. n. 22. Cur. Phil. part. 1. §. 17. n. 13 cerca del fin. (3) Tom. y part. 1. temp. 9. n. 7. y á Covar. Pract. cap. 18. n. 5. que lo tratan latamente.

en la práctica no se observa, porque de permitirse esto, si los litigantes eran muchos, se impenderia largo tiempo; y respecto á que en el término de prueba puede indagar la parte contraria las que tengan los testigos de su contrario, y que se le cita para ello, y para conocerlos, y verlos juramentar, echese la culpa de su omision; asi los seis dias son para todos indistintamente, y no para cada uno solo, porque la ley no permite mas ampliacion, y nadie tiene potestad para ampliar el término que prescribe, y mucho ménos en materia odiosa como ésta.

414 Siendo admisibles las tachas, se ha de dar término arbitrario para su justificacion, con tal que no exceda de la mitad del probatorio concedido en la causa principal, ya sean, ó no menores los litigantes, ó uno sí, y otro no, porque es perentorio. En ninguna instancia se ha de conceder restitucion para ponerlas, ni probarlas, ni recibirse prueba de ellas, hasta que pasen los quince dias despues de la publicacion en que se puede pedir la restitucion en caso que haya privilegiado á quien deba concederse ésta, ni el Juez lo puede ampliar, pero sí abreviar si le pareciere (1); de suerte, que deben correr á un propio tiempo el de la restitucion si lo hubiere, y el de tachas, ó por mejor decir, ha de ser todo uno, dentro del qual no solo se han de presentar, sino tambien examinar los testigos de ellas, y pasado no se deben recibir aunque estén juramentados: la razon es, porque las tachas son odiosas, y para admitirlas, y probarlas, se concede el término con gran conocimiento de causa, y por eso se debe restringir (2); lo qual no milita en el negocio principal, como queda sentado. Pero si no litiga algun privilegiado que goce del beneficio de menor edad, no se ha de esperar á que pasen los referidos quince dias; y asi se ha de recibir á prueba de ellas inmediatamente que se proponen, porque no hay motivo para la espera. Del pedimento, ó interrogatorio en que se especifican, se ha de dar traslado al colitigante para que diga si son, ó no admisibles, y oponga á los testigos de su contrario las que tengan. Si dentro de tres dias siguientes al de la notificacion del traslado nada responde, se le acusa una rebeldía, y siendo de admitir, las admite el Juez, y recibe la causa

(1) Ley 1 tit. 12. lib. 11. Nov. Rec cap. 22. de Re judicat. (2) Abb. in cap. Licet dilectus al fin, de Testib. Marant. ibi, an. 6. y 7.

á prueba de ellas: lo mismo practica aunque lo contradiga, pero no siendo admisibles, las debe despreciar, y declarar no haber lugar á su admision.

415 Para justificar las tachas por testigos se han de buscar los que sean idóneos, y fidedignos que ninguna tengan, pues en el Fuero Real no se admite prueba de tachas contra tachas, ni se hace publicacion particular de los examinados por restitucion, ni tampoco hay, ni debe haber mas que una en cada pleito, como dejo expuesto, por lo que en el término de ésta se han de proponer, y probar las que tengan, asi los examinados en el ordinario, como los que se examinen en el de la misma restitucion si las tienen, porque la ley no dá mas ampliacion. Por lo mismo, aunque litigue alguno, á quien competa el beneficio de menor edad, manda que la causa no se reciba á prueba de tachas hasta que hayan espirado los quince dias en que se puede pedir la restitucion (1), como queda sentado, para que corra todo junto, y se eviten mas dilaciones. Pero en el fuero Eclesiástico se pueden admitir tachas contra tachas, quiero decir, testigos que declaren las que tienen los que tacharon á los examinados en la causa principal, que llaman reprobatorios de los reprobantes de éstos, y no mas, como lo dice el capítulo *Licet dilectus* 49. *tit. de Exceptionib. contra testes proponendis lib.* 2. *Decretal.* Sin embargo aunque no se reciba el pleito á prueba de ellas, no se causa nulidad en caso que no se pongan, ni pidan, porque no hay materia sobre que recaiga su prueba.

416 Tres son los géneros de tachas que se pueden oponer á los testigos. El I.º contra sus personas, diciendo que son inhábiles para testificar absolutamente en toda causa, ó para haber testificado en aquella en que depusieron. El II.º contra su examen, v. g. por defecto de jurisdiccion del que los examinó, ó por haberse examinado fuera del término competente, ó paladina, y no secretamente admitiendo á muchos á un propio tiempo, ó despues de hecha publicacion, ó faltando la citacion de la parte contraria, ó por no haber sido juramentados, &c. Y el III.º contra sus dichos, v. g. por haber depuesto cosas contrarias, obscuras, inciertas, vacilantes, no verosímiles, ni congruentes al he-

(1) Ley 3. cerca del fin, tit. 13. lib. 11. Nov. Recop. Car. Philip. part. 1. §. 16. num. 30. al fin.

cho litigioso, ó totalmente falsas, ó singulares, ó fuera de lo articulado, ó sobre lo que no se les juramentó, ó por no haber dado la razon de su ciencia, y dicho (1).

417 Aunque para poder tachar á los testigos contrarios, no es menester protestar contra sus personas, y dichos al tiempo que se juramentan, á fin de que no sean admitidos á declarar, y basta hacerlo despues, como se estila; es útil, no obstante, quando el testigo tiene algun defecto, por el qual se le reprueba en favor del mismo protestante, ó reprobante, y éste protesta que no se le admita; pues de omitir en este caso la protesta, es visto aprobar á lo ménos su persona, y aun consentir su dicho. Pero si el defecto tiene su tendencia á su persona solamente, v. g. por estar excomulgado, &c. no es precisa la protesta, ántes bien si se hace, debilita su asercion, y surte el efecto de que deponiendo algo á su favor, no le aproveche, por presumirse depuesto por temor, y porque con la protesta quiso que en nada se le diese crédito (2); por cuya razon es menester gran precaucion en las que en semejantes casos se hacen, pues pueden ser perjudiciales al protestante.

418 La parte que presentó testigos en algun juicio, no puede tachar sus personas en él, aunque no se hayan examinado, ni tampoco en otro, sin embargo de que se produzcan contra ella, porque es visto haberlas aprobado (3); lo qual se limita en caso de enemistad, ú otra causa legal nacida, y sabida despues, en cuyo caso se le permite. Pero contra sus dichos puede alegar, y probar en el término expresado lo que la convenga, ya sea por razon de falsedad, contrariedad, error, equivocacion, ú otro motivo (4). Y para que sus deposiciones no la perjudiquen, conviene que en el pedimento con que presenta su interrogatorio, ó al tiempo que los produce proteste: *que no ha de ser visto aprobarlos, ni estar á sus declaraciones, mas que en lo favorable*, con cuya cautela no se le puede reconvenir de que aprobó lo que depusieron, ni por consiguiente serán testigos *contra producentem*; lo qual es

(1) Cap. Licet dilectus 49. de Except. contra testes, lib. 2. Decret. Reinf. en dicho lib. §. 17 n. 534. al 536. Pirhing. de Exception. contra testes, n. 239. (2) Dicho cap. Licet, al fin, & ibi glos. & Abb. Reinf. dicho §. 17. n. 538. Marant. ibi, nn. 2. y 4. (3) Ley 31. tit. 16. Part. 3. y ley Si quis testib. Cod de Testib. Greg. Lop. en dicha ley 31. glos. 4. (4) Dichas leyes 31. tit. 16. y Si quis testib. y cap. 31 de Testib.

al contrario en la produccion de instrumentos como en el n. 345. dejo explicado.

419 En quanto á si el Juez podrá, ó no repeler de oficio los dichos de los testigos inhábiles, es de advertir, que en ellos pueden concurrir varias especies de inhabilidad. Unos lo son para testificar absolutamente en qualquiera causa respecto de toda persona, v. g. los infames, los delinquentes, los impúberos, siervos, &c. porque por derecho están reprobados: otros para testificar contra, ó en favor de ciertas personas, v. g. los padres por los hijos, estos por ellos, los consanguineos por otros parientes, sino que sea sobre edad, los domésticos, &c. otros contra personas determinadas, v. g. el enemigo capital contra aquel á quien profesa enemistad, excepto que lo sea de ambas partes; el Judio contra Christiano, &c. y otros que no pueden testificar en ciertas causas, v. g. el Clérigo en las de sangre (1).

420 Supuesto lo referido, digo que si el testigo es inhábil por derecho, porque su inhabilidad consiste en culpa, infamia, impubertad, esclavitud, y en otras cosas semejantes, puede el Juez repeler de oficio su dicho, porque por el favor público, que prepondera al particular, tiene prohibicion legal de testificar. Por lo mismo carece de potestad la parte para habilitarlo, pues de lo contrario sería ofender el derecho público, y comun utilidad de la Republica, y hasta el decoro de los mismos juicios; pero si la inhabilidad no es legal, sino que cede principalmente contra los litigantes, y éstos la pueden remitir, v. g. por ser domésticos, parientes, amigos, enemigos, &c. no debe repelerlos sino á su instancia, porque por su silencio es visto que los aprueban, y habilitan (2), pues á ninguno está prohibido renunciar lo que está establecido en su propio beneficio (3). No deben admitirse tachas, sino de enemistad capital en las causas de lesa Magestad (4); ni en las de blasfemia, porque se equiparan á ellas, ni tampoco regularmente en las executivas, y demás sumarias (5).

(1) Reinf. dicho lib. 2. Decret. tit. 20. §§. 1. hasta el 17. inclusivè y otros que cita. (2) Ley Quos prohibet, ff. de Postuland. Gom. lib. 3. Var. cap. 12. n. 22. Paz tom. y part. 1. temp. 9. n. 9. y 10. (3) Cap. si diligenti 12. de Foro compet. y ley Si quis in conscribendo 29. Cod. de Pact. Cur. Philip. part. 1. §. 17. n. 14 y 15. (4) Ley Famosi, y ley In quæstionibus, ff. ad leg. Juliam Majestat. (5) Marant. de Repulsa test. n. 16. al fin. Abb. in cap. Veniens, de Testib. & ibi Felin. in 6. & Aretin. col. 10. Parlad. lib. 2. Rer. part. 5. cap. fin. §. 10. n. 25. Cur. Philip. part. 2. §. 19. n. 7.

421 Pasado el término de la restitucion, y prueba de tachas, si las hubo, han de alegar las partes de bien probada su intencion, y del derecho, y justicia que las asiste, segun resulte de sus probanzas en los términos insinuados, y si no las hicieron, alegarán solamente de su derecho, y justicia: conclusos los autos por la una, se ha de hacer saber á la otra, para que la conste que lo están, como diré en el num. 424.

422 Si alguno de los litigantes no quiere tomar los autos, aunque segun las leyes 2. tit. 15. lib. 11. y la 3. del mismo tit. y lib. Nov. Rec. basta acusarle una rebeldía para haberlos por conclusos, así para auto interlocutorio, como para sentencia difinitiva, se estila, no obstante, en algunos Juzgados acusarle dos (*a*); á la primera *la há el Juez por acusada, y manda se le notifique que dentro de tercero dia responda al traslado que le está conferido.* Este auto se le hace saber; y pasados los tres dias, si no los ha tomado, se la vuelve á acusar, insistiendo en que se hayan por conclusos legitimamente, y el Juez defiere á ello; bien que algunas veces suele mandar se le vuelva á notificar que dentro de segundo dia responda, y pasado sin haberlo practicado, se declaran por conclusos; y en estos casos se debe hacer saber la conclusion á ambas partes, para que les conste: lo mismo se practica quando son muchos los litigantes, pues á todos los que no quieren tomar los autos, se acusan las rebeldías en un mismo pedimento hablando con ellos, sin ser necesario para cada uno el suyo separado. Pero tomandolos ambos, los puede el Juez haber por conclusos con dos escritos de cada uno, así para sentencia interlocutoria, ó recibirlos á prueba, como para difinitiva, segun lo ordena la ley 9. tit. 6. lib. 4. citado, y lo dexo advertido en el num. 272. concediendoles el término que le parezca competente para alegar, pues los seis dias legales son para pleitos ligeros; lo qual se entiende quando no hay nuevo motivo para volver á alegar, pues si se producen, ó sacan nuevos instrumentos, como que se deben comunicar á la otra parte, podrán alegar ambas con este motivo nuevamente, y así lo he visto practicar.

423 Aunque no es de substancia del juicio, ni se anula

(*a*) Acerca de las rebeldías véase lo que se ha dicho en la nota pag. 116. num 272.

por no alegar las partes de su justicia, y derecho en vista de sus probanzas, pudiendo concluir en derechura, no obstante, está introducido, y son varios los motivos por que alegan, y se les comunican los autos. El primero, para que deliberen si han de continuar el pleito, ó ceder. El segundo, porque el alegato es especie de defensa, en el qual (estando formado como se debe) se reunen y compendian, no solo todos los hechos resultantes de los autos, y las razones legales, y reflexiones que de ellos nacen, sino que se impugna con solidéz todo lo que el contrario ha dicho en apoyo de su intencion; pero se tendrá cuidado de no citar leyes, ni doctrinas, porque lo prohibe la ley 1. título 14. lib. 11. Nov. Rec. pena de 600. maravedís al Abogado que lo haga, ó repita lo que antes alegó, por los motivos que expone. El tercero, porque una vez que las probanzas se ponen en los autos, son comunes á ambos litigantes, y se les deben manifestar si las piden, y de lo contrario pueden apelar: esto mismo está dispuesto por las condiciones de millones súplica sexta en las del quinto género, fol. 94. vuelto, por la que se ordena que en los pleitos civiles, y criminales se dén las informaciones en derecho, de unas partes á las otras, para que asi se aclare mejor la verdad á ménos costa suya, y no experimenten daño los pobres, con tal que no sean mas de dos alegatos principal, y repplicato, ni los Jueces los puedan recibir. Y el quarto, para demostrar mas bien al Juez la verdad, á fin de que determine con mayor prontitud, y conocimiento lo que estime arreglado, segun los méritos de la causa (1); bien que el Juez no debe sentenciar por lo que en él se exponga, sino por lo resultante de autos, á cuyo fin los debe inspeccionar con toda prolígidad; y á la verdad en esta Corte, y en donde se informa por los Abogados verbalmente á los Jueces, es ociosa la alegacion de bien probado, y un gasto inutil de tiempo, y dinero, porque aquella no se lee regularmente. De las alegaciones, ó informaciones en derecho que se hacen para mera instruccion del Juez, no se debe conferir traslado, excepto que se pongan con los autos, como deben ponerse al fin de ellos si se pide, segun lo manda dicha ley, porque en

(1) Ley 1. §. Edenda, ff. de Edendo, ley 2. Cod. eodem tit. y ley 2. Cod. Ut lite pendente, cap. Per tuas, de Fide instrum. Marant. part. 6. act. 10. de Actor. edition. n. 53. y 54.

este caso, y no en el otro, se hacen comunes, y son del proceso (1).

§. XI.

De la conclusion de los autos para difinitiva: y si despues de concluſos se podrán, ó no hacer probanzas.

424 Concluir en los pleitos, quiere decir que los litigantes renuncian todas las pruebas, y defensas que les competen, y que nada mas quieren, ni tienen que justificar en ellos. La conclusion es de substancia del juicio, ya se pida, ó no por las partes, como se prueba de nuestro derecho (2); por lo qual siendo dos solas las que litigan, y concluyendo la una, se ha el pleito por concluso legitimamente, y no se debe dar traslado de la conclusion á la otra, como en el fuero Eclesiastico se practica, sino unicamente hacersele saber para que le conste que ya está concluso, y no para otro efecto: siendo mas de dos como en un concurso, es menester que concluya la mayor parte en número, y en este caso se há por concluso conforme ván concluyendo, y se vá mandando hacer saber la conclusion, y correr el traslado, ó traslados, hasta que por los mas se concluye, y se les hace saber; bien que si por la produccion de nuevos documentos de la una alega la otra, y al mismo tiempo concluye ésta, se debe dar traslado de su alegacion á la que los produxo, aunque no sean mas que dos los litigantes, para que en vista de lo que responda á ella vuelva á concluir; pero siendo muchos, si no toman los autos, se les acusan las rebeldías expresadas en el núm. 422. La conclusion por ser cosa substancial del juicio, debe ir firmada de Letrado, y no hacerla por sí solo el Procurador, porque puede perjudicar á su parte.

425 Puede el Juez á instancia de ambas partes, ó de una de ellas (aun quando lo resistan) haber, y declarar la causa por conclusa, si pasados los términos que las prefine, no alegan de bien probado: tambien puede hacerlo si no hay probanza, y una pide que se haya el pleito por concluso, y porque la otra nada

(1) Marant. ibi, n. 58. Menoch. de Arbitrar. cas. 175. (2) Ley 3. tit. 15. y 2. tit. 9. lib. 11. Nov. Rec.

responde al traslado que de la pretension se la comunica, la acusa la rebeldía á la primera audiencia (1); pero si los litigantes son muchos, se ha de observar lo que queda sentado en el número anterior.

426 Sin embargo de estar prohibido hacer probanzas con testigos en primera instancia despues de la publicacion, y conclusion, por evitar que las partes en vista de lo que han declarado los presentados, corrompan otros que se perjuren, excepto sobre falsedad de instrumentos producidos en la prueba, ó despues, como he sentado en el núm. 407. no lo está por instrumentos, y asi con éstos pueden hacer prueba, no solo despues de la conclusion, sino despues de visto el pleito, con tal que no esté sentenciado, de los quales se debe dar traslado al contrario, á fin de que los impugne, y se cotejen, si fueron sacados sin su citacion, y exponga lo que le convenga acerca de su contesto, para evitar la nulidad; pero para que se admitan, y manden sacar, debe jurar la parte, que hasta entónces no tuvo noticia de ellos, y que no los pide, ni presenta de malicia ni por diferir el pleito, sino solamente por conducir á su justicia, lo qual es corriente en la práctica, y conforme á derecho (2), porque no hay riesgo de soborno, perjuro, ni otro fraude como con los testigos, y se permite á efecto de aclarar la verdad, y de que no perezca la justicia de la parte (*a*). Para probar la falsedad, y su-

(1) Ley 3. tit. 15. y 9. tit. 21. lib. 11. Nov. Rec. (2) Ley 1. tit. 3. y leyes 1. 2. 3. tit. 7. y 1. tit 13. lib. 11. Nov. Rec. Paz tom. 1. temp. 8. n. 15.

(*a*) El Señor Conde de la Cañada tratando de esta presentacion de documentos despues de la conclusion dice, que si el Juez juzgase que nada influyen en la substancia del proceso, ni en la justicia de la parte que los presenta, no debe admitirlos, y que si los admite, solo debe prevenir que se pongan con los autos sin causar perjuicio en su estado; pero que si son de tal naturaleza que puedan aclarar ó determinar la justicia del litigante, no solo los admita, sino que dé traslado al contrario, para que en su vista exponga lo que se le ofrezca. Esto podrá hacerse muy bien en los Juzgados ordinarios, donde los Jueces, cumpliendo con lo que previenen las leyes, ven por sí mismos los procesos; pero en los de Villa, donde se ha introducido la costumbre, ó mejor diria el abuso de los apuntamientos hechos por los Escribanos para la vista, al modo que lo hacen los Relatores en los Tribunales superiores, y los informes verbales de los Abogados, no tiene lugar el cotejo ó reconocimiento personal del Juez, que dice el Señor Conde de la Cañada; y asi, mediante que los Tenientes no se detienen, ni pueden detenerse á este exámen por los muchos negocios y pleitos en que entienden, y que por consecuencia no hay un medio para saber si el instrumento es vicioso, ó si conduce ó no

plicacion de los instrumentos expresados, ha de conceder el Juez al que los redarguye término competente, recibiendole juramento de que no lo hace (1) con malicia, sino por convenir á su defensa; ó jurandolo (como queda expuesto) en el pedimento en que solicita la prueba de su falsedad.

427 No solo puede hacerse la prueba por instrumentos despues de la conclusion, sino tambien por confesion, ó posiciones de la parte contraria concernientes al pleito, porque la confesion no es propiamente prueba, sino relevacion de ella (2). Igualmente puede hacerse por juramento supletorio á instancia de la parte en los casos en que há lugar, y quedan expresados en el núm. 115. y asimismo por vista ocular en los pleitos sobre que puede recaer (3), y dexo referidos en el núm. 366.

428 Tambien puede recibir el Juez de oficio qualquiera prueba despues de la conclusion, á fin de investigar la verdad, y sentenciar con mas justificacion, y conocimiento, porque para él jamás concluye el pleito (4). Asimismo podrá á instancia de parte, ó de oficio, examinar segunda vez al testigo que no fué preguntado sobre todas las preguntas del interrogatorio concernientes al pleito, si para todas fué presentado; y en caso de haber depuesto confusamente, hacer que aclare su dicho (5), *mandando que para mejor proveer se haga esto, ó lo otro*, ó lo que sea, &c. cuyo auto no es apelable; bien que si no quiere hacerlo, no está obligado á ello, no obstante que algunos dicen que sí, y que no lo haciendo, se puede apelar (6). En quanto á si el Juez en las causas ordinarias puede preguntar á una parte, y á los

para la justicia de la parte que lo presenta, me parece conveniente que se admita siempre, y se comunique al contrario, para que en el breve término que se le señale, diga lo que se le ofrezca, teniendo muy particular cuidado, de que por este medio no se dé lugar á que la malicia y cabilosidades de los litigantes alarguen los pleitos. Lo mismo deberia executarse en los Tribunales superiores.

(1) Ley 116. tit. 18. Part. 3. Cur. Philip. part. 1. §. 16. n. 32. (2) Ley 2. tit. 12. Part. 3. ley Ubicumque 21. ff. de Interrog. in jur. faciend & de Inter. act. y cap Cum Joan. de Fide Instrum. Greg. Lop. en dicha ley 2. glos. 1. y 2. Marant. part. 4. tit. Judicium ordinarium, n. 28. y part 6. tit. de Conclus. n. 5. (3) Leg. Si quis testibus al fin, Cod. de Test. & in leg. Contra negantem al fin, Cod. ad leg. Aquil. Jas. in repet. leg. Admonendi, col. 154 ff. de Jurejur. Mar. part. 6. dicha n. 4. y 6. (4) Dicha ley 2. tit 12 y cap. Cum Joannes, cit. Gaill. lib. 1. Pract. observ. 107 n 5 Jas. in dict. repet. n 61. y 62. (5) Ley 30. tit 16. Part. 3. y cap Per tuas, de Testib. (6) Paz tom. y part. 1. temp. 19. n. 11. al 17.

testigos á instancia de la otra despues de la conclusion sobre articulos nuevos, hay variedad de opiniones; pero en las sumarias es comun doctrina que puede; sobre lo qual vease á *Maranta part. 4. tit. Judicium ordinarium, & summarium, núm. 28. al 31.* y á los que cita.

§. XII.

De la recusacion de los Jueces superiores é inferiores, y subalternos de los Tribunales: causas por qué puede ser hecha y forma de hacerla.

429 No es otra cosa (segun mi proposito) la recusacion, *que declinacion, ó separacion por causa cierta, y justa de la jurisdiccion del Juez sospechoso, y de su audiencia, para que no conozca del negocio* (1). Fué introducida por tres razones. La primera, porque el conocimiento de la causa requiere tres cosas, que son, justicia, juicio, y verdad, las quales es muy dificil hallar en el Juez sospechoso (2). La segunda, porque es muy duro, y peligroso litigar ante un Juez, de quien no se tiene confianza (3). Y la tercera, porque por derecho natural es licito á qualquiera precaverse de la ofensa, y del ofensor (4); y asi no puede quitarla el Principe, ley, ni estatuto, porque mira á la defensa natural, y embebe en sí perjuicio irreparable (5) Sus efectos son, suspenderle la jurisdiccion, y facultades de entender en el pleito, de tal suerte, que una vez recusado legitimamente, debe sobreseer en su conocimiento (6), pues si procede, será nulo segun derecho como atentado todo quanto en él practique (7).

(1) Ley Apertissimi 16. Cod. de Jud. Canon. Quod suspecti 3. quæstio 5 y cap. Quod suspecti 3. quæstio 5. Covar. Pract. cap. 26. n. 1. Pirhing. de Recusat. n. 295. (2) Card. de Luc. in Prax. jud. c. 19. Quesad. Controv. jur. cap. 17. n. 16. Crespi. observ. 9. y 10. n. 4. Solorz. in Polit. cap. 8. (3) Cap Cum specialli, Cod. de Jud. cap. Quod suspecti, 3. quæst. 5. cap Cum inter, de Except. y ley 22. al princ. tit. 4. Part. 3. (4) Fontan. dec. 1. n. 1. Card. in Prax. verb. Recusatio. Pereir. in Prompt. jur verb. Recusatio. Barb. in Repert. jur. eod. verb. (5) Card de Luc. ibi, n. 2. Quesad. ibi, n. 18 Gras. except. 24. n. 15 (6) Cap. Secundo requiris 41. § fin hoc tit. y ley Apertissimi, cit. (7) Glos. Canon Quot. 2. q. 6 verb. Appell. Vallens. hoc tit. §. 19. n. 4. Reinf. hoc tit. n. 325. y 326.

430 Por derecho comun, y de las Partidas (1) se debia recusar al Juez ántes de la contestacion de la demanda, y no despues, á ménos que hubiese causa nueva para ello; pero hoy en qualquiera estado del pleito se permite, con tal que la sentencia no esté publicada, y asi pueden las partes recusarle, y tambien al Escribano, ó Escribanos que entienden en él (2). Y para que el principiante no ignore por qué causas pueden ser recusados, asi los Jueces como los Escribanos, y otros sabalternos, y qué se debe observar en la recusacion de los Jueces ordinarios, Togados, Eclesiásticos y otros, paso á explicarlo con la distincion, y claridad posible.

431 Muchas son las causas porque se puede conceptuar al Juez de sospechoso, y ser por consiguiente recusado. La primera, por tener mucha familiaridad con la otra parte. La segunda por ser consanguineo, ó afin de ella, pero no, si lo es igualmente de ambas. La tercera, quando es Teniente del Juez ordinario, y se tiene á éste por sospechoso con justa causa, aunque contra aquel no la haya: lo mismo procede quando el señor lo es, pues se puede tener por sospechosa á toda su familia. La quarta, quando quiere ser Juez en causa propia. La quinta, quando es enemigo capital del recusante, ó lo fué en otro tiempo, aunque esté reconciliado. La sexta, quando es consanguineo de consanguineo de su enemigo, ó comensal suyo, ó de éste, ó su paysano, ú oriundo de su país, y hallandose en tierra estraña, se tratan como hermanos, bien que la amistad que solo proviene del paysanage, no es causa suficiente para la recusacion, como advierte el *Sr. Greg. Lop.* en la *glos.* 4. *de la ley* 4. *tit.* 27. *Part.* 4. La séptima, quando es súbdito de la otra parte por razon de la jurisdiccion, ú otro motivo, v. g. vasallo, ó sufraganeo, pues por temor puede hacer injusticia. La octava, quando fué Abogado de ella en aquella causa; mas no, si lo fué en otra del todo diversa. La nona, quando favorece demasiado á la otra parte, y grava al recusante. La décima, si tiene con él tanta familiaridad, que le habla á la oreja La undécima, si el Juez procede injusta, animosa, y extrajudicialmente contra el recusante. La duodécima, si tiene otro pleito igual al que ante él pende, pues se presume

(1) Auth. Offeratur, Cod. de Litis contest. ley Apertissimi cit. y leyes 22. tit. 4. y 8. verb. *Otrosí decimos*, tit. 10. Part. 3. (2) Covar. Pract. cap. 26. n. 3. Paz tom. y part. 1. temp. 10 n. 20.

juzgará en él del modo que quiere se juzgue en el suyo. La decimatercia, si el recusante tiene algun pleito con el Juez como persona privada, pues produce bastante enemistad para conceptuarle sospechoso. La decimaquarta, si no quiso exercer con él algun acto de humanidad, si le contempla su enemigo, ó si no quiere saludarle, ó fué conminado por la otra parte para que hiciese daño al recusante La decimaquinta, quando el Prelado quiere ser Juez en pleito de su Iglesia, porque se presume la tendrá excesiva aficion. La decimasexta, quando fué consultor en la causa, aunque no haya sido Abogado, y reveló su voto; mas no, sino le reveló. La decimaseptima, si fué electo por consultor á pedimento solo de la otra parte, ó testigo en la causa, y luego pasa á ser Juez en ella. La decimaoctava, si es Canónigo de aquella Iglesia, y tambien una de las partes; pero no, siendolo ambas. La decimanona, si la parte contraria solicitó que su señor fuese su Juez en aquella causa; ó el mismo Juez procuró serlo; ó es socio suyo; ó ambos habitan una casa en compañia. La vigesima, quando el recusante tiene interpuesta apelacion de sentencia del propio Juez, pues estando pendiente se hace sospechoso para otra sentencia. La vigesimaprima, si recibió don, ó premio de la otra parte, pues se presume corrompido; y para probarlo bastan tres testigos singulares fidedignos, aunque cada uno deponga de hecho, y regalo distinto dado al Juez, si con su dicho concurren otras presunciones, y circunstancias, como lo ordena la ley 8. tit. 1. lib. 11. Nov. Rec. La vigesimasecunda, quando fué Juez en primera instancia, pues no puede serlo en la segunda. La vigesimatercia, quando por algun respeto tiene tendencia la causa al daño, ó provecho del Juez, v. g. por estar obligado á eviccion, ser fiador de la otra parte, &c. La vigesimaquarta, quando es iliterato, imperito, y la causa ardua, ó excesivamente severo, y cruel, ó indiscreto por costumbre. Y la vigesimaquinta, si es compadre de la otra parte, ó no quiere oir al recusante, aunque el pleito sea claro. Por estas causas, y por otra qualquiera que baste para remover al árbitro, y al Procurador, puede ser recusado el Juez, las quales refiere, y apoya Maranta con muchos textos, y AA. (1).

432 Para explicar con claridad el modo, y forma que se

(1) Part. 6. tit. de Appellat. n.28. al 73. inclusivè.

debe observar en la recusacion de los Jueces, segun nuestras Leyes Castellanas, y el Derecho Canónico, es preciso advertir que hay Jueces ordinarios, y delegados, Eclesiásticos, y Seculares; árbitros, executores, de residencia, Alcaldes de Corte, y otros Togados, y Presidentes del Consejo, Chancillerías, y Audiencias. Si el Juez letrado es ordinario, ó delegado secular, no es menester expresar la causa de la recusacion, basta jurar que no se le recusa de malicia, ni por calumniarle, sino porque se le tiene por sospechoso, y pedir con modestia se haya por recusado, y se acompañe conforme á derecho. La recusacion para que se haya por recusado en el todo, no se debe admitir, porque á ninguno de los dos se remueve, ni quita el conocimiento, y unicamente se les suspende el progreso en la causa sin el acompañado, y asi es nulo lo que sin éste practíquen despues de la recusacion, la qual se debe hacer por escrito, y no basta verbalmente: si falta el juramento expresado, no se admite la recusacion aunque no se pida al recusante (1), no obstante que la ley (2) solo le precisa á hacerlo quando la parte contraria lo pide. Lo mismo concibo se debe practicar con el Asesor necesario del Juez lego, qual es el Alcalde mayor, en donde el Corregidor es de capa, y espada, el Auditor de guerra, el Asesor de alguna Capitanía general, ó Comandancia, y otros semejantes, que son letrados, y tienen jurisdicion, á los quales no se quita el conocimiento como á los Asesores voluntarios, de que trataré en los nn.440. y 441. y asi deben acompañarse con los Jueces ordinarios.

433 La persona con quien debe acompañarse el Juez en las causas civiles, ha de ser un hombre bueno, y en las criminales uno de los Jueces del Pueblo. No habiendolo, han de nombrar los Regidores á dos de estos por acompañados; y si no se convinieren, ó no los hubiere, ha de elegir el Juez quatro hombres buenos de los mas ricos de él, los quales deberán echar suertes sobre quáles de ellos han de ser acompañados, y jurar los dos á quienes toque, que usarán legal, y fielmente su oficio, determinarán rectamente el pleito, y guardarán secreto en lo que fuere

(1) Ley 1. tit. 2. lib. 11. Nov. Rec. & ibi. Acev. glos. in dict. leg Apertissimi, verb. Recusare: Greg. Lop. en la ley 22. tit. 4. Part. 3 glos. 4. Cov. dicho cap. 26. n. 1. Paz dicho temp. 10. n. 22. (2) Dicha ley 22. tit. 4. Part. 3. verb.

Por onde

necesario (1): no siendo letrados, han de buscar un Asesor que lo sea. El recusante debe pagar sus derechos al acompañado, á lo que se le puede compeler por embargo, y venta de bienes (2), porque dá motivo á que se causen.

434 Siendo recusados los Alcaldes de Corte que tienen Provincia, y como Jueces ordinarios conocen de lo civil en primera instancia con los Escribanos de Provincia, se pueden acompañar con otro Alcalde, ó con persona de ciencia, y conciencia (3); porque en dicho caso no se distinguen de aquellos para este efecto, como quando juntos en Sala entienden en algun negocio, pues entónces son necesarios otros requisitos que explicaré en el n. 449. y siguientes. Lo mismo practica hoy regularmente qualquier Juez ordinario letrado, si hay otro en el Pueblo, por evitar los circulos de la ley, observando en quanto al número de recusados lo dispuesto para con los Asesores de los Jueces legos, de que trataré en el n. 441, pues por hombre bueno se entiende segun derecho (4) el Juez ordinario.

435 No conformandose en las causas civiles el Juez ordinario secular recusado, y su acompañado, ha de ir la causa al superior, si se apela de la sentencia de alguno: Si no se apela, es válida la que se da en favor del reo, excepto en los casos de matrimonio, dote, libertad, testamento, alimentos, causas pias, y otros, en los quales vale la que se profiere, aunque sea á favor del actor: ántes de proferirla pueden elegir tercero, y lo que los dos resuelvan, será sentencia, porque éste se reputa por Juez ordinario (5).

436 Pero si el recusado fuere delegado, y no se conformáre con el acompañado, ha de ir la causa al superior, porque sus sentencias no lo son, y como delegados ambos no pueden nombrar tercero, para que la de uno de ellos lo sea (6); pero estos han de pronunciar juntos la sentencia, á diferencia del ordinario, y su acompañado, que la pueden dar juntos, ó cada uno de por sí separadamente, por no prohibirselo el derecho (7).

(1) Ley 22. cit. y leyes 1. y 2. tit 2. lib.11 Nov. Rec. (2) Acev. en dicha ley 1. que ántes era del tit.16 lib.4. n 11. y n.21. al 25. Avend in cap.Præt.23. part 2. n 14. y 15. Segur. part.1. Direct. cap.14 n 49. y sig. (3) Ley 21. tit.2. lib.11. Nov. Rec. (4) Ley 31. tit.34 Part.7. (5) Leyes 17. y 18.tit.22. Part.3. ley Inter pares: y ley Duo judices, ff. de Re judic. y cap. fin. eod. tit.
(6) Dicha ley 17 tit.22. Part 3. C r.Phil. part.1. §. 7. n.15. (7) Bobad lib 2. cap 2. n.159. y lib.3. cap 8. n.117. y sig. Acev. ibi: n.34. Gutier. lib.1. Pract. quæst. 94. n. 2. vers. Ego vero.

437 En las causas criminales, y en las de libertad, y servidumbre, si el Juez ordinario, y acompañados discordaren, valdrá la sentencia proferida por la mayor parte, y dando cada uno la suya, será válida la favorable al reo; pero si el recusado delegado, y acompañados no se conformaren, ha de ir la causa al superior, porque el parecer de estos es uno, y no prevalece contra el del Juez, á ménos que uno de ellos se conforme con el de éste, pues entónces como de mayor parte será sentencia (1).

438 Debe asistir el Juez acompañado con el recusado en su Audiencia á dar la sentencia, y providencias que ocurran, no teniendo impedimento legítimo. Si no es Juez, respecto conferirsele jurisdiccion, debe jurar tambien que usará bien, y fielmente su encargo, y administrará justicia á las partes, pues siendolo, no necesita hacer el juramento, por haberlo hecho quando entró á serlo, ni se estila, aunque la ley 1. tit. 20. lib. 11. Nov. Rec. manda indistintamente á todos los acompañados que lo hagan (2); pero no puede ser recusado sin probarse causa (3), porque no se le contempla sospechoso, sino ántes bien imparcial.

439 El que solicitó que un Juez determinado conociese de su negocio, acudiendo á este fin al Príncipe, ó á su Tribunal supremo, ó al efecto expresado puso voluntariamente la demanda ante un Juez sin dicho requisito, no puede recusarlo despues sino por nueva causa de enemistad, ú otra que sobrevenga, aunque sea en la de reconvencion puesta por el reo, porque por el mismo hecho de suplicar que se le nombrase, ó de haber acudido ante él para que le administrase justicia, es visto haberlo aprobado, y no tenido por sospechoso (4).

440 Si el Juez ordinario es lego, debe nombrar á su arbitrio por Asesor (que es lo mismo que Consejero, ó Consultor) un Letrado aprobado para proferir la sentencia difinitiva, ó Auto interlocutorio que tenga fuerza de difinitivo, y mandar se haga saber el nombramiento á los litigantes, á fin de que si tienen por

(1) Ley 18. tit. 22. Part. 3. Paz tom. 1. part. 5. § 12. n. 53. al 57 Pisa in Cur. lib 2. cap. 18. Cur. Philip. part. 1. §. 7. n. 15. (2) Ley 22. tit. 4. Part 3. y dichas leyes 1. y 2. tit. 20 lib. 11. Nov. Rec. Covar dicho cap. 26. n. 1. al 3. Salg. de Retent. part. 2. cap. 19. n. 41. (3) Auth de Exhibendis reis, §. Si vero, collat. 3. Greg. Lop. en dicha ley 22. glos. 9. vers. *Et an iste adjunctus poterit recusari.* (4) Glos. & ibi Abb. al fin in cap. Insinuante, de Offic. delegat. Paul. de Castr cons. 442. col. penult. in 2. vol. Greg. Lop. ibi: vers. *Et nota quod reconventus.*

sospechoso al nombrado, le propongan otro, ú otros, de quienes no tengan sospecha, (pues no les debe ocultar quien es (1), aunque algunos (2) sienten lo contrario) como se prueba de la ley 2. tit. 21. Part. 3. que dice: *E por ende los juzgadores ante que dén su juicio, deben tomar consejo con tales omes en esta manera, diciendo primeramente á las partes: facemos vos saber que queremos haber consejo sobre vuestro pleito. Onde si vos habedes por sospechosos algunos omes sabidores desta Villa, ó desta Corte, dadnoslos por escrito; é despues que gelos obieren dados escritos, debe tomar el juzgador que ha de juzgar el pleito, uno, ó dos de los otros que sean sin sospecha, é mandar á ambas las partes que vengan antellos, é recuenten todo el pleito de como pasó, é muestren, é razonen ante aquellos consejeros aquellas razones que mas entendieren que les ayudarán*; de modo, que se les hace saber el nombramiento de Asesor, para que á la primera audiencia le recusen si quieren, como lo pueden hacer, sin necesidad de justificar, ni expresar causa; bien entendido, que hasta que pase la audiencia del dia siguiente, no se le deben llevar los autos, y una vez recusado no debe entender en el negocio, porque no adquiere jurisdiccion como el acompañado, para conocer de él, por ser mero Consultor, por cuya razon tampoco necesita jurar como éste, porque la ley no lo exige, y asi se observa. Pero despues de consentido tácita, ó expresamente el nombramiento por las partes, y aceptado por el Asesor, no le deben recusar en aquel pleito, ni tenersele por recusado sin justificacion sumaria de causa que sobrevenga, ó que haya sido ignorada hasta entónces (3), al modo que para con los árbitros, y arbitradores, ó compromisarios se dirá en el n. 503. Si el pleito consiste en denuncias, ó penas de ordenanza, no necesita el Juez lego asesorarse (4), ni tampoco para substanciarlo, pues basta el Escribano, que debe saber los trámites de su substanciacion.

441 Con motivo de hacer recusaciones generales de los Asesores voluntarios algunos litigantes cabilosos, y conformarse sola-

(1) Bobad. in Polit. lib 3. cap. 8. n. 218. Parl. differ. 70. n. fin. (2) Greg. Lop. en la ley inserta, verb. diciendo: Per 2 en la 24. tit. 3 lib. 2. ordenam. (3) Greg Lop. en la ley 2. tit. 21. Part 3. glos. 9. Specul. tit. de Requisit. cons. col. 4. (4) Scacia de Sent. cap. 1. glos. 3. q. 9. y glos. 13. Bobad. lib. 3. Polit. cap. 8. n. 255. Acev. en la ley 7. tit. 18. lib. 4. Rec. que hoy es la 8. tit. 20. lib. 11. Nov. Rec. n. 105.

mente con el Letrado que nombrasen el Señor Presidente, ó Gobernador del Consejo, ó los Presidentes, ó Regentes de las Chancillerías, y Audiencias, en cuyo distrito se seguia el pleito; conspirando con estas ilegales, vagas, y maliciosas recusaciones á vejar, ó molestar á sus contrarios, diferir la decision, y á otros fines perniciosos, para estirpar los gravísimos daños que de ellas se les irrogaban, proveyó el Consejo á representacion fiscal el Auto, que dice así: *En la Villa de Madrid, á 13. de Mayo de 1766. los Señores del Consejo de S. M. dixeron, que para evitar los graves perjuicios que se experimentan por la facilidad, y abuso de admitirse en los Juzgados ordinarios de estos Reynos recusaciones vagas de Abogados asesores, dilatando por este medio malicioso la breve expedicion de las causas, sus defensas, y determinaciones en los Dominios, y Provincias de los litigantes, tan recomendadas por todo derecho: debian de mandar, y mandaron, que los Jueces ordinarios no admitan recusaciones vagas de Asesores, aunque sea con el pretexto de consentir en el que nombrase el Señor Presidente del Consejo, los Presidentes, Regentes, ó Decanos de las Chancillerías, y Audiencias, ó de otros qualesquiera Superiores. Que solo se permita á cada parte la recusacion de tres Abogados asesores para la final determinacion, ó artículos de cada causa, quedando los demás de la residencia del Juzgado, y su Provincia hábiles, para que el Juez pueda nombrar de ellos, y no de otros al que tuviese por mas conveniente, sin permitir sobre ello instancia, contestacion, ni embarazo que difiera su conclusion en perjuicio de los litigantes, y buena administracion de Justicia, y lo rubricaron.* En conseqüencia de este auto, y para su observancia en estos Reynos, se expidió Real Cédula en el Real Sitio de Aranjuez á 27. del propio mes (1). En este caso se tendrá presente, que la recusacion de los tres no se entiende disyuntivamente (como algunos litigantes de mala fé interpretan) para cada auto, ó artículo, sino copulativamente para todos los artículos, autos, y sentencia que en cada juicio, ó pleito se provean; de suerte que si hacen la recusacion solamente para los artículos, puede ser de tres. Si no mas que para la sentencia, de tres tambien. Si recusan á tres para algun artículo, á ninguno mas pueden recusar ya en aquella causa. Si recusan para cada artículo el

(1) Ley 27. tit. 2. lib. 11. Nov. Rec.

suyo hasta el número de tres, quedan hábiles todos los restantes para la sentencia, y demás providencias, artículos, y recursos que ocurran en el pleito, ó juicio, ya sea posesorio, ó petitorio, pues en cada uno, ya haya, ó no artículos, no se debe recusar mas que á tres de los de la Provincia, ni admitir la recusacion de otros, porque de lo contrario podria no quedar Abogado en ella con quien pudiese asesorarse el Juez, vendriamos á incidir indirectamente en el escollo que fué á precaver, y evitar el auto inserto, y se frustraria, y quedaria ilusorio; por lo que á excepcion de los tres, todos los demás de ella quedan hábiles para que elija al que quisiere, lo qual he visto declarado varias veces, por ser conforme al espiritu del auto, y no concederles éste tal facultad, y asi se entiende por los Tribunales del Reyno. Pero es de advertir, que si el Asesor tiene firmada, y entregada al Juez la sentencia, no puede ser recusado (1), ni por consiguiente vale su recusacion.

442 El nombramiento de Asesor se debe hacer saber á las partes, como queda expuesto, las quales han de pagar los derechos de Asesoría, ya lo haga el Juez de oficio, ó á instancia de ambas; pero si lo es á la de una sola, ó aunque ésta no lo solicite, si la providencia que se debe dar es á su pedimento, los debe satisfacer; lo qual se entiende no estando el Juez asalariado, ó no siendo Teniente suyo, ó Letrado, aunque lo esté, pues entónces los ha de llevar con arreglo al Real Arancel sin excederse, pena de perdimiento del oficio, y de pagar el exceso con el quatro tanto (2).

443 Para recusar al Juez Eclesiástico ordinario, ó delegado se ha de expresar ante él la causa, ya sea de amistad, enemistad, parentesco, interés, ú otra. La recusacion es la primera excepcion dilatoria de que se debe usar ántes de la contestacion, protestando poner las demás en su tiempo, y lugar; pero si despues de ésta vino á noticia del recusante la causa, ó es notoria, puede recusarle en qualquier tiempo, y estado del pleito, jurandolo. Si le compete el beneficio de restitucion, le puede recusar despues de la conclusion, aunque la causa haya nacido ántes de ésta, y se debe admitir (3).

(1) Ley 9. tit. 2. lib. 11. Nov. Rec. Avend. in cap. Correct. part. 2. cap 23. n. 12. Parlad. differ. 70. n. penult. (2) Ley 3. tit. 35. lib. 11 Nov. Rec. (3) Cap. Insinuante 25. de Offic. deleg. cap. Pastoralis 4. de Except. cap. Cum spe-

444 Siendo delegado del Papa, Obispo, ó de otro Juez ordinario Eclesiástico el recusado, ha de compeler á los litigantes á que elijan árbitros letrados, que conozcan de la causa de recusacion, y la decidan, señalandolos para ello término competente, y compeliendolos á que nombren tercero en discordia. Estos árbitros han de asignar plazo á los litigantes para probarla, y si dentro del prefinido por el recusado no la determinaren, puede proceder éste en el principal negocio sin embargo de la recusacion (1). En quanto á si siendo delegados varios para conocer del negocio, y uno de ellos recusado, se han de elegir, ó no árbitros, vease al *Sr. Covarrub. Pract. cap. 26. n. fin.*

445 Declarando los referidos árbitros ser legitima la causa de la recusacion, si el Juez recusado fuere delegado del Papa, se le ha de remitir el negocio para su conocimiento, y no á otro, aunque lo consienta el recusante (2); y si fuere Obispo, ú otro ordinario, puede remitirlo al superior, ó á otro, consintiendolo el recusante: lo mismo puede hacer en otro no sospechoso ántes de la eleccion de los árbitros, ó de que se pruebe la causa, no obstante que estén electos (3). Si fuere subdelegado del Papa, se ha de examinar, probar, y determinar la causa ante el delegado, y no ante árbitros (4). Si fuere Vicario General, ó delegado del Obispo, ante éste (5); pero se debe advertir que el recusado no puede subdelegár despues de probada la causa de la recusacion, porque esto es acto de jurisdiccion y carece de potestad para exercerlo (6).

446 Los Jueces árbitros, ó compromisarios electos por las partes para dirimir, y decidir sus controversias, pueden ser recusados por enemistad nacida despues de su eleccion, ó descubierta entónces, aunque ántes naciese, ó por soborno. Esta recusacion se puede hacer requiriendoles el recusante á presencia de

ciali 61. de Appell. cap. Judex 5. y cap. Si contra 14. de Offic. deleg. in 6. y cap. Quod suspecti 3. q.1. Covar. Pract. cap.26. n.2. al 4. Reinf. lib.2. Decret. tit.28. §.12 n.320. al 324. Paz tom.2. part 1. cap.6. n.6. al 8.

(1) Dicho cap. Cum speciali, cap. Si quis contra clericum, de Foro compet. y cap. Judex, de Offic. deleg. in 6. Paz dicho cap.6. n.10. al 12. Salg. de Reg. part.2. cap.10 n.94. y part.3. cap 3. n. 25. vers *Quid igitur de arbitris.* (2) Cap. Judex cit. (3) Dicho cap. Cum speciali, y cap. Judex. Covar. cap.26. cit. n. fin Paz ibi, n.12. al 14 (4) Cap. Super quæstionem, §. Quem vero, de Offic. deleg. Paz ibi, n.18. (5) Cap. Contra unum, eodem tit. in 6. (6) Cap. Judex cit. glos in cap. Si subdelegato, eod.tit. Salg. de Retent. part.2. cap. 5. §. 1.

hombres buenos que no se entrometan á conocer del negocio, pues los tiene por sospechosos por tal causa, nombrandola: si no obstante este requerimiento continuasen, debe acudir al Juez ordinario de ellos, recusandolos, expresando la causa de la recusacion, ofreciendo probarla incontinenti, y pretendiendo que constando de ella, les prohiba entender, y proseguir en el negocio. El ordinario debe mandar al recusante que la justifique, y justificada, prohibirles la continuacion de la causa: si fueren tan tenaces que sin embargo de esta prohibicion prosiguieren en ella, no valdrá lo que practiquen, ni está obligado el recusante á pasar por ello, ni por no obedecerlo incurre en pena (1). Si los árbitros no recusados discordaren en la decision, han de elegir tercero, teniendo facultad para nombrarlo: careciendo de ella, ha de apremiar el Juez ordinario á las partes á que lo elijan, y se debe executar lo que el mayor número resuelva (2).

447 En ninguna causa civil, ni criminal puede ser recusado el Juez *mero executor*, y la razon es, porque nada hace de su autoridad propia (3); pero el *executor mixto*, que tiene facultad para admitir excepciones, y determinarlas, y por consiguiente puede irrogar daño á los litigantes con sus procedimientos, puede serlo en los términos que el ordinario (4).

448 Puede ser recusado el Juez de residencia del modo que el delegado; pero no se debe acompañar con los Regidores, porque son reos igualmente que el residenciado, ni tampoco con otro del Pueblo, pues aunque no sean reos, nunca dexa de mediar entre ellos cierto espiritu de parcialidad, y coligacion por la dependencia, y connotado de parentesco, y asi se ha de acompañar con Letrado de otro Pueblo, que no sea sospechoso (5). Si discordan en la sentencia, ninguna de las dos se debe executar, porque la contraria no lo es; pero en caso de querer executar alguna, ha de ser la ménos gravosa á los residenciados, y en los casos en que se permite executar sin embargo de apelacion (6).

(1) Ley 31. tit. 4. Part. 3. ley Sed etsi, §. Sunt & alii, & ibi glos. y ley Non distinguemus 32. §. Cum quidam 14. de Recept. arbitr. y ley Prætor 13. § penult. ff de Vacat. muner. (2) Leyes 26. y 27. tit. 4. Part 3. (3) Glos. fin. in cap. Novi, de Appellat. DD. in leg Si quis, §. 1. ff. de Pœnis. Avend. in cap. Prætor 23. part. 2. n. 10. al fin. (4) Dieg. Perez en la ley 4. tit. 8. lib. 3. Ordenam. vers. Dubitari. Escobar de Purit. part. 1. q. 6. §. 6. (5) Ley Nam & magis, ff. de Arbitr. ley Ille, à quo, §. Tempestivum, ff. ad Trebellian. glos. in cap. Causam 2. de Judic. (6) Ley Locatio 9. §. Quod illicite 5. ff. de Publican. &

449 Para la recusacion de alguno de los Señores de los Reales Consejos, Alcaldes de Corte, Oidores, y Alcaldes de las Reales Chancillerías, y Audiencias quando juntos en sus respectivas Salas conocen como Tribunal superior de algunos negocios en vista, y revista, ó en grado de segunda suplicacion, y no cada uno de por sí como Juez ordinario, ó comisionado, se han de observar seis requisitos. El I.° que el pedimento en que se pretenda, vaya firmado no solo de la parte, ó de su Procurador con poder bastante, sino tambien de Letrado, pues de otra suerte no se debe admitir. El II.° que contenga juramento de no recusarlos de malicia, sino por tenerlos por sospechosos por tal causa, la que sea, pues se debe especificar. El III.° que se presente en el Acuerdo, y no en la Sala, y se dé al Señor presidente, y no al Escribano de Cámara. El IV.° que sean honestas, moderadas, y no ofensivas al recusado, ni mal sonantes las palabras con que lo recuse. El V.° que se especifique con claridad la causa legítima que impele á la recusacion, v. g. si es por parentesco de consanguinidad, ó afinidad, en qué grado (contado por derecho civil, como acto civil y profano) y por qué linea, si es por amistad, ó enemistad, de qué causa proviene, y desde quando &c. pues no especificandose con esta individualidad, no se admitirán, por estar prohibida la admision de causas no especificadas (1). La recusacion por parentesco á los Señores del Consejo, y Alcaldes de Corte, si es de consanguinidad, no se debe admitir fuera del quinto grado, y quinto con sexto inclusive, y si es de afinidad, fuera del quarto grado, y quarto con quinto tambien inclusivè (2). Y el VI.° que en vista la ponga el recusante dentro de treinta dias contados desde el en que se principiare á ver el pleito, y no de su conclusion, (lo mismo se practica en revista), ó ántes de los quince próximos, é inmediatos al que se hubiere señalado para votarlo, pues de otro modo no se le admitirá, excepto por causas nacidas dentro de ellos, ó despues. Si nacieron ántes, debe jurar que hasta entónces no llegaron á su noticia, lo qual se entiende tambien para en caso que el pleito no se vote en el dia señalado, y pase adelante, pues en este tiempo no se

vectigal y ley fin. ff. de Fort. Solorz de Jure Indiar. lib.4.cap.8. n. 50. & in Polit. lib.5. cap.10. vers *Y así*. Paz in Prax. tom.1. pat.8. cap. unic. n.15.

(1) Leyes 3. 4. y 19 tit.12. lib.11. Nov.Rec. (2) Nota 4. á la ley 19. dicho tit. y lib.

puede recusar, sino por causas nacidas despues. Lo propio debe hacerse votandose el dia prefinido y remitiendose por discordia á otros Jueces, pues éstos no pueden ser recusados sino por causas nacidas despues de la remision (1); en todos estos casos lo ha de jurar asi el recusante.

450 Se pueden probar las causas de la recusacion de estos Señores Ministros por qualquier medio legal, y como uno de ellos por posiciones del recusado, las quales debe poner el recusante en el pedimento de recusacion, si hubieren venido á su noticia despues de la conclusion, jurandolo asi, y depositando la pena correspondiente, y el recusado debe responder á ellas, no siendo criminosas (2). Para probarlas por testigos, ú otro medio, es arbitrario el término; pero no puede exceder de puertos acá de 40 dias, y de puertos allá de 60; ni tampoco se pueden presentar ni admitirse sobre cada pregunta mas de seis testigos: despues de firmada la sentencia, aunque no esté publicada, ó notificada, no se debe admitir recusacion (3).

451 Es perentorio, y corre no solo contra los mayores de veinte y cinco años, sino contra los menores, y demás privilegiados, á quienes compete el beneficio de restitucion, el término para recusar á los Señores expresados, y probar las causas, pues para ello no gozan de él, y solo se les permite la justificacion de estas por confesion del recusado (4). En quanto á si contra la Iglesia, y menores corre este término, y han de ser restituidos para probar las causas despues de la conclusion, vease al *Sr. Covarrub. Pract. quæst. cap.* 26. *n.* 4. Aunque algun tercero opositor salga á la causa, coadyuvando al principal, no puede recusar sino en los casos en que éste, y asi la ha de tomar en el estado en que la halle (5).

452 El que recusa, y no prueba causa legítima, si es al Señor Presidente del Consejo, incurre en la pena de 1200 maravedís; si á otro qualquier Ministro de él, en la de 600; y si á Alcalde, ó Audiencia, en la de 300; y no dandose las causas por bastantes, en la de 60 (6); pero si es pobre, cumple con

(1) Leyes 15. 19. y 26. tit. 2. lib. 11. Nov. Rec. (2) Leyes 6. y 10. tit. 12. lib. 11. Nov. Rec. (3) Ley 9. tit. y lib. dichos. (4) Ley 18. del mismo. tit y lib. (5) Ley 17. del mismo tit. y lib. (6) Ley 7. tit. dicho, y Cédula expedida en Madrid á 29. de Marzo de 1563.

obligarse á su satisfaccion quando tuviere bienes (1). Por esta razon es menester gran cuidado en estas recusaciones, pues aun quando el recusante se aparte de la que haga, incurre en la mitad de la pena (2), al modo que el que se aparta pasados tres meses de la segunda suplicacion en los casos de la ley de Segovia, debe pagar las 1500 doblas; mas no, haciendolo dentro de ellos (3), lo qual he visto practicar tambien en un recurso de injusticia notoria, y gobernarse el Consejo por la misma regla, no obstante no haber ley que de ello trate, como en los de la de Segovia. Si es el Fiscal Real, cumple el Receptor de penas de Cámara con constituirse depositario de la mitad de ella, porque la otra mitad toca al Real Fisco. No me dilato mas en esta materia de recusaciones de Señores Ministros togados, por no ser preciso para el Escribano: el que apetezca mayor instruccion, asi acerca del modo de proceder en ellas, substanciarlas, y determinarlas, como de otras cosas concernientes, vea el tit. 2. lib. 11. Nov. Rec. *á Paz tom. 1. part. 6. §. unic. de Praxi recusandi, y á la Curia Philip. parte 1. §. 7. n. 17. al 31.* y en quanto á si los Fiscales de S. M. pueden ser, ó no recusados, y cómo, la *Cur. Philip. ilustr. tom. 1. part. 1. §. 7. n. 13.* y á los que cita.

453 El Relator puede ser recusado, sin que haya necesidad de expresar la causa por qué se le recusa, pero no se le ha de quitar el conocimiento, é intervencion en el pleito, ni sus derechos, ántes bien los Jueces ante quienes penda le han de dar acompañado, al qual debe satisfacer enteramente el recusante los que importare el trabajo de hacer el apuntamiento, y asistir á la vista del pleito, aunque nada haya trabajado en él (4): el pedimento de recusacion ha de contener el juramento de no hacerla de malicia, y dexar al Relator en su buena fama, y opinion, sin embargo de que la ley no lo previene.

454 Para recusar al Escribano originario del pleito, no es menester probar, ni aun expresar causa, basta jurar no hacerlo de malicia, dexandole en su buena fama, y opinion, y pedir al Juez que le dé acompañado, pues sin grave motivo justificado no se le puede remover de entender en él, porque se radica en su oficio, en donde debe subsistir, y es contra su honor la remocion,

(1) Ley 8. tit. y lib. cit. (2) Ley 19. cap fin. tit. 2. dicho lib. (3) Ley 2. tit. 22. lib. 11. Nov. Rec. (4) Ley 6. tit. 20. lib. 4. Nov. Rec.

no la recusacion: lo que sin el acompañado practique, es nulo (1). Pero éste no puede ser recusado sin causa, porque una vez que la parte pidió al Juez que lo nombrase, (pues ninguna ley la permite proponerselo) es visto haber aprobado, y querido conformarse con el que eligiese, y respecto deberse presumir que en su eleccion procedió con imparcialidad, y justificacion, es preciso que para remover al electo le haga ver el defecto que tiene, é ignoraba, pues de lo contrario le hace injuria, y no debe admitirse la recusacion como voluntaria, maliciosa, y ofensiva al mismo Juez. Si el Escribano originario está enfermo, ó ausente, puede despachar por sí solo el acompañado todo lo que ocurra en el pleito, porque no está recusado, y á falta de los dos, otro que nombre el Juez, porque con éste tampoco se entiende la recusacion. Si el recusante se aparta, como puede, de la recusacion, ha de cesar incontinenti el acompañado, por quedar habilitado el recusado, el qual siendo Juez comisionado para la probanza, puede admitir el apartamiento, y hacerlo saber al acompañado, á fin de que le conste, sin necesidad de ocurrir al Tribunal de donde dimana su comision, para que lo declare, pues se vuelve al estado que tenia ántes de ser recusado, y es lo mismo que si no lo hubiera sido para proseguir en las diligencias ulteriores.

455 Para el de diligencias en los Pueblos en que los Reales actuan, (acerca de lo qual nada dicen los AA. ni las leyes) se ha de practicar la misma solemnidad, á excepcion de que queda privado de entender mas en el negocio, porque para con él no se radica el pleito como para con el originario, que tiene oficio, y archivo determinado, en el que debe parar siempre custodiado. La práctica que en quanto á éstos hay en esta Corte, es proponer el recusante tres al Juez, á fin de que de ellos elija el que quiera, el qual á veces elige uno, y á veces otro no propuesto á su arbitrio. Si elige de los propuestos por el recusante, suele el contrario recusarle, ó á todos, excepto al que elija, y pretender que nombre de oficio otro *por vaga* (que quiere decir por discordia de los litigantes, ó por recusacion general) á lo que defiere. Si recusa á todos los del Pueblo, excepto á los que propone, no se le admite, ni debe admitir la recusacion, por ser maliciosa,

(1) Greg. Lop. en la ley 22. tit. 4. Part. 3. glos 9. vers. *Item nota quod tamen*: Avend. in cap. Prætor. part. 2. cap. 23. n. 13. Paz in Prax. annota de Tabellion. n. 42. al 44.

asi elige el Juez uno de los recusados, y no propuestos.

456 Pero dudan algunos ¿si nombrando el Juez otro Escribano de los no propuestos en qualquiera de los casos referidos, ó de oficio *por vaga*, podrá ser, ó no recusado? Mi opinion en este punto es que el nombrado de los no propuestos puede ser recusado sin causa, como tambien el que elige el Juez á su arbitrio, quando la parte que recusa al primero que entiende en el negocio, dice que lo nombre; y las razones son: I.ª porque si puede recusar al Juez, mucho mejor al Escribano que elija, pues en quanto á los Reales no hay la costumbre inconcusa de que se le pida le dé acompañado, como se practica para con los originarios, ni para ello interviene el mismo motivo. II.ª porque no hay ley que lo prohiba, y lo que no está prohibido, se entiende permitido. III.ª porque el Juez en los pleitos es como un mediador con autoridad, y potestad para avenir á los litigantes sobre sus contiendas, y compelerles á ello en virtud de la sumision que hacen á su jurisdiccion, la qual dura por lo mismo miéntras no se apartan de la controversia, ó querella, por lo que no ha de usar de su oficio, ni proceder á elegir hasta ver si están, ó no conformes con el electo de los propuestos por el recusante, por no verificarse todavia discordia de ambos en esta parte. Pero el nombrado de oficio *por vaga* no puede ser recusado sin causa probada, y ántes bien debe estimarse maliciosa la recusacion, porque el Juez usa en este caso de su autoridad, y oficio de mediador, el que no pueden quitarle, ni limitarle los litigantes, ni impedirle su uso una vez sujetos y discordes, interin no cesen en el pleito, pues de lo contrario se eternizarian los pleitos, y se ocasionarian graves, é irreparables perjuicios á los que litigan de buena fé.

457 La parte que recusa al Escribano originario, debe pagar enteramente sus derechos al acompañado, porque á su instancia trabaja, y los devenga, á lo qual le puede apremiar el Juez por embargo, y venta de bienes, ya sea ántes, ó despues de visto, y sentenciado el pleito (1), al modo que quando se recusa á los Relatores lo manda la ley Real (2); pues aunque acerca de esto ninguna trata, milita la misma razon, y asi se practica.

(1) Acev. en la ley 1. n. 19. al 23. tit. 16 lib. 4. Rec. que hoy es la 1. tit. 2. lib. 11. Cur. Philip. part 1. § 7. n. 33. Escobar de Parit. part. 1. q. 6. § 6.
(2) Ley 6. tit. 20. lib. 4. Nov. Rec.

458 Para evitar los perjuicios que se causaban á algunos litigantes de suspender los Jueces el curso de los pleitos, quando S. M. ó alguno de sus Tribunales superiores por queja de ellos les pedian informe, sin embargo de que por esto no debian suspenderlo, porque lo prohiben la ley 11. tit. 4. lib. 3. Nov. Rec. se expidió Real Cedula en el Real Sitio del Pardo á 11. de Enero de 1770. á consulta del Consejo; y lo dispositivo, y preceptivo de ella dice: *Que los Tribunales, y Justicias del Reyno, asi ordinarias, como comisionadas ó limitadas á ciertas causas, ó personas, procedan con arreglo á las expresadas leyes en la administracion de justicia á determinar las causas con la brevedad mas posible, sin permitir dilaciones maliciosas, ó voluntarias de las partes, ni suspender su curso, aunque por los Tribunales, y Jueces superiores se les pida informe en su asunto. Que no se expidan cartas, ni provisiones, ni se admitan apelaciones, ó recursos que no sean conformes á derecho. Que si algunas se despachasen en contrario, se obedezcan, y no se cumplan. Que quando se pida de mi Real orden algunos informes sobre pleitos pendientes, se dé pronto cumplimiento, pero entendiendose siempre sin retardacion, ni suspension de su curso, á ménos que en algun caso particular tenga á bien mandar expresamente que se suspenda; encargando como encargo á todos los Tribunales, y Jueces estrechamente la observancia de las leyes, la mas pronta expedicion de las causas, y la rectitud, y libertad con que deben administrar justicia, como principal objeto á que se dirigen mis justificadas intenciones*, y asi se observa en esta Corte.

459 Con arreglo á esta Real resolucion se debe proceder tambien, quando alguno que está executado, acude al Consejo pidiendo moratoria, y que se manden suspender las diligencias executivas, y éste dá traslado llano al acreedor, ó acreedores, sin mandar al Juez *que suspenda, ó no innove, ó no le moleste* por cierto término que señala, pues por este hecho es visto quiere que el Juez prosiga las diligencias contra el deudor, y que el traslado sea, y se entienda sin perjuicio del estado, y naturaleza de la causa, y su prosecucion; lo qual he visto declarado por el Consejo, y practicar repetidas veces, y debe hacerse por los Jueces, y Escribanos, aunque se les muestre certificacion del recurso pendiente, y no sobreseer en las diligencias, mientras no se les mande expresamente, lo que no deberán hacer quando la mora-

toria se obtuvo ántes que le executasen, y el Consejo confirió traslado, y mandó pasar la pretension á Sala de Justicia para que allí se examine si se ha de deferir, ó no á ella, pues en este caso hasta que se declare no haber lugar á su concesion, nada se debe practicar, á causa de que el Juez está interpelado por el Superior ántes de tomar conocimiento del negocio.

§. XIII.

De la sentencia difinitiva, circunstancia que requiere para su validacion; si el Juez la podrá, ó no revocar, ó reformar; y término para apelar de ella.

460 La sentencia, generalmente hablando, es de dos maneras, *interlocutoria, y difinitiva.* Se llama interlocutoria la que el Juez profiere en el discurso del pleito entre su principio, y fin sobre algun incidente, y todos los autos preparatorios para la difinitiva. La decision, ó terminacion, que con vista de todo lo alegado, y justificado por los litigantes, hace sobre el negocio principal, imponiendo fin por la absolucion, ó condenacion á la controversia que ante él suscitaron, es lo que propiamente se llama sentencia (1).

461 Se llama así de la voz, ó palabra Latina *sentiendo*, y de la Castellana *sentir*, porque el Juez declara, y decide segun lo que siente, y piensa (2). Es la causa final de la intencion de los litigantes, porque ésta se dirige á conseguir por ella que se termine, y concluya su contienda (3). Debe pronunciarla, estando presentes éstos, ó citandolos para darla, dentro de los veinte dias siguientes al de la conclusion, pena de pagar dobladas las costas que les causare, y 50ⓓ. maravedís á la Real Cámara, si siendo requerido por alguno de ellos, no lo hace, y de nulidad, si falta su presencia, ó citacion (4); pero el cúmulo de negocios, especialmente en los lugares populosos, imposibi-

(1) Ley 1. tit.22. Part.3. Abb. in Rubr. extra de Judic. col. pen. Specul. tit. de Sent prolat. §.1. y § 2. al princ. part.2. glos. in Clement. 1. verb. *Difinitiva.* (2) Ley Sicuti, §. Sed si quæritur, ff. Si servitus vindicetur. (3) Marant. part.2. n 32 al 36. y n.46. y fin. Reinf. lib. 2. tit. 27. §. 1. n. 6. al 12. (4) Ley 1. tit.16. y 5. tit.13. lib.11. Nov. Rec. y ley fin. tit.26. Part.3.

lita á los Jueces de sentenciar los pleitos en muchos meses, y asi tardan mas tiempo en proferirla.

462 Convienen la interlocutoria, y difinitiva en que por ambas se decide lo que tratan, y controvierten los litigantes, y el Juez profiere segun el concepto, y juicio que forma por lo resultante de autos. Se diferencian, lo I.° en que por la difinitiva se difine el negocio principal, ó lo que se dedujo principalmente en el juicio, condenando, ó absolviendo (1); y en la interlocutoria nada se toca del negocio principal, sino solo de algun incidente, ó excepcion que se opone en el juicio, por lo que no se acaba la controversia (2). Lo II.° en que el Juez no puede revocar, ampliar, ni enmendar la difinitiva despues de publicada, porque ya hizo lo que le tocaba, se acabó su potestad, dexó de serlo, y espiró la jurisdiccion, que para el conocimiento y decision del negocio le prorrogaron los litigantes por su voluntaria sumision (3), excepto en los casos que explicaré en el n. 491. y siguientes; pero la interlocutoria sí, en qualquiera parte del juicio ántes de la difinitiva, porque para él nunca pasa á cosa juzgada (4), á ménos que la confirme, ó revoque el superior, pues entónces no puede, y para pedir reformacion de ella no hay término señalado en el derecho, y asi el agraviado puede pretenderla ántes que se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada; lo que no sucede para apelar, como en el n. 485. diré. Lo III.° en que la difinitiva puede justificarse en grado de apelacion por los mismos autos, y otros nuevos; pero la interlocutoria no, pues se ha de determinar por lo que resulta justificado, y excepcionado ante el Juez inferior, sin que se admita nueva prueba, ni otra cosa (5). Lo IV.° en que para dar la sentencia difinitiva deben ser citadas precisamente las partes, y de faltar este requisito, es nula; pero para la interlocutoria no es necesaria la citacion, excepto que tenga fuerza de difinitiva, ó sea de mucha entidad, y pueda causar grave perjuicio (6). Lo V.° en que

(1) Ley Præses, Cod. de Sent. y ley 1. ff. de Re judic. (2) Ang. cons. 114. y 115. Alex. in Rubr. ff. de Re judic. (3) Ley Judex posteaquam 55. ff. de Re judic. y leyes 2. y 3. tit. 22. Part. 3. (4) Ley Quod jussit 14. ff. de Re judic. y cap. Cum cessante de Appell. (5) Leyes 6. y 7. tit 10. 4. tit. 13. y 6. tit. 21. lib. 11. Nov. Rec. ley Per hanc, Cod. de Temp. appell. y Clementin Appell. de Appellat. (6) Glos in leg. Nec quidquam, §. Ubi decretum, ff. de Offic. Procons Jason in leg Diem proferre, in princ. ff. de Arbitr. & in leg. Recusare, ff. ad Trebell. Reinf. ibi, n. 26. hasta el fin.

la difinitiva produce *accion in factum*; pero no la interlocutoria, que no tiene fuerza de tal. Y lo VI.º en que para la difinitiva se requiere el órden judicial, que prescribe el derecho; pero para la mere interlocutoria no es preciso. Véanse las trece qüestiones que promueve y exâmina Maranta en la *part. 6. tit. de Sententia difinitiva, & interlocutoria, n. 3. al* 23. y desde éste al 41. sobre si ciertas sentencias que refiere, son interlocutorias, ó difinitivas.

463 Toda sentencia interlocutoria, que sobre lo que se profiere no espera despues otra del mismo Juez, tiene fuerza de difinitiva, porque surte el efecto de ésta, y pone fin, y término á aquella instancia, ó incidente, v. gr. la absolucion de la observancia de las formalidades del juicio; la en que se declara por desierta la apelacion, la en que se multa á alguno, aquella por la qual se acaba el oficio del Juez, v. gr. quando se pronuncia incompetente, la que difine algun artículo substancial del negocio principal, v. gr. quando uno de los litigantes pide restitucion porque dice ser menor, y el Juez declara que no lo es, pues por esta sentencia queda excluido de la restitucion pedida, y se decide este artículo substancial de la causa principal, ó quando se admite, ó excluye la excepcion perentoria, ó el Juez no quiere admitir algunas pruebas, sin las quales no puede obtener el que las intenta, ó quando por la sentencia interlocutoria se manda dar, ó hacer alguna cosa, y en otros casos semejantes (1). De estas sentencias se puede apelar ántes que se difina el negocio principal (2); pero no se admite segunda suplicacion de ellas, ni el Juez las puede revocar.

464 En quanto á si el mandamiento de pago se debe estimar por sentencia interlocutoria, ó difinitiva, es de advertir, que si es dado sin conocimiento de causa, ó con cláusula justificada, v. gr. *pague, y si razon tuviere para no hacerlo, la deduzca, &c.* se le debe tener por interlocutoria, y compareciendo el llamado, se convierte en simple citacion (3); pero si no comparece, y por

(1) Immol. Butr. & Abb. in cap. Cum cessante, de Appellat. Alex. in dict. leg. Quod jussit col. 7. vers. 12. & in leg. 5. col. 2. ff. de Verb. oblig. & in Rubr. ff. de Re judic. al fin glos. in Clement. fin. de Appellat. & in Clement. 1. de Causa possess. & propriet. leg. 1. Cod. Quando provocare non est necesse, & in leg. Cum & minores, col. 2. Cod. Si adversus rem judic. y ley Intra utile tempus, ff de Minor. Reinf. dicho tit. 27 y §. 1. n. 18. al 25. (2) Glos. 1. leg. Intra utile, ff de Minor. Dueñ. Reg. 52. n. 3. Paz tom. 1. part. 7. cap. unic. n. 82. (3) Leg. 1. Cod. de Execut. rei judic. Alex. in leg. de Pupillo, §. Meminisse, ff.

esto se le acusa la rebeldia, queda firme el mandamiento (1).

465 Si este se dá contra el que ha confesado la deuda ú la obligacion, se debe distinguir. Si para darlo precedió escrito formal, litis contestacion, y forma de juicio, y el reo en el discurso de éste confesó, se debe tener por sentencia difinitiva, porque mas se adhiere, y semeja á ésta, que á la interlocutoria, y asi no se puede revocar. Si se dió verbalmente sin formalidad de proceso, v. g. quando habiendo sido llamado el reo á presencia del Juez confesó, y éste en vista de su confesion le manda que pague, es interlocutoria por falta de formalidad, no obstante que difine el principal negocio; pero respecto darse con conocimiento de causa, y tener por esto fuerza de sentencia difinitiva, no se puede revocar, lo que al contrario no habiendo precedido conocimiento de clausula, (v. g. quando tiene causa justificada) es revocable como qualquiera interlocutoria (2).

466 La sentencia judicial debe ser conforme al libelo, ó demanda en tres cosas, que son: *alhaja*, ó cosa; *causa*, *y accion*. Debe ser tambien arreglada á derecho, y buenas costumbres, sobre hechos claros y plenamente probados, sin exceder de lo pedido; de lo contrario es nula por derecho, aunque de ella no se apele. Ha de recaer sobre cosa cierta, bien que puede remitirse á los autos, si en ellos consta: si es sobre cantidad iliquida, debe mandar el Juez que se liquide, aprobando luego la liquidacion con audiencia de las partes ántes de executar la sentencia, como sucede en las de condenacion á dar cuentas, restituir herencia, y otras semejantes, y en los juicios universales (3).

467 Si hay condenacion de frutos, ó intereses, debe tasarlos el Juez en la sentencia, y no remitirlo á contadores, porque está prohibido (4). Si ésta es condenatoria en parte, y en parte absolutoria, debe especificar las razones de esta diferencia (5); bien que hoy regularmente no fundan muchos Jueces sus sentencias por evitar siniestras, y violentas interpretaciones, y solo se re-

de Oper. nov. nunc. Jason in dict. leg. Nec quicquam, y §. Ubi decretum, col. 3.

(1) Marant. part. 6. tit. de Sent. diffinit. & interlocut. n. 27. (2) Reinf. ibi, n. 23. Marant. ibi, n. 28. 42. y 45. (3) Ley Si cum inter te, Cod. Quando provocare non est necesse, ley Si expressum, ff. de Appell. y leyes 3. y 4. Cod. de Sent. quæ sine certa quantit. §. Curare, Instit. de Action. cap. 1. de Sentent. & re judic. y leyes 1. y 16. tit. 22. Part 3. Scacia de Sent. cap. 1. glos. 14. q 15. & de Appell. q 17. limit. 9 n. 24 (4) Ley 6 tit. 16. lib. 11. y ley 10. tit. 10. lib. 4. Nov. Rec. (5) Paz tom. y part. 1. temp. 11. n. 24.

miten genericamente á lo resultante de autos, sin mencionar especificamente cosa alguna de ellos (*a*).

468 Quatro cosas principales deben concurrir en la sentencia para su validacion, á saber: *eficiente*, *material*, *formal*, *y final*. La eficiente se reduce lo I.º á que contenga el nombre del Juez, porque éste es la causa eficiente que compone la sentencia, y le da el sér, lo qual se observa en los Juzgados de esta Corte, pues entra el Juez hablando, firma la sentencia, y el Escribano con él, y no hay pronunciamiento; lo que al contrario en muchos de fuera, en los quales no se estila expresar en ella quién la da, y por eso el Escribano la lee en su Audiencia ante testigos, pone á su continuacion el pronunciamiento, diciendo en él por quién es dada, y en qué dia, y lo firma. Lo II.º que se exprese si es ordinario, ó delegado, pues si ignora el fundamento de su potestad, no valdrá. Lo III.º que no sea mudo, sordo, furioso, ni tenga otra prohibicion legal. Lo IV.º que esté sentado *pro tribunali*. Y lo V.º que la dé por escrito, y la lea por sí mismo á las partes (1); pero esto ultimo no se acostumbra, y asi la entrega al Escribano, el qual se la notifica, al modo que por derecho comun, y conónico (2) se permite á los Obispos, y personas ilustres por la prerrogativa de su dignidad, que la hagan saber por medio de otro.

469 La causa material es el libelo apto producido en juicio,

(*a*) El Señor Don Cárlos III. por su Real Cédula de 23. de Junio de 1778. que hoy es la ley 8. tit. 16. lib. 11. Nov. Rec. mandó que para evitar los perjuicios que resultaban con la práctica que observaba la Audiencia de Mallorca de motivar sus sentencias dando lugar á cabilaciones de los litigantes, consumiendo mucho tiempo en la extension de ellas, cesase dicha práctica en todos los Juzgados con inclusion de los privilegiados, ateniendose á la que observa el Consejo. En otros paises se ha mandado lo contrario, creyendose muy conveniente para cortar los malos efectos del arbitrio judicial que los Jueces precisamente funden sus sentencias con las leyes, de modo que estas sean las premisas y aquellas la consequencia. Asi la justicia en estas naciones no queda en presuncion, y las partes tienen la satisfaccion de saber que los Jueces son justos pues que deciden por las leyes, y no por su opinion particular ó la de otros. Será siempre perjudicial que la autoridad ocupe el lugar de la razon, especialmente en los juicios donde cada interesado que litiga de buena fé, se esfuerza para demostrar la suya, y si no se le demuestra que no la tiene, callará, pero no quedará satisfecho ni convencido.

(1) Marant. de Sent. difin. & interlocut. vers. *Secundo principaliter quæro.* n. 47. al 57. (2) Ley 2. Cod. de Sent ex brevicul recitand. y cap. ult. de Sentent. & re judic. in 6. Reinf. dicho tit. 27. §. 2. n. 57. al 63.

y todo el proceso que á conseqüencia de él se forme y sirve de materia para la sentencia, del qual se debe hacer mencion en ésta, porque se refiere á él, y por lo que de él resulta se profiere, por lo que si falta el conocimiento, é inspeccion del proceso, no vale la sentencia, pues el Juez debe darla segun lo alegado, y probado, y conforme al libelo, sin excederse; y asi, no habiendo proceso, que es la materia, no puede haber sentencia.

470 Esto se limita quando se da comision para proceder, *atendida solamente la verdad del hecho*, en cuyo caso no se anula por no ser conforme al libelo; v. g. quando se pidió una cosa, y se probó otra, pues recae la sentencia sobre la materia que nació, pendiente el juicio, porque esta cláusula es mas amplia, y tiene mas vigor que la de que se proceda *sumaria*, *simplemente*, *y de plano*: se aparta de las reglas prescriptas por derecho positivo, y se juzga comisionado al Juez para proceder con mano Real, como si fuera la Real Persona, que no está obligada á observar el órden judicial, ni tampoco sujeta á las leyes positivas en lo coactivo (1). Pero si el libelo es inepto, no sirve la sentencia, ni de consiguiente todo lo obrado en el proceso, excepto en las causas sumarias, en las que no se observan estrictamente el órden, y solemnidad judiciales (2).

471 La causa formal se puede considerar de tres maneras, á saber: respecto del Juez, de los litigantes, y de la misma sentencia. Respecto del Juez se debe mirar lo I.° que la profiera en el lugar que debe, y sus predecesores acostumbraron, y no fuera de su territorio, á ménos que las partes lo consientan; bien que el delegado no siendolo para todas las causas, el árbitro, y el de apelacion pueden darla en qualquiera parte honesta; y lo mismo en aquellos en que se procede de plano, en las de jurisdicion voluntaria, y en todos los actos que conciernen á la ordenacion del pleito. Lo II.° el tiempo, pues no debe darla en el prohibido para juzgar, ni despues del legal, ni de noche, ni pendiente la dilacion, ó término concedido, ni tampoco sin presencia, ó citacion de las partes, á ménos que proceda de oficio, ó que haya habi-

(1) Cap. ad petitionem, 22 de Accus. Reinf. dicho lib. 2. y tit. 27. §. 3. n.81. y 82. Barb. claus. 173. n. 2. Jason in leg. Certi conditio, §. Si numos, n.32. y 33. ff. de Reb. cred. si cert. petat. Abb. in cap Nostra, n.8.de Sepult. Marant. part.4. dist. 9. n.32. (2) Marant. part. 6. de Sent. difinit. n.58 al 69.

do vista de autos con su citacion, y para mejor proveer mande el Juez practicar alguna cosa, pues no es necesaria nueva citacion despues de practicada esta, para dar la sentencia. Y lo III.º que el Juez sea competente, no dude de su potestad, ni proceda despues de admitida la apelacion, ó de inhibido del conocimiento por el superior, y que no tenga impedimento, ni prohibicion legal de juzgar. Con respecto á los litigantes deben nombrarse en la sentencia, ya sean habiles para comparecer en juicio, ó tengan defensor legítimo que por ellos comparezca. Respecto de la misma sentencia debe considerarse que esté escrita ántes de publicarse, que no sea notoriamente injusta, ni falsa la causa en que se funda, ni dada contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada, ni incierta, ni en ella se exprese persona, cuyas facultades para litigar no consten en el proceso, ni contengan error manifiesto, ni otros vicios que la anulen segun derecho, ni la falten tampoco los demás requisitos prescriptos para su validacion (1).

472 La causa final es, que la sentencia contenga las palabras *condeno*, ó *absuelvo*, ú otras equivalentes decisivas, y no ambiguas, porque este es el fin á que aspiran los litigantes, para cuya consecucion comparecen ante el Juez, y le eligen, y adoptan por mediador imparcial en su controversia (2); pues si la sentencia está obscura, y confusa, se puede pedir al Juez que la declare, y hasta que lo haga, no corre el término de apelar de ella, una vez que se pida dentro de él la declaracion, porque no es sentencia, sino confusion.

473 Para dar la sentencia deben los Jueces inferiores ver, y examinar por sí propios los autos, á presencia de las partes, y no por relacion de los Escribanos (3) (*a*), como senté en el n. 274.

(1) Reinf. dicho tit. 27. y § 3. per tot Marant. part. 6. y tit. proxime cit. n. 70. al 121. (2) Marant. ibi, n. 122. al 127. (3) Ley 3. tit. 16. lib. 11. Nov. Rec.

(*a*) Tales eran los perjuicios que se seguian de que los Escribanos relatasen los procesos á los Jueces para sentenciar, que las Cortes de Toledo de 1539. y las de Madrid de 1586. se vieron en la precision de suplicar se aboliese semejante abuso, y en efecto condescendieron á estas peticiones los Señores Don Carlos I. y Don Felipe II. mandando que los Jueces no tuviesen Relatores, sino que viesen por sí mismos los procesos, y que quando lo hubiesen de hacer estuviesen presentes las partes. Esta es una de las leyes mas sabias que se han hecho en España, cuya observancia seria muy conveniente. Aunque á prime-

Lo mismo deben practicar los Alcaldes de Corte, que como Jueces ordinarios conocen de lo civil, pues les está prohibido tener Relatores, pena de cinco mil maravedís, y destierro de un año al Relator por cada vez que se la hiciere (1); bien que sin embargo de esta prohibicion, se acostumbra en los Juzgados de esta Corte, no solo hacer relacion los Escribanos, sino pedir las partes se les comunique el apuntamiento, ó Memorial ajustado con los autos, á fin de ver si está conforme, y no estandolo, hacer que se enmiende, adiccione, ó coloquen los hechos como deben estár para su mas clara inteligencia, y asistir sus Abogados á la vista para informar verbalmente á los Jueces del derecho de ellas, é ilustrarlos con las leyes y doctrinas que hablan del asunto. Aun algunas veces se les informa por escrito, segun lo permite la ley 1. tit. 14. lib. 11. Nov. Rec. observando en estos papeles, ó informaciones en derecho (que no se unen á los autos, ni se comunican á las partes por no ser del proceso) lo que previenen las leyes 2. tit. 14. lib. 11. la 29. tit. 22. lib. 5. las notas 2. y 3. del mismo tit. 14. lib. 11. la 9. del tit. 22. lib. 5. la 5. del tit. 19. lib. 4. y la ley 3. tit. 14. lib. 11. Nov. Rec. en caso de imprimirse, como suele hacerse en el Consejo, para que teniendolo todo presente, no yerren la determinacion, y puedan despachar con mas brevedad los muchos negocios que ocurren, pues de otro modo serian interminables.

474 En el juzgar deben los Jueces superiores, é inferiores, asi en primera, como en segunda, y tercera instancia, mirar, y atender á la verdad, y no detenerse en las solemnidades, y sutilezas prescriptas por derecho para el órden de enjuiciar, de suerte que constando justificado el hecho, aunque falten las so-

ra vista parece muy facil, es realmente muy dificil el escribir los hechos de un pleito con toda claridad, y darlos el lugar que les corresponde. Esto generalmente no lo saben hacer los Escribanos, y asi suelen sentenciarse los pleitos por apuntamientos ó relaciones indigestas, y mal habladas. Pero se dice que no se puede prescindir de esta práctica en lugares populosos, donde el cúmulo de negocios no permite á los Jueces el ver por sí mismos los pleitos para juzgarlos; que es lo mismo que decir que hay necesidad de sufrir en ellos los daños, é inconvenientes que representaron las Cortes del Reyno. Sin embargo no sería dificil atinar con el medio de cortar semejante abuso para restituir la administracion de justicia en esta parte al estado que debe tener.

(1) Ley 10. tit. 14. lib. 5. Nov. Rec.

lemnidades del órden del juicio (con tal que no sean las substanciales , v. g. la citacion , prueba , &c.) pueden , y deben determinar el pleito conforme á la verdad que resulta probada segun el libelo , ó accion intentada , y será válida la sentencia ; pero si alguna de las partes declara las cosas que son de substancia del juicio , pide que la otra las guarde , ó jure de calumnia , el Juez se lo manda dos veces , y no quiere , y sin embargo procede á dar la sentencia ; entónces , á mas de ser nula ésta debe pagar el Juez las costas (1). Lo mismo procede , aunque el actor ponga la demanda por una causa , y pruebe otra diversa , porque esta diversidad no muda la accion (2). Pero el Juez que por ignorancia , ó malicia procede injustamente causando daños á alguno de los litigantes , incurre en las penas que las leyes 12. tit. 4. 24. y 25. tit. 22. Part. 3. y 4. tit. 15. Part. 7. le imponen; y si despacha indebidamente la execucion , incurre en las que explicaré en el cap. 2. de este lib.

475 Dudando justamente el Juez inferior de la sentencia que ha de dar , por ser iguales las pruebas de las partes , debe aconsejarse de hombres literatos , imparciales , y de buena fama , electos con aprobacion de ellas , y si no disuelven su duda , puede remitir la causa al superior , citandolas á este efecto , y no de otra suerte (3) ; mas no mandarlas que comprometan el negocio en sus manos (4). La remision debe ser no de los autos originales , (á ménos que intervenga precepto superior) sino por compulsa , la qual , y los demás gastos que ocurran en este caso , deben pagar las partes por mitad (5) , lo que al contrario quando se apela , pues el apelante debe satisfacerlos íntegramente , porque á su instancia se causan ; pero despues de remitida , no le está prohibido sentenciarla , por lo que valdrá la sentencia arreglada que dé ántes que el superior responda (6). Si la prueba de ambas partes consiste en dicho de testigos , y fueren contrarios los de la una , ó los de la otra , debe creer á los de mejor fama que se acercan

(1) Ley 2. tit 16. lib. 11. Nov. Rec. (2) Fontan. dec. 154. Valenz. cons. 11. n 16. Scac. de Sent. glos. 14. q. 23. Vela diss. 15. n. 86. y diss. 42. n. 66. Parlad. lib. 2. cap. 10. n. 3. y 4. (3) Ley 11. tit. 22. Part. 3. y cap. Intimasti, de Appell. (4) Ley 17. tit. 1. lib. 5. Nov. Rec. (5) Greg. Lop. en la ley 2. tit. 21. Part. 3. glos. 4. Bobad. lib. 3. Polit. cap. 8. n. 255. Barb. vot 126. n. 152. y sig. Gracian. discept. 55. n. 44. (6) Ley 1. §. Quæsitum , ff. de Appell. Greg. Lop. en la 11. tit. 22. Part. 3. glos. 6.

mas á la verdad del hecho, aunque los contrarios sean mas en número. Siendo iguales en fama, se estará al mayor número que esté contexte. Pero si en número, dichos, y fama fueren iguales, ha de votar á favor del reo (1).

476 El que pide una cosa por otra, puede corregir su error en el mismo juicio, y valdrá la sentencia que se diere (2). Si la que prueba es diversa de la que demandó, debe ser absuelto el reo de la instancia, no de la demanda, y si se da otra sentencia, es nula (3); bien que basta que el actor tenga la accion, y dominio de la cosa que pide al tiempo de la sentencia, aunque no lo haya tenido al de la demanda, porque convalece el juicio con el derecho superveniente, y recae la sentencia sobre cosa cierta (4); pero no se deben admitir probanzas, y defensas inconducentes á la accion propuesta (5). No debiendo ser condenado el reo, no solo ha de ser absuelto de la instancia del juicio, sino de la demanda, y entrega de la cosa que en ella se le pide; lo qual se entiende, ya pruebe, ó no el actor, por lo que éste no puede volver á suscitarla, sino se le reserva para ello su derecho (6), porque obsta la excepcion de cosa juzgada.

477 Todo litigante temerario, ó que no tiene causa justa para litigar, debe ser condenado en las costas que causó á su contrario, pidiendolas éste. Se entiende, y estima no tenerla, quando la demanda es inepta, ó el actor no la probó, ni el reo sus excepciones, ó puso alguna maliciosamente, ó fué contumáz, ó por otras causas semejantes; bien que si justifica su intencion con dos testigos á lo ménos, aunque éstos sean luego tachados, no debe pagarlas (7).

478 Tampoco debe pagarlas quando tuvo justa causa, aun-

(1) Leyes 40. y 41. tit. 16. Part. 3. (2) §. Si quis aliud pro alio, Instit. de Action. Salg. de Retent. part. 2. cap. 8. n. 11. Vela dissert. 33. n. 71. DD. in cap. unic. de Plus petition. Pariad. dicho cap. 10. n. 6. (3) Gutier. Pract. q. 101. Greg. Lop. en la ley 9 tit. 22. Part. 3. glos. 4. Salg. Labir. par. 3. cap. 1. n 30. (4) Crespi observ. 32. Salg. ubi proxime, y part. 1. de Recent cap. 2. n 79. Olea de Ces. jur. tit. 6. q 9. n. 28. (5) Ley Qui habebat, ff. de Institor. action. cap. Abbate sanè, de Sent. & re jud. in 6. Barb. vot. 126. n. 207. Pedro Barb. en la ley 23. ff. de Jud. Salg. part. 3. Labir. cap. 1. n. 30. (6) Leyes 24. y 43. tit. 2. y ley 1. tit. 14. Part. 3. Bobad. lib. 5. Polit. cap 3. n. 132. y sig. Cur. Philip. part. 1. §. 18. n. 8. (7) Leyes 39. tit. 2 y 8. tit. 22. Part. 3. Greg. Lop. en ambas glos. 3. Valenz. cons. 50. Fontan. dec. 95. Gutier. lib. 1. Pract. q. 134.

que el reo sea condenado ó absuelto en lo principal ; ni quando al principio del pleito hizo el juramento de calumnia , porque con él se excluye la presuncion de haber litigado maliciosamente; á ménos que resulte lo contrario del proceso , pues en este caso se elide, y desvanece la presuncion de buena fé , que el juramento induce á su favor , y queda en su fuerza , y vigor la malicia, é injusta causa de haber litigado , por lo que se le ha de condenar , y apremiar á su solucion , tasandolas el Juez (1).

479 Pero si el litigante temerario es pobre , no debe estár preso , ni tomarsele sus vestidos , ni ser compelido á dar fiador por el importe de las costas , ni por el de los derechos que en defenderse devengue , ni pagarse éstos de las limosnas que se hacen á los presos (2); siendo suficiente que lo haga constar con informacion aunque sea hecha en otra parte , dando un testigo habil , y fidedigno en la Audiencia , ó Juzgado en que el pleito se sigue , que deponga de su pobreza , con tal que lo reciba el Escribano de la causa (3) ; de modo , que se llama pobre el que aunque tenga lo indispensable para vivir , no tiene para litigar. Para que se le declare por tal , basta que haga informacion concluyente de su pobreza ante qualquier Juez , y practique despues lo que queda explicado , sin ser rigorosamente necesaria que la dé ante el de la causa ; pero hasta que esté declarado no se le debe tener por pobre , y asi ha de pagar los derechos de la informacion, y los demás que ocurran , y si obtiene en el Juicio , deberá satisfacer despues de las cantidades que perciba , los legítimos , al modo que si se le hubiera mandado defender sin derechos hasta entónces , porque ya tiene con que pagar.

480 Si el el Juez nó hace condenacion de costas habiendose pedido , y el vencido apeló , no es necesario que apele el vencedor de la omision de condenacion , porque en segunda instancia puede conseguir que se le condene en ellas adhiriendose á la apelacion , para cuya adhesion no hay término señalado : si no apeló , puede apelar en derechura de ella , ó de aquello á que el Juez no defirió. Lo propio debe practicar por las que se le deben

(1) Ley 8. tit. 22. Part. 3. & ibi glos. 2. y 3. y ley 1. tit 19. lib. 11. Nov. Rec. (2) Leyes 20. y 23. tit. 38. lib. 12. Nov. Rec. (3) Ley 7. tit. 19. lib. 5. Nov. Recop.

por derecho de accion, v. g. por contrato, de lo qual trata elegantemente el Señor Covarrubias (1).

481 Piden muchas veces los litigantes que el Juez reponga, ó revoque, y reforme por contrario imperio, ó como mas haya lugar, sus autos, y sentencias. Y para que el Escribano sepa quáles puede, ó no revocar, ó reformar, digo que siendo *mere interlocutorias*, (que se llaman asi las que profiere en el progreso del juicio, son preparatorias para él, y esperan otra despues) puede, y debe hacerlo con causa justa, quando quisiere ántes de la sentencia difinitiva sobre lo principal; pero siendo difinitivas, ó de las que tienen fuerza de tales, no solo no puede reformarlas, ni revocarlas una vez publicadas, y notificadas á las partes, sino que tampoco las puede mudar, corregir, ni adiccionar en cosa alguna. Lo mismo debe entenderse con las interlocutorias que se pronuncian juntamente con las difinitivas, por haber espirado sus facultades, y acabadose en aquel juicio su oficio; pero sí puede declararlas á instancia de alguno de los litigantes en lo que estén obscuras (2), cuya declaracion se debe pedir ántes que espire el término de apelar, y se introduzca la apelacion, para que desde que se haga sober la declaracion, empiece á correr éste, y asi se practica. El Juez puede ir á defender su sentencia al Tribunal superior, con tal que no lleve salario por ello (3).

482 Si en la sentencia difinitiva no hizo el Juez mencion de los frutos, y rentas de la cosa litigiosa, sino solo de ésta; ó no condenó en las costas (debiendolo hacer) á la parte vencida; ó juzgó sobre estas cosas mas, ó ménos que lo que por derecho debia, puede enmendar, y enderezar su sentencia dentro del dia de su pronunciamiento, y no despues (4). Lo mismo puede practicar quando condenó en multa, ó pena pecuniaria á alguno que es pobre, pues la ley le concede potestad de moderarla, ó de quitarsela por piedad, si quisiere, especialmente si está aplicada al fisco (5).

(1) Covar. Pract. cap. 27. Et præcipuè in n. 5. (2) Leyes 2. y 3. tit. 22. Part. 3. y ley Judex posteaquam, ff. de Re judic. cap. In litteris, de Offic. deleg. Marant. part. 6. tit. de Sent. interl. n. 37. 38. y 46. Fragos. de Regim. reipubl. part. 3. lib 4. disp. 10. § 4. Salg de Reg. protect. part. 1. cap 5. n. 20. y sig. y part. 4. cap. 2. n. 130. Valenz. cons. 40. n. 48. y cons. 73. n. 31. (3) Ley 17. tit. 22. lib. 5. Nov. Rec. (4) Ley 3. tit. 22. Part. 3. verb. ***Pero si el juzgador.***
(5) Ley 4. tit. 22. Part. dicha.

483 La sentencia difinitiva se debe intimar, ó notificar á ambas partes, aunque una sola venza, y si se defienden por Procuradores, á éstos, y entregarseles copia de ella, y de otra qualquiera providencia, si la piden, para que la consulten con su Abogado, vean si les es, ó no gravosa, y han de apelar, ó no de ella, pues á este efecto se les notifica; y sin embargo de que los Procuradores respondan que se haga saber á sus partes en persona, (como muchas veces lo practican por diferir, y ocasionar gastos á las contrarias) no debe el Escribano admitirles esta respuesta, porque por la contestacion, y uso de su poder se constituyen dueños de la instancia, como queda advertido en el n. 219. Por lo mismo hasta que la sentencia se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada, y llegue el caso de su execucion, se han de entender con ellos todas las diligencias que ocurran, á ménos que conste en autos la revocacion del poder, pues entónces se han de practicar con la parte, para evitar nulidad por la carencia de facultades; pero la execucion de la sentencia se ha de entender con las mismas partes en persona, porque de éstas, y no del Procurador, ó Apoderado depende su cumplimiento como obligadas á él. El Procurador ó apoderado para apartarse de la apelacion ó súplica interpuesta, necesita poder especial, ó que el general contenga esta especialidad, como en el n. 28. dexo expuesto, sin lo qual no se le debe admitir al apartamiento.

484 Notificada la sentencia difinitiva, ó interlocutoria á las partes, ó á sus Procuradores, ó Apoderados, si la vencida no apela dentro del término legal, puede ocurrir la vencedora al mismo Juez, acusando la rebeldía á la otra, expresando ser pasado el de la ley, y pretendiendo declare la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada, y la lleve á pura, y debida execucion: á cuya pretension debe proveer este auto: *Por acusada la rebeldía: autos citadas las partes.* Si dentro de tres dias siguientes al de la ultima citacion no manifiesta despacho del superior, ha de deferir á la declaracion en la primera audiencia, condenando á los litigantes á que cumplan con el tenor de la sentencia, pues por la ley ya está pasada en cosa juzgada; bien que algunos Jueces llaman los autos solamente, y á la siguiente audiencia hacen la declaracion, porque pasado el término de la ley yá está executoriada, y asi ni tiene para que citar á las partes, ni oirlas sino

sobre su execucion, ni debe, porque se acabó su oficio en aquella instancia, y esto es lo mas arreglado. Este auto se debe hacer saber tambien á los Procuradores, para que sepan que no tienen recurso, por ser visto haberla consentido, y si entónces reponden que se entienda con sus partes, se les debe admitir la respuesta, y como que éstas son las que han de cumplir, se les notifica la sentencia, y auto de declaracion á fin de que la observen, y cumplan, porque el cumplimiento es acto personalísimo que debe practicar el mismo interesado: llegado este caso, cesaron las facultades del Procurador por el hecho de haberse concluido el seguimiento de la instancia.

485 El término para apelar de auto, ó sentencia los mayores de 25. años es el de cinco dias en el fuero secular, segun lo ordena la ley 1. tit.20 lib.11. Nov. Rec. ibi: *Porque á las veces los Alcaldes, y Jueces agravian á las partes en los juicios que dán, mandamos que quando el Alcalde, ó Juez diere sentencia, si quier sea juicio acabado, si quier otro sobre cosa que acaezca en pleito, aquel que se tubiere por agraviado, pueda apelar hasta cinco dias desde el dia que fuere dada la sentencia, ó recibió el agravio, y viniere á su noticia; y si asi no lo ficiere, que dende en adelante la sentencia, ó mandamiento quede firme*: y al fin dice: *y en el dicho dia quinto mandamos que sea contado el dia en que fuere dada la sentencia, ó hecho el agravio.* Estos dias se cuentan desde el de su intimacion, que es desde quando viene judicialmente á su noticia; y aunque en algunos Juzgados de esta Corte amplian los cinco dias á nueve, ó diez, no se debe seguir, ántes sí abolir un abuso, y corruptela no por todos observado, por carecer de potestad para esta ampliacion opuesta á la ley. En el fuero Eclesiástico se conceden diez dias para interponer la apelacion de sentencia difinitiva (1); pero de la interlocutoria no se debe admitir, excepto que tenga fuerza de difinitiva, ó contenga gravamen irreparable (2): lo mismo procede en el secular (3) á ménos que sea sobre declinatoria, recusacion del Juez, denegacion del proceso en que se hizo publicacion, ó sobre excepcion perentoria (4) pues entónces

(1) Cap. Quod ad consultationem 5. y cap. Cum inter 13. de Sent. & re judic. y Canon Anteriorum 2. q. 6. Reinf. lib.2. tit. 27. §. 4. n. 107. (2) Concil. Trid Sess. 13. de Reform. cap.1. al fin. y Sess.24. eod. tit. cap.20. al princ.

(3) Ley 13. tit.23. Part.3 verb. *Mas de otro Mandamiento.* ley 6. tit. 22. lib.6. Nov. Rec (4) Dicha ley 23. tit. 20. lib.11. Nov. Rec.

há lugar tambien. De la sentencia de los árbitros que debe executar el Juez ordinario, y no ellos por defecto de jurisdiccion, se puede apelar, ó pedir reduccion á alvedrio de buen varon dentro de diez dias baxo la fianza que previene la ley 4. tit. 17 lib. 11. Nov. Rec. y pasados, queda firme (1). Para interponer suplicacion de los autos interlocutorios en que debe admitirse, se conceden tres dias, en los quales el suplicante debe manifestar los agravios, y para la de sentencia difinitiva diez dias, y no mas, ya el pleito se haya principiado en el Consejo, ó Audiencia, ó traído á ella por apelacion de la sentencia del Juez inferior (2), de lo qual trata el tit. 21. lib. 11. Nov. Rec. Si el Juez inferior agravia en algun incidente al apelante, puede el superior á instancia de éste retener los autos en su Tribunal, substanciarlos, y determinarlos en lo principal, quitando el conocimiento al inferior (3). Esto especialmente tiene lugar en los Tribunales Eclesiásticos sin embargo de lo dispuesto en el cap. *causæ omnes* 20. del Concilio de Trento, Sess. 24. *de Reformatione*, que manda que todas las causas aunque sean beneficiales se concluyan ante el ordinario, y que no se le quite su conocimiento; pues por haberse omitido especificar este caso en el Concilio, se entiende exceptuado, y asi se queda en la disposicion del derecho comun (4) como freqüentemente lo vemos.

486 Si el agraviado apela, y se le admite la apelacion lisa, y llanamente, ó en ambos efectos, y no presenta la mejora, y despacho del Juez de alzadas, ó del Tribunal superior dentro del término competente segun la distancia, puede la otra parte usar de uno de dos medios, que son: acudir ante el superior á sacar *ahixatoria*, ó contra mejora; ó ante el inferior, pretendiendo declare por desierta la apelacion, y por pasada en autoridad de cosa juzgada la sentencia, ó auto apelado, cuyo término no señalandoselo el Juez, es de 40. dias, si hubiere de seguirse la apelacion de puertos allá, de 15. de puertos acá, y de tres, estando el Juez de alzadas, ó Tribunal superior en el Pueblo del juicio: los mismos términos tiene para quejarse del Juez, sino le

(1) Ley fin. tit. 4. Part. 3. & ibi glos. 1. Cur. Philip. part. 5. §. 1. n. 16. al fin. (2) Leyes 1. y 2. tit. 21. lib. 11. Nov. Rec. (3) Glos. in cap. Dispendiæ, verb. In omnibus: de Rescript. in 6 (4) Valenz. cons. 176. n. 51. tom. 2. Avend. de Secund. suplicat. n. 11. Barb. vot. 126. n. 196. lib. 3.

admite la apelacion siendo admisible ; y pasados , queda firme el juicio (1) , Si acude ante el inferior , debe mandar al apelante que presente las diligencias practicadas en prosecucion de la apelacion dentro de cierto término que le prefina ; cuyo auto se debe hacer saber á su Procurador. Si pasado el término concedido , no cumple , le acusa la rebeldía la otra parte , insistiendo en su pretension , y el Juez la há por acusada , y manda que dentro de tercero dia cumpla con lo proveído en el auto anterior. Hecho saber , y pasados los tres dias , le acusa segunda rebeldía , y el Juez manda que dentro de segundo dia evacue lo providenciado en el primer auto con apercibimiento. Si en este término tampoco cumple , le acusa la tercera rebeldía , volviendo á insistir en su pretension , y el Juez la há por acusada , llama los autos citadas las partes , y pasados tres dias despues de las citaciones , defiere á su solicitud , mandando al Escribano originario le dé testimonio con la relacion competente , é insercion de la sentencia , auto de su declaracion , y demás insertos conducentes , con el qual pide su execucion , y se hace pieza separada , ó si no , se sigue á consequencia , y continuacion de los autos primitivos sin necesidad de sacar testimonio Esta es la práctica que se observa , pues no debe declarar por desierta la apelacion sin conocimiento sumario de causa , y citacion de parte , porque ésta puede hacer constar que tuvo justo impedimento para no haber presentado las diligencias practicadas en su prosecucion , y asi se debe observar (2) (*a*).

487 Conteniendo la sentencia diversos particulares , ó capítulos , se puede apelar de ella en el todo , ó de alguno , ó algunos solamente, segun el agravio , ó agravios que se causen al ape-

(1) Leyes 3. y 4. tit. 20. lib. 11. Nov. Rec. (2) Sr. Conde de la Cañada Instit. pract. part 2. cap. 2. Salg. de Reg. prot. part. 3. cap. 18. n. 77. Rodrig. de Execut. cap 1. Scacia de Appell. y á los que estos citan.

(*a*) Sin embargo de la práctica , y de lo que los AA. dicen en esta materia , seria conveniente no dar tantas esperas para mejorar las apelaciones, consultando el espíritu de nuestras leyes , que es la brevedad de los pleitos. Una rebeldía seria bastante para que se llamasen los autos no habiendose mejorado la apelacion , y se mandase executar la sentencia dandola por desierta. De otro modo , y aun quando no haya malicia de parte de los litigantes , y que las notificaciones y citaciones se hagan con la puntualidad debida , habrán de pasar lo ménos veinte ó veinte y quatro dias , en los quales se podrán causar graves perjuicios.

lante (1): y si las partes dudan, ó no entienden la sentencia, pueden pedir al Juez que la declare en lo que esté ambigua, con tal que sea dentro de los cinco dias, y no despues, y si de la declaracion que haga, se causase perjuicio, tambien puede apelar (2). Pero ya se confirme, ó revoque en quanto á los apelados, no es necesario pedir despues que se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada por lo tocante á los que no se apelaron, porque para con éstos lo está por la ley, y es visto haberlos consentido ambas partes, y asi queda firme, y no se le debe ya admitir apelacion sobre ellos.

488 Sucede algunas veces en esta Corte, que despues de todo lo expuesto presenta la parte apelante el despacho, ó mejora, y otras no apela ante el Juez inferior, y acude al superior presentandose en grado de apelacion. En el primero de estos casos queda sin efecto la declaracion del Juez hasta que el superior, como que procede atendida la verdad, revoca, ó confirma, al qual debe remitir los autos; y en el segundo, aunque la sentencia esté pasada en autoridad de cosa juzgada, debe tambien remitirselos, y no proceder adelante, y en ambos casos vale la confirmacion, ó revocacion del superior. Para evitar las dilaciones, y perjuicios que ocasiona la malicia de los apelantes, les prefine el Consejo en uno, y otro caso seis dias de término contados desde la fecha de su decreto, á fin de que en ellos presenten evacuada la mejora en el oficio originario, y manda al Juez que si pasaren sin haberlo hecho, proceda en la causa como halláre conforme á derecho, á cuyo efecto declara por desierta la apelacion, con lo qual no se descuidan.

489 La apelacion surte regularmente dos efectos, el uno *suspensivo*, porque suspende la jurisdiccion del Juez *à quò* (que es el inferior) respecto del futuro evento, pues asi como puede confirmarse, puede tambien revocarse su sentencia, y la extingue respecto del presente, porque le ata las manos para que no pueda proceder mientras está pendiente, y si la sentencia se revoca, se acaba para siempre en aquel negocio: el otro *devolu-*

(1) Ley 14. tit. 23. Part. 3. ley Appellanti, ff. de Appell. ley Etiam, §. Ex causa, ff. de Minor. y cap. Raynaldus, de Testam. & ibi Abb. (2) Ley 15. tit. 23. Part. 3. y ley Ab executore, ff. de Appellat.

tivo, porque devuelve el conocimento de la causa al superior aunque sea en aquellas en que está prohibida la apelacion (1): una vez admitida llanamente ésta, ó la súplica, queda la causa en el estado que tenia ántes de la sentencia, y nada se puede hacer hasta que se confirme, ó revoque. El Escribano originario ha de poner en el testimonio de ésta la expresion de si la causa es civil, ó criminal, relacion de la demanda, su cantidad, y reconvencion, si la hubiere, y cantidad de la sentencia, fecha de ella, y de la demanda, y apelacion; y en las causas criminales, además de la relacion expresada, ha de referir si el reo está preso, ó no, pena de suspension de oficio por dos meses (2); lo que tendrá presente para no incurrir en ella. En quanto á si un extraño puede apelar, ó decir de nulidad de la sentencia dada contra el encarcelado, ó la madre por su hijo, asi en causa civil, como criminal, vease á *D. Blas Altamirano de Nullit. sententiar. tom.* 1. *rubr.* 4. *quæst.* 29. que afirma que sí, aunque lo resista el reo sentenciado, porque milita la razon de humanidad, y de proximo.

490 Para que el Escribano sepa lo que es la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, y sus efectos, debo advertirle que se llama *cosa juzgada* aquella sobre la que recayó absolucion, ó condenacion, y fué proferida en contradictorio juicio, oidas las partes plenamente, mas no adquirió el vigor, y autoridad de tal; pero pasar la sentencia en autoridad de cosa juzgada, se entiende quando lo recibió, y tomó irrevocablemente, por haberse consentido expresamente; ó por no haberse apelado de ella, pues es visto consentirla; ó si se apeló, se apartó despues el apelante de la apelacion interpuesta; ó se declaró ésta por desierta, por lo que se estima por verdadera, y justa la sentencia (3), y asi es de tanta fuerza, que aquel contra quien fué dada, sus legítimos herederos, el Juez que la profirió, y sus succesores deben observarla, y no contravenirla, aun quando contenga error de cálculo, si provino de los litigantes, y no del Juez; ó el agraviado si no apeló de ella, halle despues nuevos instrumentos, y tales que si el Juez los hubiera tenido presentes, hubiera deter-

(1) Paz tom. 2. part. 5. in Proem. cap. 12. y 13. Cur. Philip. part. 5. §. 1. n. 19. (2) Ley 18. tit. 20. lib. 11. Nov. Rec. (3) Ley Res judicata, ff. de Regul. jur. y ley 32. al fin, tit. ultim. Part. 7. Authent. Qui appell. Cod. de Tempor. appell.

minado lo contrario (1); por lo que produce accion *in factum*, que hoy dura veinte años, dentro de los quales el que la obtuvo, ó quien le suceda, pueden demandar la alhaja litigiosa (2), y pasados, prescribe, porque la accion personal y la executoria dada sobre ella, prescriben por ellos (3) como dicen los AA. (4). Asi no solo no se puede revocar por la ulterior apelacion, rescindir, ni volverse á ver, sino ántes debe executarse. Otros varios efectos produce, que explican *Reinf. lib.2. Decret. tit.27.* §§.4. *y* 5. y los que cita. Pero si la cosa litigiosa es mueble, ó raiz, puede el Juez executar su sentencia dentro del tercero dia, y si es dinero, dentro de diez, ya sea confirmada, ó pasada en autoridad de cosa juzgada (5).

491 Sin embargo de lo que queda sentado en el número inmediato, asi como toda regla general padece su excepcion, la qual hace regla en contrario, asi tambien hay casos en que la sentencia declarada en cosa juzgada se puede rescindir, y revocar, porque no adquirió el vigor, y autoridad de tal. El I.° quando el que fué condenado en ella, halló posteriormente nuevos instrumentos, pues aunque sea mayor de 25. años, puede pretender se rescinda por via de restitucion, la qual le compete por la cláusula general: *Si qua mihi alia causa justa esse videbitur*, y debe deferirse á ella por la ignorancia, y legitimo impedimento que tuvo para no haberlos producido (6). El II.° quando se profirió la sentencia en virtud del juramento supletorio de su contrario, y luego por los instrumentos que halló, acredita que éste se perjuró, y justifica su intencion (7). El III.° quando fue dada por consejo de algun Doctor, ó Jurisperito, pues puede revocarse por el de otro mas recto (8). El IV.° quando lo fué por expertos, ó peritos, á ménos que fuesen electos de unánime consentimiento de ambos litigantes (9). El V.° quando se profirió solamente por presun-

(1) Ley 19. tit.22.Part.3. (2) Greg.Lop. en dicha ley 19 glos.12. (3) Ley 63. de Toro. (4) Abb. in Rubr. extra de judic. Marant part.6. tit. de Sent. difinit. & interlocut. n.129. (5) Ley 1. tit.17. lib.11. Nov. Rec. (6) Ley 1. §. Si quis propter, ff. de Itinere, ley Pantonius, ff. de Acquirend. hæred. y ley 1. y todo el tit. ff. Ex quibus causis majores. Greg. Lop. en la 19. tit.22. Part.3. glos.9. (7) Ley 15. tit.11. y leyes 13. y 19. tit.22. Part.3. (8) Roman. cons 228. Butr. in cap Proposuisti, de Probat. Alex. in leg. Si ab hostibus, ff. Solut. matrim. & in cap. Intimasti, al fin, de Appell. (9) Felin. in dict. cap. Proposuisti, col. pen. vers.4. Alex.in leg. cit. Philip in cap Cum cessante, & in cap. Intimasti, de Appell. Jason in repet. leg. Admonendi, col.22.

cion de derecho, ó por pruebas presuntivas, v. g. las privilegiadas (1). El VI.° quando se dió en virtud del dicho de testigos que depusieron de credulidad (2) El VII.° en las causas matrimoniales en que se declaró haber matrimonio, ó que fué ilicito, si hubo error en la declaracion, ó el Juez no fué el legitimo Diócesano que debió conocer (3). El VIII.° quando se profirió sobre la edad por solo el aspecto, porque es prueba presuntiva (4). El IX.° quando se dió sobre la excepcion, por la que se declaró tener, ó no bienes el deudor (5) El X.° quando el que obtuvo la sentencia, confiesa que es injusta, pues la presuncion de derecho que tenia á su favor, cesa por su confesion (6). El XI.° quando se dió por pruebas falsas de testigos, ó instrumentos, y no se alegó, ni conoció de su falsedad; en cuyo caso el agraviado ha de pedir al mismo Juez por via de restitucion, que rescinda su sentencia, citando á la parte contraria, lo qual debe hacer, si prueba la falsedad en legal forma; y para alegarla, y probarla le concede la ley veinte años, y no mas. (7). El XII.° quando de su observancia se irroga perjuicio al Alma (8). El XIII.° quando la causa porque se profirió se convierte en no causa; v. g. si se condena á alguno á la satisfaccion del valor de la alhaja que le prestaron, y perdió, y luego la halla su dueño, en cuyo caso éste debe volver el precio que recibió al commodatario, el qual si no la satisfizo, no está obligado á su entrega (9). El XIV.° quando la sentencia es venal, por haber sido sobornado el Juez con dádivas, ó súplicas, ó porque amaba nimiamente, ó temia al colitigante, si se justifica que por alguno de estos motivos juzgó injustamente (10). El XV.° en las causas beneficiales, pues solo para con las partes pasa en cosa juzgada, mas no en perjuicio del superior (11).

(1) Ley Si quis adulteri, Cod. de Adulter. Felin. in cap. Proposuisti, cit. (2) Butr. in dict. cap. Proposuisti, Jason in Rubr. de Jurejur. col. fin. (3) Ley 19. tit. 22. Part. 3. cap. Consanguinei, y cap. Tenor. de Re judic. & ibi Abb. & Felin. (4) Lex Si minorem, Cod. de In integrum restit. lex Minor. 25. ann. & in leg. de Ætate, ff. de Minor. (5) Lex 2. col. 2. circa fin Cod. Quando fiscus, vel privatus (6) Inocenc. in cap. Quia plerique, col. 1. de Immunitat. Eccles. Butr. in cap. Is qui fidem, de Spons. Jason in dict. lex 3 Admonendi, col. 24. vers. *Ego inter alios*. (7) Leyes 15. tit. 11. : 116. tit. 18. 13. y 19 tit. 22. : y 1. y 2. tit. 26. Part. 3. (8) Glos. fin. in cap Monasterium, de Re judic. Jason in dict. leg. Admonendi, col. 25. (9) Ley 19. tit. 22. Part 3. (10) Leyes 13. y 24. al fin, tit. 22. Part. 3. Speculat. tit. de Judic. del gat. §. Superest: vers Item si sit inimicus, col. penult. (11) Cap. Cum Bertholus de Re judicat. glos. & Abb. in cap. 1 de Conces. præbend. cap. Cum dilectus, de Electione, y cap Cum audientiam, de Rescript.

El XVI.° siendo la sentencia de excomunion mayor, interdictos, y censuras eclesiásticas, por el peligro del Alma; pero esto se entiende en quanto á la utilidad pública, mas no á la privada (1). El XVII.° quando se dió contra el Rey, ó su Procurador, y éste, ú otro cometió dolo para ello, pues en qualquier tiempo se puede pedir la revocacion (2). El XVIII.° quando la sentencia es tal que de su tenor, ó por vista ocular, ó evidencia del hecho aparece su injusticia (3). Por ultimo, todas las sentencias nulas de que en el §. siguiente trataré, se pueden rescindir, y revocar dentro de treinta años, segun el derecho de las Partidas, porque no se elevan á la esfera de cosa juzgada, ni adquieren su vigor, y autoridad: si corre peligro del Alma, se puede pedir perpetuamente su revocacion por via de queja (4).

§. XIV.

De la nulidad de las sentencias, y término en que se debe pedir.

492 Toda sentencia tiene á su favor la presuncion de haber sido proferida segun la forma prescripta por derecho (5), con conocimiento de causa, y por Juez legitimo con jurisdiccion para darla, mayormente siendo superior (6): si es antigua se estiende la presuncion á que para ella precedieron todos los requisitos, y solemnidades de esencia, y substancia (7). Pero no obstante, como sucede muchas veces que algunas contienen el vicio de nulidad por varios motivos que en los números sucesivos se expondrán, se pueden impugnar, y rescindir por esta causa.

493 No es otra cosa la nulidad considerada en abstracto, ó genericamente, que un derecho, que compete á los litigantes ó á qualquiera otra persona para irritar, ó invalidar la sentencia, el

(1) Cap ad Reprimendam, de Offic. ordin. cap. Sacro, de Sentent.excommun. y cap. Venerabilias, eod. tit in 6. Abb. in cap. Consanguinei, col pen. de Re judic. (2) Dicha ley 19. tit. 22. Part. 3. (3) Cap. Inter cæteras, de Re judic. Innoc. in cap. Cum Bert. eod. fit. leg.1. Cod. de Sentent. & in leg Contra negantem, al fin. Cod. de Leg. Aquil. (4) Marant. tit. de Sent. cit. n.153. y 154. Reinf. dicho tit 27. de Sentent. & re judic. §.4.per tot. (5) Cap.16. de Re juic. (6) Vela diss.48. n.5. Gutier. lib.1. Pract. q. 35. Covar. de Matrim. cap.8. §.1. n. 7. Escobar de Purit. part.2. q. 4. art. 1. n. 17. (7) Salg. de Reg. part.4 cap.1 n.49. Parej. de Edition tit.2. Resol.5. n. 83.

acto, testamento, ó contrato de que se trata. Contraida á la sentencia misma, es el vicio, ó defecto que tiene y proviene de la transgresion de la ley. Asi quando la nulidad es clara, se llama favorable, y el Juez está obligado á declararla abiertamente, pues no hay mayor injusticia que la nulidad; pero quando es obscura, se llama odiosa, y en caso de duda está la presuncion por la validacion del acto, ó sentencia (1) Pero es de advertir, que si las partes la consienten, se confirma con su consentimiento, porque el acto nulo convalece por su convenio, y conformidad, como dice el derecho (2).

494 Puede ser nula, é injusta la sentencia. Se llama *nula* quando es dada contra la forma, y solemnidad prescriptas por derecho, é *injusta*, quando se profiere contra el del litigante (3); por cuya causa los Letrados piden al superior en las apelaciones que interponen, la declare nula, ó la revoque como injusta. Los AA. lo distinguen con los adverbios *ritè*, y *rectè*, que el primero apela sobre la nulidad, y el segundo sobre la injusticia, las quales pueden provenir de diez causas, á que se reducen los treinta modos, por los que expresa *Maranta part.* 4. *distinct.* 16. *per tot.* se pueden decir nulos el juicio, y sentencia, y son: por falta de jurisdiccion del Juez, legitimacion, ó citacion de parte; por razon del lugar en que se profiere la sentencia, y solemnidades observadas en el juicio; error en la cantidad, ó en otra cosa, tiempo, proceso, modo, injusticia manifiesta; ó por la de la condicion de las personas (4), las quales paso á explicar.

495 Es nula la sentencia proferida por Juez que tiene prohibicion legal de serlo, ó carece de potestad de juzgar, ó si la tuvo, espiró, ó le fué revocada por la ley, ó por el delegante, aunque ignore la revocacion, ó la dada contra naturaleza, derecho, y buenas costumbres, ó contra el que no fué emplazado, excepto en los casos explicados en el num. 144. en los quales no es necesario el emplazamiento, ó en tiempo en que está prohibido juzgar, ó fuera del prefinido para ello, ó en un lugar indecente v.g.

(1) Vanc. de Nullitat. tit.1. per tot. Scacia de Appellat. q 19 Jordan Elucubrat. vol.3. lib.4. tit.28 n.2. Sabel. in §. Nullitas, n.1. (2) Ley 2. Cod. Communia utriusque judicii: y ley Si ab eo Cod. Quomodo judex. Parlad. lib. 2. cap. ult. part. 1. §. 2. n. 7. (3) Cap. 1. de Re judic. ley Prolatis, ff. eod. tit. ley 1. ff. Quæ sententiæ sine apellat. rescindant. y ley 1. Cod. Quando provocare non est necesse. Parlad. differ.70.n.1. (4) Peregrin. in Prax. Vicarior. Bayo Prax. ecclesiast. part.3. lib.1. cap.21. Guerreir. de Division lib.8. cap.3. n. 3.

la taberna; ó fuera de su territorio, ó no estando sentado *pro tribunali*; ó por yerro de parte del Juez, en la cantidad que importe el yerro, y no mas, ó contra menor de 25. años, loco, fatuo, ó desmemoriado, ó mudo, y sordo por naturaleza ó enfermedad sin audiencia de su curador, ó contra esclavo sin la de su señor, excepto en los casos en que por sí solo puede comparecer en juicio, ó por Juez lego sobre cosa espiritual (1).

496 Tambien es nula la que se dá baxo de condicion, ó á exemplo de otra, á ménos que sea al de la proferida por el Rey como Legislador en caso semejante (2), ó contra el que no es súbdito del Juez, excepto en los casos en que aunque no lo sea, se hace por las razones expuestas en el núm. 37. y siguientes; ó contra hombre muerto, si no se cita á sus herederos, (lo qual no se entiende en los delitos, en que sin este requisito se puede proceder despues de su muerte contra su fama, ó bienes, como es la traicion), ó ántes de la contestacion; ó no estando presentes los litigantes, ó al ménos no siendo citados, pues basta que se les cite, aunque luego huyan, ó no concurran, ó sin pleno conocimiento de causa, porque en el Juez no reside autoridad para mudar la forma del juicio, ó si no contiene las palabras *Condeno*, *Absuelvo*, ú otras equivalentes (3), ó sino se expresa la cosa, ó cantidad cierta, á ménos que se remita á los autos, y en ellos conste, ó si la causa, ó fundamentos que en ella menciona, es falsa; bien que para que por esta razon no se alegue nulidad, es buena cautela añadir, *y por lo demás que de autos resulta*; ó si en estos falta el poder, y legitimacion de personas, ó quando excede de lo pedido, ó no es sobre ello, ó lo que se pide es genérico, y la sentencia se da sobre cosa especifica, ó es diversa en sí, ó en la accion (4).

497 Asimismo es nula la sentencia de los Jueces, (ya sean

(1) Ley 12. tit. 22. Part. 3. ley penult. ff. de Judic. ley Privatorum, Cod. de Jurisdict. omn. judic. y ley Nulli, Cod. de Sent. Greg. Lop. en dicha ley 12. glos 3 6. y 11. Salg. de Reg. part. 2. c. 13. n. 38. y part. 3. Labir. cap. 1. n. 100. (2) Leyes 14. tit. 22. y 3. y 4. tit 26 Part. 3. ley 1. §. Biduum, 5. ff. Quando appellandum sit: y ley nemo, Cod. de Sent. (3) Ley 32. tit. 2. y leyes 9. 10. 15. y 22. tit 22. Part. 3. ley fin. Cod. Si à non compet. judic. ley Si per errorem, y ley fin. ff. de Jurisdict. omn. judic. y ley 2. al princ. ff de Judic. Salg. de Reg. part. 3. cap. 9 n. 20. Jul. Capon. tom. 4. discept 385. (4) Ley 16. tit. 22. Part. 3 Salg de Reg. part. 3. dicha cap. 7. n. 225. cap. 8. n. 27. y cap. 9. n. 212. Parej. de Edition tit. 5. resolut. 10. n. 50. Parlad. differ. 70. n. 10. al 12.

ordinarios, delegados, ó árbitros) dada sin concurrencia de todos los comisionados para proferirla, aunque los ausentes envien á decir por escrito á los otros que la den, excepto que para ello tengan poder especial del que les confirió la comision; pero si concurren todos, y discordan, se ha de estár á la pluralidad de votos. Si la discordia es igual en número, no sirve la sentencia, y si unos condenan al reo en mayor suma que los otros, debe prevalecer el voto de éstos como mas pio por la condenacion menor (1).

498 Igualmente es nula la que el Juez lego profiere en pleito intrincado, y de gravedad sin consulta de Asesor letrado, mas no, si consiste en penas de ordenanza, y denunciaciones, pues para darla sobre esto no necesita asesorarse (2): la que se da por testigos, instrumentos, ú otras pruebas falsas, ó por haber corrompido al Juez con dádivas, si se justifica que por el soborno juzgó injustamente y no de otra suerte, la qual puede rescindirse en este caso dentro de veinte años, y no despues, y el Juez incurre en la pena del triplo; y la que profirió en virtud del juramento supletorio de una de las partes, siempre que la otra acredite con documentos legítimos que aquella se perjuró, y la certidumbre de su pretension (3).

499 Es nula, finalmente, la sentencia difinitiva dada en una instancia, ó en otra diversa contra otra difinitiva, de que no se apeló, la qual no puede revocarse ni rescindirse, sin embargo de qué lo consientan las partes, á ménos que conste de su injusticia, y sobre ésta se admita prueba. Lo mismo procede, aunque se haya apelado, si la apelacion se declaró por desierta. Pero si se disputase sobre si hubo, ó no sentencia, el Juez declaráre que no, y no apeláre ninguna de las partes, ó si apela, se confirmáre la segunda, quedará inválida, é ineficáz la primera (4). De la nulidad de las sentencias trata con muchisima extension el docto *Don Blas Altamirano*, *tom.* 1. á quien para su perfecta instruccion podrá ver el Legista, pues para dar alguna idea al Escribano, basta lo explicado.

(1) Ley 17. tit. 22. Part. 3. (2) Acev. en la ley 7. tit. 28. lib. 4. Rec. n. 105. Bobad. lib. 3. Polit. cap. 8. n. 255. Scac de Sent. cap 1. glos. 3. q. 2. y glos. 13. (3) Leyes 13. y 24. tit. 22. y leyes 1. y 2. tit. 26. Part. 3. (4) Dicha ley 13. tit. 22. & ibi glos. 2. ley 1. Cod Quando provocare non est necesse, ley Quare, ff. de Judic. cap. Inter cæteras, de Re judic.

500 La nulidad notoria que consta evidentemente de los autos, v. g. quando la sentencia es contra ley, ó fuero, naturaleza, ó buenas costumbres, ó falta alguno de los Jueces electos para darla, ó espiró el tiempo prefinido para ello, ó la condenacion excede de la pena de la ley, ó contiene error de parte del Juez, ó falta la contestacion de la demanda, ó las partes no son citadas para darla, ó fué venal, ó quando se profirió contra muerto, excepto en causa de traicion, ó proviene de defecto de jurisdiccion, puede intentarse como perpetua en qualquier tiempo segun el derecho de las Partidas (1), aunque no se haya apelado de la sentencia, y se intente contra tres conformes (2). Las demás nulidades deben pedirse dentro de los sesenta dias siguientes al de la notoriedad de aquella, y no despues, ya se proceda por via de accion, ó de excepcion (3). Pero siguiendo el dictamen del *Señor Covarrubias* (4) todas se deben intentar dentro de ellos, porque la ley recopilada citada, que es posterior á las de Partida, habla indistinta, y absolutamente, manda que despues de pasados no sea oído mas el litigante sobre ellos, que si en ellos dixere que es nula, y se diere sentencia sobre esto, ninguna de las partes pueda alegar nulidad de esta sentencia, sino apelar, ó suplicar de ella, segun sea el Juez, y que de lo que se determine en estos grados, ó instancias, tampoco haya, ni se permita recurso de nulidad (5).

501 Si no se apeló de la sentencia, se ha de intentar su nulidad ante el mismo Juez de la causa, y si se apeló, ante su superior, en caso que se apelase principalmente, y no por incidencia de ella; pero si se apela solamente sobre el negocio principal, y se reserva el derecho de ventilar la nulidad ante el inferior, entónces sin embargo de la apelacion se ha de tratar ante éste: lo mismo procede quando se intenta contra la execucion de la sentencia, de lo qual trata elegantemente el *Sr. Covarrub.* (6). Pero se deberá tener muy presente lo primero, que la nulidad se ha de disputar en contradictorio juicio con audiencia del colitigante, y que mientras se ventila, no corre el término de apelar, si se

(1) Leyes 3. 4. y 5. tit 26. Part. 3. (2) Acev. en la ley 2. tit. 17. lib. 4. Rec. n. 15. si 40. Gutier. lib. 1. Pract. q. 96. (3) Ley 1. tit. 18. lib. 11. Nov. Rec. (4) Covar. Pract. cap. 25. n 5. vers. *Ego contrariam sententiam.* (5) Leyes 1. y 2. tit. 26. Part. 3. y dicha ley 2. tit. 17. lib. 4. (6) Covar. Pract. c. 24. nn 7. y 8. y cap. 25.

intentó ántes que éste espirase (1), y no de otra suerte, lo qual es corriente en la práctica; y lo segundo, que una vez interpuesta la nulidad dentro de los sesenta dias referidos, no pasa la sentencia en autoridad de cosa juzgada, aunque no se apele de ella, ó la apelacion se declare por desierta (2).

502 No há lugar á decir de nulidad de las sentencias dadas en el Consejo, Chancillerias, y Audiencias, ni suplicacion, ni otro recurso de las en que sus Ministros se declaran, ó no por Jueces, ni se impide su execucion, aunque se alegue incompetencia, y defecto de jurisdiccion, y ésta conste en el proceso, ó en qualquiera forma, y asi se han de llevar á debido efecto (3), ni de las de revista (4); pero sí de las de los Alcaldes de Corte que tienen Provincia, y conocen de lo civil, pues con estos no se entiende lo expuesto (5), y asi se puede alegar nulidad, é interponer otro recurso de ellas.

503 Tampoco há lugar á la restitucion en todos los casos referidos en el número precedente, asi para con los menores, y demás privilegiados, como respecto de los mayores, á quienes por justas causas se la concede el derecho, aunque ambas concurran en una misma persona, por lo que no se deben volver á ver, suscitar, ni tratar con pretexto de nulidad, restitucion, ni otro, los pleitos que por las tales sentencias quedaron acabados (6). Pero en los casos de suplicacion ordinaria, y en los de segunda segun la ley de Segovia, si se alega nulidad de las sentencias precedentes, se ha de reservar su decision para quando se dé sobre el negocio principal, y no hacerse, ni formarse juicio separado sobre ella (7). En quanto á las sentencias de los Jueces compromisarios, vease lo explicado en mi primera parte, tom. 3. cap. 13. nn. 14. y 15.

504 Aunque es válida la sentencia dada contra el menor de 25. años en pleito que sigue con asistencia de su Curador, no interviniendo alguno de los motivos explicados; no obstante, si fué perjudicado en ella, hace constar la lesion, y la sentencia se

(1) Dichas leyes Bald. en la Contra majores, Cod de Inoffic. testam. Dieg. Perez en la 2. tit. 5. lib. 3. Ordenam. glos 1. Paz tom. y part. 1. temp. 12. n. 9. (2) Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 1. §. 1. n 13. y different. 70. n. 3. al 5. (3) Ley 7. tit. 21. y leyes 2. lib. 11. tit 18. y 5. tit. 13. dicho lib. Nov. Rec. (4) Leyes 3. tit. 17. : 2. tit. 18. y 5. tit. 13. dicho lib. (5) Leyes 13. tit. 18. lib. 11. Nov. Rec. (6) Dicha ley 5. tit. 15. lib. 11. Nov Rec. (7) Ley 2. cerca del fin. tit. 18. lib. 11. Nov. Rec.

profirió durante su menor edad, puede por sí, ó por medio de su Curador ó Procurador con especial mandato pedir restitucion por via de excepcion ante el propio Juez, (ó ante su superior, si se apeló de ella) dentro de los 25. años, ó de los quatro siguientes á ellos, y no despues. Esta restitucion se le debe conceder una vez en una causa, y no mas, y esta se ha de ventilar con audiencia de su contrario, el qual si quiere, puede gozar del término de la restitucion, y dentro de él probar lo que le convenga igualmente que el menor. En el interin nada se puede hacer, de suerte que por la restitucion pedida en tiempo y forma, se vuelve el menor al estado que tenia ántes de la sentencia, y el pleito á su principio, y se abre nuevamente el juicio. Pero no há lugar la restitucion, quando la sentencia se profirió despues de su menor edad, aunque el pleito se principiase dentro de ella, ni tampoco quando es nula por derecho, porque en este caso, como no hay materia sobre que recaiga la restitucion, por no haber sentencia, se ha de intentar solamente la nulidad (1). En quanto á si el Juez delegado puede, ó no conceder restitucion *in integrum* contra su sentencia, y conocer de su nulidad, vease á *Carleval de Judic. tit. 1. disp. 7. per. tot.* el qual afirma que sí, con tal que con el pronunciamiento no haya espirado su jurisdiccion, pues si espiró, no puede.

505 Pueden decir tambien de nulidad la Iglesia, y Concejo, ó Republica, quando no se les mandó nombrar defensor, ó no se les citó; mas no, si habiendolas emplazado el Juez, no quisieron enviar su Síndico, ni la Iglesia ó su Prelado comparecer en el juicio; y asi vale el proceso, y sentencia sin embargo de la indefension (2), porque la Iglesia, y la Republica se equiparan regularmente (3), y por su contumacia no pueden alegar nulidad, pues de permitirselo estaria en su mano elidir el proceso, y nunca comparecerian á defenderse, por lo que les perjudicará la sentencia. Esto no tiene lugar para con el menor que no está proveído de Curador, pues si teniendo edad para nombrarlo, no quiere, se lo puede nombrar el Juez, aunque lo resista, y con él se han de substanciar los autos, pero á la Republica, ó Ciudad no (4).

(1) Leyes 1. 2 y. 3. tit. 25 Part 3 y 8. y 9. tit. 19. Part. 6. (2) Ley 1. Cod. de Reipublic Greg. Lop. en la 1. tit. 25. Part. 3 glos 5. (3) Ley fin. Cod. de Sacrosanct. Eccles. (4) Cap. fin. de Sede vacante, cap. Tum ex iteris, de In

506 Siendo perjudicados en la sentencia, ó contrato la Iglesia, Comunidad, ó Republica, deben pedir la restitucion dentro de los quatro años siguientes á su fecha, y si la lesion es enorme, les concede el derecho (1) treinta para ello. Los mismos concede al Rey, como cabeza del comun del Reyno, quando interviene lesion en alguno de los contratos que se hacen á su nombre (2), pero se ha de advertir que el Rey puede poseer tres clases de bienes. Unos como persona privada, otros que tocan, y son perpetuamente de su Real Patrimonio, y otros que recaen en su Real Cámara, ó Fisco por condenaciones, ó por falta de parientes dentro del grado legal. Las dos ultimas clases (que llaman Fiscales) gozan del privilegio; pero por la primera ninguno mas le compete que á qualquiera persona privada (3). Otras tres clases añade *Matienzo en la ley 3. tit. 10. glos. 3.* á quien para instruirse, puede ver el aplicado, pues las omito por ser concernientes á la segunda clase referida, y anexas á ella, y á la régia suprema potestad, y dignidad Real.

507 Para que no haya lugar á la prescripcion en aquellas cosas suyas, que se pueden perder por tiempo de 40 años, es preciso que las pidan dentro de quatro despues de éstos, pues pasados, no tienen derecho alguno (4). Pero las alcavalas, pechos, y tributos Reales nunca prescriben, ni las cosas sagradas, y religiosas, ni tampoco las del comun uso de los pueblos, v. g. dehesas, exidos, caminos, y otras semejantes (5).

508 No daña á unos, no siendo citados, (regularmente hablando) la sentencia dada contra otros (6), y la razon es, porque ninguno debe ser gravado, ni condenado por lo que no hace, ni aprueba, pues no tiene culpa en ello (7), y asi el reconocimiento de la deuda, ó su solucion hecha por uno de los herederos del difunto, no perjudica á los coherederos que la niegan, á

integrum restit. ley Qui habet, ff. de Tutel. glos. in leg. Si Præses, Cod. Quomodo, & quando Judex, Greg. Lop. en dicha ley 1. tit 2. Part. 3 glos. 5. cit.

(1) Ley fin. tit. 19. Part. 6. (2) Dicha ley fin. (3) Greg. Lop. en la ley 1. tit. 17. Part 2. glos. 4. y en dicha ley fin. glos 2. Ca lev. de Judic tit 1. disp. 1. n. 701. (4) Ley 7 tit 29. Part. 3. (5) Leyes 6. y 7. dicho tit. 29. leyes 1. y 9. tit. 81. lib. 11. ley 2. tit. 34. lib. 11. Nov. Rec. (6 Rojas y leyes 1. y sig. Cod. Res inter alios, y ley 20 tit 22. Part. 3. Cap. Inter dilectus 6 § In omnibus, de Fide instrum. cap. Cum super 17. y cap. Quamvis 25 de Sent. & re judic. (7) Reglas 22. Jur in 6. y 28. tit. 34. Part. 7. y Non debet, ff. de Regul. jur. y cap. 2. de Constitut.

ménos que el acreedor la pruebe por otro medio (1); ni la transacion practicada con uno perjudica al ausente (2); ni el hermano á su hermano en lo que executa sin mandato suyo (3); ni la dada contra uno, á su conjunto que no le mandó litigar, ni lo probó, ni se obligó á haberlo por estable, pero sí de lo contrario (4); ni la dada contra un legatario, daña al colegatario que tiene igual derecho, y mucho ménos al heredero (5); al contrario sucede en la que se profiere contra éste, que dixo ser inoficioso el testamento, pues dañara al legatario (6); ni en causa criminal la que se profirió contra un reo, es nociva al correo (7), y por lo mismo que no daña á éstos, tampoco aprovecha á los otros, y en otros casos semejantes (8), por lo que el tercero puede apelar de la sentencia dada entre otros en lo que le toque, y se le debe admitir la apelacion, como que no fué oido, ni citado, manifestando, y probando á lo ménos sumariamente su derecho, y que se le irroga perjuicio (9). Asimismo no perjudica al coheredero la proferida contra el heredero, aunque sea sabidor del pleito, pues uno de ellos puede ser condenado, y el otro no (10); pero para la inteligencia de esto se presuponen tres casos. El I.° quando todos son instituidos puramente, y entónces es constante que no les daña por las razones expuestas. El II.° quando el uno fué instituido puramente, y el otro con condicion, y son conjuntos en la cosa, y separados en las palabras, en cuyo caso el instituido puramente se contempla serlo *in solidum*, pendiente la condicion (11), por lo que la sentencia dada contra el que es puramente instituido, dañará condicionalmente al que lo es con condicion, porque el negocio toca principalmente á aquel, y no tienen igual derecho ambos. Y el III.° quando los coherederos son separados en la cosa en el modo propuesto en el segundo caso, pues entónces el instituido puramente es heredero en parte, por lo que la sentencia proferida contra él, no dañará al que lo es condicionalmente, porque la cosa en que lo fué puramente, nada

(1) Ley 1. Cod. Res inter alios. (2) Ley 2. sig. (3) Ley 3 Cod. eod. tit. (4) Ley 1. Cod. Quibus res judic. (5) Ley 1. ff. de Except. re judic. Peregr de Fideicom. art. 53. n. 45. Scac. de Sentent. glos 14. q. 12. n. 34. 6) Ley Papinianus. §. Si ex causa, ff. de Inofficios. testam. Carroc. de Except. except. 123. n. 68 (7) Ley 3 Cod Quibus res judic (8) Ley 2. Cod. ibi. (9) Ley A sententia, ff. de Appellat y cap. Cum super, de Sentent. & re judic. (10, Ley Circa, ff. de Inoffic. testam. ley Cum duobus Cod. eod tit. (11) Glos. in leg. 2. ff. Si pars hæredit. petat. Andreol. controvers. 255. y 425.

tiene de comun con la otra considerada dividida.

509 Dixe *regularmente hablando*, porque esta regla padece sus limitaciones, y por consiguiente hay varios casos en que la sentencia dada contra unos, daña ó aprovecha á otros, aunque no sean citados. El I.° respecto del pleno perjuicio, pues no obstante que en esto no les puede dañar, ni aprovechar, les dañará en quanto á la presuncion, v. g. la confesion del delito hecha por un reo, no perjudica al cómplice, ó correo para la condenacion, mas sí para la presuncion (1). El II.° quando compete á uno primeramente alguna accion, ó excepcion, y permite que el siguiente, á quien secundariamente toca litigue, y no lo protesta, pues la sentencia dada contra éste, perjudica al primero (2), porque por su permision se presume que lo hace con su consentimiento (3); ó quando dos se constituyen deudores de mancomun de otro, ó fué prometida á entrambos alguna cosa, de manera, que cada uno la pudiese demandar en el todo, pues la sentencia proferida á favor, ó contra el uno, aprovecha, ó perjudica al otro (4). El III.° en las causas connexas, v. g. la sentencia dada contra el ordenado indignamente, perjudica al ordenante (5). El IV.° en la cosa individua, y comun á dos, ó mas, y en las servidumbres, y correlativas, pues si se profiere á favor de uno, aprovecha á los otros, ó al contrario, porque la sentencia no puede ser válida en parte, y en parte no (6). El V.° en la cosa comun con el pupilo, pues por este respecto y comunion, el que con él posee algun fundo, retiene la servidumbre que á éste se debe, aunque no la use (7); y asi como contra el menor no corre la prescripcion, asi tampoco contra el mayor que tiene comunidad con él en alguna finca, lo qual procede por razon de la comunidad, pues en las cosas individuas puede uno conseguir por su socio lo que le es imposible por sí mismo (8). Y el V.° quando se dá contra uno respecto de la cosa, por la qual compete á muchos *in solidum* algun derecho, v. g. en las acciones po-

(1) Abb in cap. Quamvis, nn.2. y 3. hoc tit. (2) Ley penult ff de Re judic. (3) Ley Sæpe constitutum, ff. eod. tit. (4) Ley 29. tit. 22 Part 3. (5) Canon Hæc quippe 3. q 6. & ibi glos. verb. His amotis Canon Tantis Daniel, dist. 81. & ibi glos fin. Pirhing. hoc tit. n.84. (6) ley Loci. ff. Si fundus, ff. Si servitus vindicetur cap. Una sententia 72. de Appell. (7) Ley Si communem, §. 1. ff. Quemadmodum servitutes ammitt. (8) Cap. Sacris 12. de Sepult. cap. unic. & ibi glos. & Abb. in cap. Quambis cit. n. 14. hoc. tit.

pulares (1). Otros varios casos traen las leyes 20. y 21. tit. 22. Part. 3. y el *Sr. Greg. Lop.* en sus Glosas.

510 La execucion de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, ó confirmada por Tribunal superior, toca al Juez que la profirió, si es ordinario, el qual siendo mueble, ó raiz la cosa litigiosa, debe mandar entregarla á su dueño dentro de tercero dia; y siendo dinero, dentro de diez (2), como al fin del num. 490. dexo sentado: el superior que la confirmó, no debe executarla, sino remitir su execucion al inferior (3). Acerca del modo de seguir la via executiva, ya sea en virtud de sentencia, ó de otro documento que traiga aparejada execucion, trataré latamente en el cap. 2. de este libro.

511 Si el Juez que profirió la sentencia es delegado del Papa, ó del Príncipe, puede executarla por sí, ó por otro (4); pero si lo es de Obispo, ó de otro Príncipe inferior, hay variedad de opiniones sobre si puede, ó no (5). Lo cierto es, que por el hecho de cometerse el conocimiento de una causa al delegado, se entiende serle cometidas todas las cosas que le pertenecen, sin las quales no puede quedar expedita, y concluida, y así se ha de atender á las facultades de su comision (6), pues aunque con la sentencia se acaba el oficio mercenario del Juez, que sirve para declarar la accion, no el noble, que consiste en apremiar, mandar, prohibir, conservar el derecho, y executar lo que determina en la causa, porque éste espira solamente por la sentencia executada (7). Si alguno tubiere la osadía de impedir con armas, ó de otro modo violento su execucion, á mas de otras penas establecidas por derecho, incurre en la de perdimiento de la mitad de sus bienes, aplicados á la Real Cámara (8).

(1) Ley 3. ff. de Popular. action. ley Eum, qui §. In popularibus, ff. de Jur. jnr. Peregrin. de Fideicom. art. ult. n.41. Altimar. de Nullitat sentent. tom. 1. q.27. n.16. (2) Ley 1. tit.17. lib.11. Nov. Rec. (3) Ley 4. tit.29. dicho libro. (4) Cap. Quærenti 26. y cap Pastoralis 28. §. præterea, de Offic. delegat. y cap. In litteris 9. eod. tit. Pirhing. hoc tit. n. 99. Menoch. de Arbitr. lib. 1. q.74. n.48. (5) Reinf. lib.1. tit.29. de Offic. & potestat. judic. deleg § 2. n.45. y sig. y § 5. n.110. (6) Cap 5 y 39. de Offic. deleg. (7) Reinf. lib. 1. tit. 29. dicho n.24. y lib.2. tit.27. §.6. n.168. (8) Ley 2. tit.17. lib.11. Nov. Rec.

§. FINAL.

De la forma de estender las diligencias que ocurren en el Juicio civil Ordinario.

Demanda de reivindicacion.

512 F. en nombre de Don N. vecino de tal Villa, y en virtud de poder que en debida forma presento, y sin perjuicio de qualquiera otro que le competa, y de que protexto usar donde, contra quien, y en el modo que mas le convenga, ante Vm. parezco, y digo: que por fallecimiento de Don P. padre de dicho Don N. recayeron en éste como su único hijo varon legítimo todos los mayorazgos que poseía, entre los quales se comprende el que fundó J. en tantos de tal mes, y año ante tal Escribano, en cabeza de M. su sobrino, y septimo abuelo de mi parte, de tales casas, tales tierras, tales olivares, un molino con su batan en la ribera de tal rio, término de esta Villa, y otros varios bienes raíces consistentes en las de tal y tal, como consta de la Escritura de fundacion, de que presento con la solemnidad necesaria copia legalizada: Que habiendo quedado mi parte en la menor edad de ocho años, tomó á su nombre posesion de todos los mayorazgos Doña G. su madre, como su tutora, y curadora *ad bona* en sus fundaciones, segun se acredita del testimonio que asimismo presento, y como tal los estuvo administrando por medio de sus Apoderados, durante la citada menor edad; y habiendo salido de ella mi parte, segun se califica de la certificacion de bautismo legalizada, que tambien presento, advirtió que no solo no habia percibido su madre las rentas de tales bienes, &c. (*se expresarán los que sean*) sino que los estaban poseyendo pro indiviso F. vecino de esta Villa, y F. que lo es de la de tal, su hermano, á quienes reconvino mi parte extrajudicialmente manifestasen el título legítimo con que los poseían, ó le reconociesen por poseedor legal, y pagas en los frutos, y rentas que produxeron desde la muerte de su padre, y no quisieron asentir á uno, ni á otro, pretestando haberlos heredado, y poseído sus mayores con titulos verdaderos de tiempo inmemorial. Y mediante á que no pueden tener documento que

califique haberse desmembrado legítima, y justamente del mayorazgo, y los constituya dueños, que sin que precediese facultad Real, no debieron haberse vendido, ni enagenado, y que por lo mismo tiene lugar sin la menor disputa su reivindicacion; por tanto, y para que ésta se verifique = á Vm. suplico se sirva haber por presentados el poder, fundacion, testimonio de posesion, y partida referidos, y por lo que de ellos resulta, declarar que los nominados bienes han tocado, y pertenecido, tocan, y pertenecen en posesion y propiedad al prenotado mayorazgo fundado por &c. y al mencionado Don N. mi parte, como su poseedor legítimo, con todos sus frutos, rentas y aprovechamientos, y en su conseqüencia condenar á dichos F. y F. como detentadores á que se los restituyan con todos los que produxeron, no solo desde la muerte del padre de mi parte, de quien es unico heredero, sino en todo el tiempo que éste vivió, y en las costas de este pleito, sobre lo qual, y cada cosa les pongo formal demanda con la protesta de corregirla, suplirla, y ámpliarla, conforme haya lugar en justicia que pido, juro lo necesario, y para ello, &c. Otrosí: mediante hallarse domiciliado el mencionado F. en tal Villa, á Vm. suplico se sirva mandar expedir requisitoria de emplazamiento cometida á la Justicia de ella, con término perentorio, para que se le haga saber en su persona esta demanda; y no pudiendo ser habido, á su muger, hijos, criados, ó vecinos inmediatos, dexandoles memoria por escrito con la competente expresion de ella, y de la requisitoria que se expida, poniendolo todo por fé, y diligencia á su continuacion, á fin de que le pare el perjuicio que haya lugar: pido ut suprá. Lic. D. F. &c.

513 (*Auto*). Por presentados los documentos que se refieren: en quanto á lo principal traslado á F. y F. y por lo respectivo al otrosí, librese la requisitoria que se pide con término de quince dias perentorios. El Señor D. N. Alcalde mayor de esta Villa de tal, lo mandó á tantos de tal mes, y año, &c.

514 (*Notificacion*). En tal Villa, á tantos de tal mes, y año, yo el Escribano notifiqué el auto de traslado antecedente á F. vecino de ella en su persona, de que quedó enterado; doy fé F. de tal.

515 (*Requisitoria para notificar la demanda*). Licenciado Don F. Abogado de los Reales Consejos, y Alcalde mayor de esta Villa de tal, hago saber á los Señores Jueces, y Justicias

de la de tal, y demás de estos Reynos, y Señoríos, ante quienes este Despacho requisitorio fuere presentado, y pedido su cumplimiento, que en mi Juzgado, y por el Oficio del presente Escribano, por parte de Don F. vecino de tal lugar, con presentacion de varios documentos se dió un pedimento, cuyo tenor, y el del auto que á él proveí, es el siguiente.

Aqui se intertan el pedimento, y auto, y luego prosigue.

Concuerdan el pedimento, y auto insertos con los originales, que existen en el Oficio del infrascrito Escribano con los documentos que en ellos se citan; y en conformidad de lo proveido, expido el presente, por el qual de parte de S. M. y de la Justicia que en su Real nombre administro, exorto, y requiero á dichos Señores Jueces, y de la mia pido, y encargo, que siendoles presentado por qualquiera persona en nombre del nominado Don N. sin pedirle poder, ni otro recado alguno, le manden aceptar, y cumplir, y en su conseqüencia, que por qualquiera Escribano de S. M. se haga saber á F. de tal contenido en el pedimento, el auto que á él proveí, para que dentro de quince dias primeros siguientes al de su notoriedad, que por tres términos, y el último perentorio le prefino, comparezca por sí, ó por su Procurador con suficiente poder ante mí, y en dicho Oficio, á decir, y alegar lo que á su derecho convenga, pues le oiré, y guardaré justicia en lo que la tuviere, apercibiendole que si pasáre dicho término sin haber comparecido, procederé á substanciar, y determinar la causa como halláre por derecho, sin le citar, llamar, ni emplazar mas, y los autos, y diligencias que ocurran en su progreso, se harán y notificarán por su ausencia, y rebeldía habida por presencia, en los estrados de mi Audiencia, y le pararán el mismo perjuicio que si personalmente se le notificasen; y en caso de no hallarse en esa Villa, ó no poder ser habido el citado F. se dexará memoria con relacion del contexto de este despacho á su muger, hijos, criados, ó vecinos mas cercanos, para que se lo participen, llegue á su noticia, y no alegue ignorancia, poniendo por diligencia, el dia, y la persona á quien se entregó: y evacuado con los originales que en su virtud se practiquen, lo devolverán á la persona que lo presente, para que lo traiga ante mí, y en su vista provea justicia; que en haciendo asi la adminis-

trarán dichos Señores Jueces, é yo corresponderé recíprocamente siempre que sus despachos vea, ella mediante. Dado en tal parte á tantos, &c. Lic. Don F. Por su mandado F.

516 (*Auto dando cumplimiento á la requisitoria*). Sin perjuicio de la Real jurisdiccion que su mrd. exerce, se cumpla en todo, y por todo la requisitoria precedente, y en su conseqüencia se practíquen por el presente Escribano, ú otro de este Juzgado las diligencias que previene: el Señor Don F. &c.

(*Nota* 1) Este auto se notifica al sugeto con quien habla, y pasados los tres dias, contados desde el de su notoriedad exclusivè, si no pide retencion del despacho, se pone el auto de remision, y devolucion diciendo: *Mediante estar evaquadas las diligencias prevenidas en el despacho anterior, se entregue con ellas á la parte que lo presentó, para que lo devuelva al Juzgado de donde dimana. El Señor Don F. &c.* Si pide que se le entregue por tener que excepcionar contra él, se le entrega, y de lo que exponga se comunica traslado al demandante, el qual lo contexta, y de su respuesta se dá tambien traslado al demandado, el qual concluye. El Juez há por concluso el incidente, y llama los autos, y en vista de lo alegado por ambos, ó declara no haber lugar á la retencion del despacho, y manda se entregue á la parte que lo presentó, y que el emplazado acuda ante el Juez requirente á usar de su derecho, ó se declara por Juez legítimo para el conocimiento de la causa principal, por las excepciones, y motivos que alegó el emplazado, y manda que el demandante use en su Juzgado del derecho que le competa, y que á este efecto se retenga en él el despacho; cuyos autos son apelables, siguiendose la apelacion en la forma regular. Pero aunque la requisitoria contenga la cláusula puesta en el núm. 138. si el que la presenta no es el mismo interesado, y se suscita el incidente sobre su retencion, no se le debe tener por parte para seguirlos sin poder suyo, porque por la requisitoria se le autoriza solamente para practicar las diligencias conducentes á su cumplimiento, mas no para otra cosa, ni incidente que ocurra. Si el emplazado es personage, debe preceder recado político á la notificacion, ó citacion, y expresarse en el auto, porque la urbanidad no se opone á la Justicia, y aunque el auto no lo exprese, debe darlo el Escribano.

(*Nota* 2.) En quanto á la introducion que deben llevar los despachos requisitorios, es de advertir, que si se dirigen á Gali-

cia, ó á otra Provincia donde haya Virrey, deben decir: *Don F. &c. hago saber al Excelentísimo Señor Virrey, y Capitan General del Reyno de &c. Presidente de su Real Audiencia, á los Señores Regente, y Oidores de ella; y á todos los Corregidores, Gobernadores, Alcaldes Mayores, Ordinarios, y demás Jueces, y Justicias de dicho Reyno, ante quienes esta mi requisitoria fuere presentada, &c.* Si son para *Navarra*, han de hablar con el Virrey, y Capitan General de su Reyno, su Lugar-Teniente, y con los muy ilustres del Consejo, y Chancilleria del mismo Reyno, y demás Jueces, y Justicias, &c. Si para *Cataluña*, con el Excelentísimo Señor Gobernador, y Capitan General de su Principado, y Presidente de su Real Audiencia, que reside en la Ciudad de Barcelona, y con los Señores Regente, y Oidores de ella, Corregidores, Gobernadores, y demás Jueces, y Justicias, &c, y lo mismo yendo á otra donde haya Gobernador, y Capitan General, y no Virrey, ya sea de esta Peninsula, ó de las Indias. Si al Principado de *Asturias*, con el Señor Regente, y Oidores de su Real Audiencia. Si á *Sevilla*, con el Regente, y Oidores de su Real Audiencia, su Lugar-Tenientes, y demás Jueces, y Justicias, &c. Para los Paises extrangeros se han de arreglar los encabezamientos de estos despachos al estado y constitucion de sus Gobiernos, y nombre de los Jueces á quienes se dirigen.

(*Nota* 3.) Si el demandado ocurre por Procurador á mostrarse parte en los autos, ha de presentar poder, pues si no, ni se le ha de estimar por tal en ellos, ni mandar que se le entreguen hasta que lo presente; y asi se pone este auto: *Presentando esta parte poder suficiente, se le há por tal en los autos que refiere, los que verificada la presentacion, se le entreguen por el término ordinario*, y de ellos debe dexar conocimiento, ó recibo en el Oficio para su resguardo, y poderle apremiar á su vuelta. Si forma articulo de no contestar dentro del término legal y se desprecia, se debe poner este auto: *Sin embargo de lo expuesto, alegado, y articulo introducido por F. se le notifique que dentro de tercero dia conteste, y responda á la demanda puesta por F. en tal, con apercibimiento, que pasado sin haberlo hecho, se declarará por contestada, y se procederá á lo demás que haya lugar: con vista de autos lo mandó el Señor Don, &c.* Si ha espirado el término de contestar, se ha de poner éste: *No há lugar al articulo introducido por parte de F. se declara por contestada la demanda, y se reciben estos autos á pruc-*

ba con término de tantos dias comunes á las partes, hagaseles notorio: con vista de autos lo mandó, &c. vease sobre todo esto lo explicado desde el núm. 184. al 195. en donde se trata latamente de la declinatoria, y de otras excepciones dilatorias. Contextandose á la demanda se estiende el pedimento en la forma siguiente.

Pedimento de contestacion.

517 F. en nombre de F. y F. hermanos, y en virtud de su poder, que tengo presentado, en los autos con Don N. vecino de tal Villa, sobre la propiedad, y dominio de tales bienes, que dice pertenecen al mayorazgo que posee, y erigió F. segregados de él indebidamente; usando del traslado que de su demanda se me comunicó, y respondiendo á ella, digo, que sin embargo de quanto expone, y resulta de los documentos con que la acompaña, Vm. se ha de servir en méritos de Justicia, no solo desestimarla, y absolver á mis partes, sino imponer perpetuo silencio á la contraria, y condenarla en las costas de este pleito, pues asi procede, y debe hacerse en justicia. (*aqui se exponen los fundamentos en que se afianza la pretension, y se producen los documentos que haya de pronto, y prosigue el pedimento.*) Por todo lo qual, y por lo demás que á su tiempo se justificará, como lo protesto: á Vm. suplico se sirva haber por presentados dichos testimonios, (*ó lo que sea*) y en su vista proveer, y determinar, como dexo pretendido, y es de justicia que pido, y para ello, &c.

518 (*Auto.*) Por presentados los documentos que se expresan: traslado á la otra parte; el Señor Don F. &c.

(*Nota* 4.) Este auto se notifica al demandante, el qual en su vista toma los autos, y si quiere puede replicar contra las excepciones perentorias que oponga el demandado, y si no, concluir para los efectos que haya lugar, que es para prueba, segun el estado del pleito, cuya conclusion puede poner á continuacion del mismo auto, como en esta Corte se practica, y si no por pedimento á la manera del siguiente.

Pedimento de conclusion.

519 F. en nombre de Don N. en los autos con F. y F. sobre la propiedad de varios bienes pertenecientes al mayorazgo que

posee, y fundó F. ante Vm. como haya lugar, digo, que de la demanda de mi parte se comunicó traslado á las otras, las quales la contestaron, y se me ha hecho saber su contestacion; y para que no se retarde el progreso de este pleito, mediante ser por su naturaleza ordinario, y deberse recibir á prueba, desde luego negando, y contradiciendo quanto de contrario se expone, y afirmandome en lo dicho por la mia, concluyo para los efectos que haya lugar. En esta atencion, á Vm. suplico se sirva haber estos autos por conclusos legitimamente, y proveer lo que corresponda en justicia, que pido, y para ello, &c.

520 (*Auto*) Se han por conclusos estos autos quanto há lugar en derecho: traiganse citadas las partes para proveer lo conveniente: el Sr. Don F. &c.

(*Nota* 5.) Este auto se debe hacer saber á las partes, y citarlas con él, á fin de que las conste que el pleito se halla concluso, y que el Juez llamó los autos para proveer segun su estado, y naturaleza lo que corresponda; pero en esta Corte como la conclusion se pone á continuacion del auto de traslado, se omite poner otro auto, habiendo el pleito por concluso, y solo se cita con la conclusion á la otra parte, ó partes; acerca de lo qual vease lo explicado en los nn. 412. y 414. pues en quanto al modo de substanciar se deberá seguir el estilo del Tribunal del juicio, que no sea opuesto á derecho. Dentro de seis dias á lo mas segun la ley despues de la citacion con la conclusion, ó á la primera Audiencia segun quiera el Juez, y se acostumbre en su Juzgado, ha de recibir el pleito á prueba por medio de auto, el qual se debe hacer saber á los litigantes para que hagan la que les convenga. Si el reo no contesta la demanda, ni pide los autos, le ha de acusar el actor la rebeldía, y pedir que el Juez la haya por acusada, y el pleito por concluso, á lo que ha de deferir, ó mandar se le vuelva á notificar en los términos explicados en el n. 158. Si no obstante la acusacion los pide, debe mandar sin embargo de ella, y de su estado, se le entreguen por el término ordinario, y luego á su tiempo recibirlos á prueba, cuyo auto, y probanzas se estienden en la forma siguiente.

521 (*Auto de prueba*) Recibese este pleito á prueba con término de tantos dias comunes á las partes, hagaseles notorio: con vista de autos lo mandó el Señor Don F. &c.

(*Nota* 6.) Quando el demandado no compareció, y el deman-

dante le acusa la rebeldía, y pide que los autos se hayan por conclusos, y se substancien en estrados, se pone este auto: *Por acusada la rebeldía: recíbese este pleito á prueba con término de tantos dias comunes á las partes, á quienes se haga notorio; y mediante no haber comparecido la de F. demandado, en su ausencia, y rebeldía se notifiquen, y hagan en los estrados de la Audiencia de su md. los autos, y diligencias que ocurran: con vista de ellos lo mandó el Señor*, &c. las notificaciones se estienden asi.

522 (*Notificaciones.*) En tal parte, tal dia, mes, y año, yo el Escribano notifiqué el auto precedente á F. actor demandante en su persona, y por la ausencia, y rebeldía de F. demandado publiqué el mismo auto en los estrados de la Audiencia del Señor Juez por quien está proveido: doy fé, F.

523 (*Interrogatorio.*) Los testigos que se presentaren por parte de Don N. en el pleito que se sigue con F. y F. sobre la propiedad de varios bienes pertenecientes á su mayorazgo, serán examinados al tenor de las preguntas siguientes.

Primeramente serán preguntados por el conocimiento de las partes, noticia de este pleito, y demás generales de la ley; digan, y dén razon, &c.

Item: si saben, han visto, ú oido, y tienen entendido que, &c.

Item de público, y notorio, pública voz, y fama, y comun opinion digan, &c.

Pedimento presentando el interrogatorio.

524 F. en nombre de Don N. vecino de tal parte, en los autos con F. y F. sobre la propiedad de tales bienes, digo que estos autos se recibieron á prueba en tantos de este mes con término de tantos dias comunes á las partes; y para la que intenta hacer la mia, presento interrogatorio. En esta atencion, á Vm. suplico se sirva haberlo por presentado, y mandar que á su tenor, y con citacion contraria se examinen los testigos que por mi parte sean presentados, á cuyos dichos protesto estar solo en lo favorable, y no de otra suerte, apremiandolos en caso de escusarse, dando para ello comision á qualquiera Escribano de S. M. pido justicia, y para ello, &c.

Otrosí: mediante que algunos de los testigos de que mi parte intenta valerse, existen en tal Pueblo; á Vm. suplico se sirva

expedir requisitoria á sus Justicias, para que por ante Escribano, y en forma los examinen al tenor de dicho interrogatorio que se insertará en ella, dandolas comision á este efecto, y para que procedan con apremio en lo que sea necesario, y mandando que con ella se cite á las otras partes á fin de que presencien á su juramento, si quieren; pido ut suprà.

Otrosí: atento á que por las partes contrarias se redarguyó de falsa civilmente la copia de la fundacion del mayorazgo, que posee la mia, y presenté con su demanda: á Vm. suplico se sirva mandar que con igual citacion se compruebe con su protocolo que existe en el Oficio de F. Escribano del Número de esta Villa, á fin de que no se dude de su contesto; pido ut suprà.

Otrosí: á Vm. suplico se sirva mandar que con la propia citacion se compulsen por dicho Escribano tal, y tal instrumento que paran en sus protocolos, y á este fin librar el correspondiente compulsorio; pido, &c.

Otrosí: respecto estar para espirar el término, por que este pleito se recibió á prueba: á Vm. suplico se sirva prorrogarlo hasta los ochenta dias de la ley, y mandar se haga saber á las partes la prorrogacion; pido, &c.

525 (*Auto.*) A lo principal, y primer otrosí se há por presentado el interrogatorio quanto há lugar en derecho: á su tenor, y con citacion contraria se examinen por el presente Escribano á quien se da comision, los testigos que por esta parte se produxeren en este Juzgado, y para los existentes en tal Pueblo se libre la requisitoria que se solicita. Al segundo otrosí se compruebe por el mismo con la propia citacion la Escritura de fundacion que se expresa, á cuyo fin se requiera á F. Escribano de este Numero ponga de manifiesto el protocolo en que se halla. En quanto al tercero, expidase el compulsorio competente para el efecto que se pretende. Y por lo respectivo al último otrosí se proroga el término de prueba hasta los ochenta dias de la ley, hagase notorio. El Señor Don F. &c.

Citacion, y Notificaciones.

526 En tal parte, á tantos de tal mes, y año, yo el Escribano cité con el auto anterior para los efectos que expresa en lo principal, y tres otrosíes del pedimento, á F. Procurador de F.

y F. y le hice saber, y á F. que lo es de Don N. la prorrogacion del término probatorio que incluye el mismo auto en quanto al último otrosí, y á cada uno en su respectiva persona; y el expresado F. dixo que para conocer, y ver juramentar los testigos que por parte de Don N. se presenten, se le señale dias, y horas, pues quiere hallarse presente; doy fé.

Señalamiento de dias, y horas para presentar testigos.

527 Incontinenti yo el Escribano mediante la respuesta dada á la citacion precedente, señalé para juramentar los testigos que por parte de Don N. se presenten, las horas desde tal á tal de la mañana, y desde tal á tal de la tarde, en tal parage, desde hoy dia de la fecha, y hice saber este señalamiento al citado F. Procurador de F. y F. y tambien á F. que lo es del expresado Don N. en sus personas, y quedaron enterados; doy fé.

Requerimiento para la presentacion de testigos.

528 En tal dia á tantos de tal mes, y año, yo el Escribano requerí á F. Procurador de Don F. presente los testigos de que pretenda valerse para la probanza que intenta hacer, en su persona; y enterado, dixo está pronto á su presentacion desde mañana, á las horas señaladas: doy fé.

Recepcion del juramento de testigos en presencia de las partes.

529 En tal parte, tal dia, mes, y año F. Procurador de Don N. en conseqüencia del requerimiento que precede, y para la probanza que su parte pretende hacer en este pleito, presentó por testigos á F. de tal, de tal exercicio, que expresó vivir en tal parte, á F. de tal oficio, que dixo vivir en tal, y de ambos yo el Escribano en presencia de las partes, usando de la facultad que me está conferida, recibí juramento por Dios nuestro Señor, y una señal de cruz, quienes lo hicieron como se requiere, y baxo de él prometieron decir verdad quando sean examinados, y lo que supieren por ambas partes sobre el hecho, ó hechos litigiosos, aunque sobre ellos no sean preguntados, sin añadir, quitar,

ocultar, ni tergiversar cosa alguna, sino lo cierto como cierto, y lo dudoso como dudoso, segun lo sepan, y entiendan; y lo firmaron ambos juntos con F. Procurador de las otras partes; doy fé.

(*Nota* 7.) Si la parte contraria responde al tiempo de la citacion que quiere que el Juez juramente á los testigos, debe dar pedimento, y el Juez ha de hacer el señalamiento por auto, el qual se hace saber á los litigantes, y entónces el Escribano en la recepcion del juramento ha de decir que el Juez se lo recibió ante él, y no que él se lo recibe, rubricar la diligencia el mismo Juez, y firmarla tambien la parte, si está presente, para que no alegue que no lo presenció, excepto que no sepa firmar, en cuyo caso se expresará que no sabe.

Requisitoria para hacer probanza.

530 Licenciado Don F. &c. hago saber á los Señores Corregidores, Asistentes, Gobernadores, Alcaldes Mayores, Ordinarios, y demás Ministros de Justicia, asi de la Ciudad de tal, como de todas las demás Ciudades, Villas, Lugares de estos Reynos, y Señoríos, ante quienes esta mi requisitoria fuere presentada, y de su contesto pedido cumplimiento, que en mi Juzgado, y por ante el presente Escribano del Número se siguen autos á instancia de D. N. contra F. y F. vecinos de, &c. sobre la reivindicacion, y propiedad de tales bienes, (*ó lo que sea*) los que tuvieron principio en tal dia por demanda presentada con varios documentos por parte del citado Don N. en la que haciendo expresion de tal, y tal cosa, concluyó con la pretension de, &c. (*se expresará la introducida*) de cuya demanda comuniqué traslado á los demandados, quienes la contestaron; y conclusos los autos, por el que proferí en tal dia, los recibí á prueba por tantos comunes á las partes, y por la del expresado D N. se pidió prorrogacion hasta los ochenta de la ley, y al mismo tiempo presentó interrogatorio, solicitando que á su tenor se examinasen los testigos que produxese; y respecto existir en esa Ciudad algunos de que intentaba valerse, que expidiese requisitoria para su exámen, á cuya solicitud deferí en auto de tal dia; cuyo tenor, el de el de prueba, sus notificaciones, demanda, é interrogatorio es el siguiente.

Aquí se inserta por su órden todo lo relacionado, y luego prosigue la requisitoria.

Y para que tenga efecto mi ultimo proveido, y lo pretendido por el nominado Don F. expido la presente; por la qual de parte de S. M. y del oficio de justicia que en su Real nombre exerzo, exorto, y requiero á los referidos Señores Jueces, y de la mia pido, y encargo que siendoles presentada por qualquiera persona en el del nominado Don N. sin pedirla poder, ni otro documento, la manden cumplir, y en su conseqüencia mediante estár citada la parte de los enunciados F. y F. que por ante Escribano, y en forma reciban juramento de todas las personas que como testigos se presenten por la de dicho Don N. dentro del término de prueba que cumplirá en tal dia, y precedida su solemnidad, las examinen con separacion, preguntadoles al tenor de cada una de las preguntas del interrogatorio inserto, haciendo que den razon de sus dichos, de modo, que no resulte confusion, y procediendo con apremio en lo que fuere necesario; y evacuadas, las mandarán entregar originales con esta mi requisitoria, cerradas, y selladas á la persona que las presente, para que las traiga ante mí, y provea en su vista lo que corresponda en justicia, pues en practicarlo asi la administrarán, é yo haré al tanto por mutua correspondiencia siempre que las suyas vea. Fecha en tal parte, á tantos de tal mes, y año: Licenciado Don F. por su mandado, F.

Examen de un testigo.

531 En tal parte, á tantos de tal mes, y año, yo el Escribano en virtud de la comision que me está conferida, recibí juramento por Dios nuestro Señor, y una señal de cruz en forma de derecho del que dixo llamarse F. ser vecino de tal lugar, y de tal oficio, testigo presentado por parte de Don N. para la probanza que intenta hacer en el pleito que sigue contra F. y F. sobre tal cosa, el qual lo hizo como se requiere, y baxo de él prometió decir todo lo que sepa, y sea concerniente á los hechos de este pleito por ambas partes, aunque sobre ello no sea preguntado, y en todo la verdad lisa, y llanamente; y habiendole examinado al tenor de las perguntas del interrogatorio producido en es-

tos autos, y de cada una con separacion, dixo lo siguiente.

Á la primera dixo, que conoce á las partes litigantes, (*ó solamente á F.*) que tiene noticia de este pleito, (*ó no la tiene*) que de ninguna es pariente, amigo, ni enemigo, ni ha sido intimidado, corrompido, ni sobornado para que oculte la verdad, y diga mentira, *ó que es pariente en tal grado de quien le presenta, ó de entrambos litigantes, pero no por eso dexará de decir la verdad*) y que no tiene interés en este pleito, ni desea que alguno lo gane, y otro lo pierda, sino que Dios dé la justicia al que la tenga, ni le tocan las demás generales de la ley de que le instruí, y que es de tantos años, poco mas, ó ménos de edad, y responde.

Á la segunda dixo, que sabe tal cosa por tal razon, y responde.

Á la tercera dixo, que ignora su contenido, y responde.

Á la ultima dixo, que lo que dexa declarado, es público, y notorio, pública voz, y fama, y comun opinion en tal parte, y entre sus moradores, y todo la verdad, baxo del juramento hecho, en que se afirma, ratifica, y lo firma, (*ó no lo firma porque dixo no saber*) de todo lo qual doy fé.

Pedimento para que se nombren Intérpretes, á fin de evacuar las declaraciones de testigos extrangeros.

532 F. en nombre de Don F. en los autos con F. y F. sobre tal cosa, digo que este pleito se recibió á prueba, y para la que mi parte intenta hacer, presenté interrogatorio, á cuyo tenor se mandaron examinar los testigos que produxese, de los quales dos, llamados F. y F. son Alemanes, y por no entender su idioma el Escribano comisionado, ni ellos el Castellano, no los ha examinado; y para que mi parte no quede indefensa, ni dexe de aclarar su justicia por esta causa; á V.m. suplico se sirva nombrar dos Intérpretes que entiendan, y hablen ambos idiomas, por medio de los quales, precedida su aceptacion, y juramento, sean examinados ante dicho Escribano los referidos testigos: pido justicia, &c.

533 (*Auto.*) Para el efecto que se expresa, se nombran por Interpretes á F. y F. de nacion Alemana: notifiqueseles acepten este nombramiento, y juren evacuar fielmente el encargo que por él se les hace; y hecho, se proceda á examinar á F. y F. segun

se pretende. El Señor Don F. lo mandó, &c.

Aceptacion de los Intérpretes.

534 En tal parte, á tantos, &c. yo el Escribano notifiqué el auto antecedente, y nombramiento que incluye, á F. y F. de nacion Alemanes, en sus personas, y enterados dixeron lo aceptan, y juran por Dios nuestro Señor, y una señal de cruz que formaron con sus manos derechas, usar bien, y fielmente el encargo de Intérpretes, y que á este fin estan prontos á concurrir al examen, y declaraciones que han de hacer F. y F. de la misma nacion; esto respondieron, y lo firman, doy fé.

Examen de un testigo con asistencia de Intérpretes.

535 En tal parte, &c. en conseqüencia de lo que está mandado por el precedente auto, y en continuacion de la probanza que en éstos pretende hacer F. presentó por testigo á F. de tal exercicio, y de nacion Aleman, para cuyo examen, por no hablar el idioma Castellano, estan nombrados por Intérpretes F. y F. de la propia nacion, quienes baxo de juramento que tienen hecho ante mí, el que reiteran, aseguraron usar bien, y fielmente el cargo, y oficio de tales Intérpretes, y para su evacuacion, estando presente con ellos el citado F. yo el Escribano formé la señal de la cruz, y la misma formaron los Intérpretes, é hicieron formar al testigo, y les dixe le preguntasen si juraba por Dios, y por la cruz decir quanto supiese por ambas partes en razon de los hechos del pleito, sobre que era presentado por testigo, aunque sobre ellos no fuese preguntado, y en todo la verdad lisa, y llana; y habiendole hablado en su idioma, dixeron que se lo habian preguntado, y respondia que así lo juraba, y en vista de esta respuesta se procedió á examinarle al tenor del interrogatorio producido, en la forma siguiente.

A la primera pregunta que leí á los Intérpretes, y éstos dieron á entender al testigo, dixeron respondia que conoce á los litigantes, y tiene noticia de este pleito: que de ninguno de ellos es amigo, ni enemigo, ni le tocan las demas generales de la ley, &c. y que es de tantos años de edad, y responde.

Á la segunda que les leí, y dieron á entender en igual forma,

á dicho testigo, respondieron decía que sabe tal, y tal cosa, por tal, y tal razon, &c.

Á la ultima que tambien les leí, y le dieron á entender, dixeron respondia tal, y tal cosa, y que todo lo que habia declarado era lo que sabía, y la verdad en que se afirmaba, y ratificaba baxo del referido juramento, y lo firma con los Intérpretes, los quales aseguraron baxo del que tienen hecho, que todo lo que consta en esta declaracion, es lo mismo que ha depuesto el testigo, sin añadir, quitar, ni tergiversar cosa alguna, de todo lo qual doy fé.

(*Nota 8.*) Muchas veces se reciben informaciones de testigos sin citacion de partes, por alguno de los motivos expuestos en el n.125. al 127. antes de principiar el pleito, ó de contestar la demanda, y para que aprovechen al sugeto, á cuya instancia se recibieron, pretende que en el término de prueba se ratifiquen con citacion contraria, y su ratificacion se estiende de esta suerte.

Ratificacion de testigos.

536 En tal parte, &c. Yo el Escribano en virtud de la comision que me está conferida, recibí juramento por Dios nuestro Señor, &c. de Pedro de tal, vecino de tal parte, de tal oficio, uno de los testigos que depusieron en la informacion presentada en estos autos, recibida á instancia de F. y habiendo jurado como se requiere, prometió decir verdad &c. y siendole leída por mí la declaracion que hizo tal dia ante F. Escribano, y consta en tal pieza de los autos á tal folio, enterado de ella, dixo que su contexto es lo que entónces depuso, y toda la verdad, sin que se le ofrezca añadir, quitar, ni enmendar cosa alguna, y en ello se afirma, ratifica, y lo firma, expresando no comprenderle las generales de la ley de que le instruí, y que es de tantos años de edad, de que doy fé. *Si el testigo tuviere que añadir, quitar, ó enmendar alguna cosa*, dirá: que la citada declaracion es la misma que entónces dió, y declara, y ahora añade tal cosa (*lo que sea*) de que ántes no se acordó, y en quanto á tal cosa dice que aunque en dicha declaracion dixo, esto (*lo que sea*) padeció equivocacion en tal, y tal especie, pues lo que pasó fué tal, y tal cosa, y en lo demás dá por subsistente su primera declaracion, en la qual, y en lo que

ahora expresa de nuevo, y la corrige, se afirma, ratifica, y lo firma, &c.

(*Nota* 9.) Como á veces no se pueden ratificar en el término de prueba todos los testigos que se examinaron ántes á causa de haber muerto, ó estar ausentes algunos en parages remotos, y la parte que los produjo quiere valerse de sus dichos, porque convienen á su defensa, á fin de que no le perjudiquen si se examinaron sin citacion de la contraria, debe pretender que con la referida citacion se le reciba informacion de abono de los testigos muertos, y ausentes, y el Juez deferir á su solicitud: las diligencias se practican en la forma siguiente.

Pedimento para que se reciba informacion de abono de un testigo.

537 F. en nombre de F. en los autos con F. sobre tal cosa, digo que para la prueba intentada por mi parte, pedí, y se mandó que los testigos que depusieron á su instancia sin citacion contraria en una informacion que se halla en estos autos, se ratificasen con ella, á lo qual se defirió en tantos de tal mes; y habiendo pasado al Escribano que entiende en la probanza, á su ratificacion, halló que Pedro de tal uno de ellos ha muerto, (ó se ausentó de este Pueblo, sin saberse su paradero) segun se acredita de las diligencias hechas en su busca, ó de la certificacion de su entierro, que presentó. Mediante lo qual, y para que dicha declaracion no quede ilusoria, ni mi parte indefensa: á Vm. suplico se sirva mandar recibir con dicha citacion informacion que ofrezco del abono del expresado Pedro, y para esto dar comision á dicho Escribano: pido justicia, y para ello &c.

538 (*Auto*). Por lo que resulta de las diligencias practicadas en busca de Pedro de tal, se reciba á esta parte con citacion de la otra la informacion que ofrece, por el Escribano que entiende en las de estos autos, á quien para ello se dá comision en forma: el Señor Don F. &c.

Declaracion de un testigo de abono.

539 En tal parte yo el Escribano en virtud de la comision que por el auto precedente me está conferida, recibí juramento por Dios nuestro Señor, y una señal de Cruz en forma de dere-

cho de Francisco de tal, testigo presentado por parte de F. para la informacion de abono que tiene ofrecida, y le está mandada dar, el qual lo hizo como se requiere, y baxo de él prometió decir verdad, y lo que supiere sobre lo que fuere preguntado, y siendolo por mí al tenor del pedimento que la motiva, dixo: que conoció de vista, trato, y comunicacion á Pedro de tal, á quien tuvo siempre por buen Christiano, temeroso de Dios, y de toda pureza, ingenuidad, y realidad, y por tal ha estado reputado en este Pueblo, sin que jamás haya oido el declarante cosa en contrario; por cuya razon tiene por cierto, que en la declaracion que hizo tal dia á instancia de dicho F. habrá dicho la verdad, por lo que merece, y se le debe dar entera fé, y credito; y le consta que el expresado Pedro falleció tal dia, porque asistió á su entierro, ó lo vió cadaver, (ó que se ausentó de este Pueblo en tal tiempo, y se ignora su paradero, ó lo que sea) y asimismo dixo que todo lo que dexa declarado, es la verdad, baxo del juramento que tiene hecho, en que se afirma, ratifica, y lo firma, y expresó ser de tantos años de edad, de que doy fé.

(*Nota* 10.) Estos testigos de abono son diferentes de los que se presentan á efecto de abonar, ó afianzar á un sugeto, y sus bienes para alguna Administracion, Tesorería, ó cosa semejante, los quales son verdaderamente fiadores, y asi en sus deposiciones han de decir que saben, y les consta que F. por quien son presentados, es sugeto de notorio arraigo, y abono en aquel Pueblo; que tiene tales bienes, que valdran tanta cantidad en venta, y que no están afectos, ni gravados con carga alguna, ó con mas carga que tal, (*la que sea*) y en el caso que no la valgan, ó que lo estén, los abonan los testigos con los suyos presentes, y futuros, los que obligan expresamente á la seguridad, fianza, y responsabilidad de tal cosa, y quieren ser compelidos por la via executiva, y todo rigor legal á la satisfaccion de lo que por dicha causa resulte deber el citado F. y para la que no alcancen sus bienes, á cuyo efecto se constituyen sus fiadores, y abonadores simples en legal forma, lo reciben por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, y consentida, se someten á los Señores Jueces competentes, y lo firman, y expresan ser de tantos años de edad, de que doy fé.

Mandamiento compulsorio.

540 Lic. Don F. Alcalde Mayor de esta Villa de tal, &c. F. Escribano del Número de esta Villa, siendo requerido con este Mandamiento por parte de N. y existiendo en su poder, y Oficio los protocolos de Escrituras, que pasaron ante F. su antecesor, le dará á su continuacion copia íntegra de una carta de pago, (*ó lo que sea*) que ante él parece otorgó F. en tal dia, mes, y año, la qual quiere, y necesita para presentarla en el pleito que con F. sigue ante mí, y el presente Escribano sobre tal cosa; y lo cumpla, mediante estár citada la otra parte, (ó precediendo citacion con él á la otra parte) fecho en tal Villa, á tantos, &c. Lic. F. Por su mandado: Fulano.

(*Nota* 11.) Este mandamiento se entrega á la parte, á fin de que lo ponga en poder del Escribano con quien habla, el qual extenderá el testimonio ó copia que se pide á su continuacion hasta concluir el pliego, y luego en el papel sellado correspondiente, segun sea la clase del instrumento, ó cosa que ha de compulsar, ó metiendo dentro del mismo pliego algunos comunes, si en ellos cabe, en la siguiente forma.

Forma de estender el testimonio, ó copia que previene el Mandamiento.

541 En virtud del anterior Mandamiento yo F. Escribano del Número de esta Villa, succesor en el Oficio que exerció F. doy fé que al folio tantos del registro de Escrituras, que parece pasaron ante él en tal año, se halla una, cuyo tenor es el siguiente: (*Aquí se inserta á la letra, y se pone el concuerda regular*) Si se hubiese de dar testimonio en relacion de algun pleito, dirá: doy fé que ante tal Juez, y en mi Oficio se siguen, y están pendientes autos, (*ó se han seguido*) á instancia de F. contra N. de esta vecindad sobre tal cosa, los quales tuvieron principio en tal dia, por pedimento que con tales documentos presentó el mismo F. haciendo relacion de tal, y tal cosa, y concluyendo con tal pretension, de la qual se comunicó traslado á N. quien solicito tal cosa, y puestos los autos en estado, se recibieron á prueba por tanto término, que se prorrogó hasta los

ochenta dias de la ley, y dentro de ellos hizo cada litigante la que estimó convenirle con testigos, é instrumentos, y hecha publicacion de probanzas, alegaron de su justicia; y conclusos los autos para difinitiva, se dió en ellos sentencia, cuyo literal tenor con el de tal, y tal cosa (*lo que pida la parte*) es el siguiente: (*Aquí se insertará todo, y luego proseguirá.*) Lo relacionado resulta mas difusamente de los autos de que queda hecha mencion, y lo inserto concuerda con lo que existe en ellos, á que me remito, y todo queda en mi poder, y Oficio, y en cumplimiento de lo mandado en el compulsorio que precede, lo signo, y firmo en tal parte, &c.

Pedimento presentando una Escritura para su comprobacion.

542 F. en nombre de N. en los autos con D. sobre tal cosa, digo que por el proveído en tantos de tal mes se recibieron á prueba por tantos dias comunes á las partes, y para manifestar la justicia que á la mia asiste, hago presentacion de un traslado de tal Escritura, que en tal dia otorgó P. ante M. Escribano, en cuya atencion, á Vm. suplico se sirva haberlo por presentado, á fin de que no se dude de su legitimidad, y mandar que con citacion contraria se compruebe por el Escribano de estas diligencias con su protocolo, que existe en el Oficio que exerce F. al qual se requiera lo exhiba, y ponga de manifiesto á este efecto: pido justicia, y para ello, &c.

543 (*Auto.*) Compruebese con citacion de la parte contraria la Escritura que por ésta se presenta en la conformidad que solicita, á cuyo efecto F. Escribano existiendo en su poder el protocolo de ella, lo exhiba; lo qual se practique por el que entiende en las diligencias de este pleito. El Señor Don F. &c.

544 (*Citacion.*) En tal parte, á tantos de tal mes, y año, yo el Escribano cité con el auto precedente á D para el efecto que en él se refiere, en su persona, el qual dixo está pronto á concurrir al cotejo, ó comprobacion, señalandosele dia, y hora, doy fé: *se le señalará dia, y hora, y pondrá el señalamiento, y notificacion.*

Cotejo, ó comprobacion de la Escritura.

545 En tal parte, á tantos de tal mes, y año, yo el Es-

cribano estando presente D. uno de los litigantes en este pleito, requerí á F. Escribano que me exhibiese el protocolo de la Escritura que se manda comprobar, y con efecto me exhibió uno empergaminado de las que parece pasaron ante F. su antecesor en tal año, comprehensivo de tantas fojas, que á su final está signado, y firmado por él, y á la página tantas se halla la que refiere el pedimento, y habiendo tomado el protocolo yo el Escribano, y el traslado producido el mencionado D. y leido éste por él, é yo atendido por aquel, advertimos estár bien, y fielmente sacado dicho traslado sin defecto alguno, ó que en tal foja, plana primera, ó á su buelta, á tal linea donde dice *tal cosa* (la que sea) debe decir *tal*, segun el contesto del mismo protocolo, con el que está conforme en todo lo demás, y para que conste lo pongo por diligencia, que con dicho D. firmo, y de ello doy fé.

Pedimento presentando papeles, para que una de las partes los reconozca.

546 F. en nombre de D. en los autos con N. sobre tal cosa, digo que estos autos se han recibido á prueba por el de tantos, y para la que conduce á mi parte, presento dos cartas firmadas por B. padre de la contraria, en tales dias de tal mes, y año: en cuya atencion, á Vm. suplico se sirva haberlas por presentadas, y mandar que el citado N. baxo de juramento las reconozca, y declare si las firmas puestas á su final son de propio puño y letra de su padre, y las que acostumbraba hacer, á lo que se le apremie en caso necesario, pues evacuado que sea, protesto pedir lo que al derecho de mi parte convenga en justicia, que es la que solicito, y para ello, &c.

547 (*Auto*) Por presentadas las cartas que se refieren: N. las reconozca segun se pretende, ante el Escribano que entiende en las diligencias de estos autos, á lo que se le apremie en caso necesario, y hecho, pida esta parte lo que la convenga. El Señor Don F. lo mandó, &c.

Declaracion acerca del reconocimiento de las cartas.

548 En tal parte, á tantos de tal mes, y año, yo el Escribano usando de la comision que me está conferida por el auto

antecedente, recibí juramento por Dios nuestro Señor, y una señal de cruz en forma de derecho de N. en el contenido, el qual lo hizo como se requiere, y baxo de él prometió decir verdad, y habiendole manifestado las cartas presentadas por parte de F. sus fechas tal y tal dia; vistas y reconocidas, dixo que aunque parece que las firmas que contienen, y dicen B. *de tal*, son semejantes á las que su difunto padre acostumbraba hacer, no puede afirmar si son, ó no de propio puño de este, por no haberselas visto echar, ni ménos tiene noticia del contesto de las cartas, en que existen: Que es lo que puede declarar, y todo la verdad baxo de dicho juramento, en que se afirma, ratifica, y lo firma, y expresa ser de tantos años de edad, poco mas, ó menos, de que doy fé.

Pedimento nombrando Perítos para hacer cotejo de firmas.

549 F. en nombre de D. en los autos con N. sobre tal cosa, digo que para la prueba que mi parte pretende hacer, presenté dos cartas escritas, y firmadas por B. padre de la contraria, y pretendí que ésta las reconociese, y declarase si las firmas que están á sus finales eran hechas por el referido su padre, á lo qual se defirió, y habiendoselas manifestado el Escribano de estas diligencias, no contestó positiva ni afirmativamente sino con ambiguedad, sobre su certeza, y deseando evitar toda duda de que son suyas, desde luego para su cotejo, y comprobacion nombro por mi parte á F. Maestro de primeras letras en esta Villa. En esta atencion, á Vm. suplico se sirva haberle por nombrado, y mandar que la otra dentro de un breve, y perentorio término que se le señale, nombre por la suya, ó se conforme con el nombrado, y pasado, se elija de oficio á su costa, y que ambos Perítos baxo de juramento, y con la citacion correspondiente hagan el cotejo, y comparacion de las citadas firmas, á cuyo fin el presente Escribano les ponga de manifiesto tal, y tal Escritura, otorgadas por el mencionado B. difunto, que existen en su protocolo; pido justicia, y para ello, &c.

550 (*Auto.*) Para el cotejo, y comprobacion que el pedimento refiere, se há por nombrado por esta parte á F. Maestro de primeras letras, notifiquese á la otra que dentro de tercero dia perentorio nombre por sí, ó se conforme con el propuesto, con

apercibimiento que pasado, se nombrará de oficio á su costa, y hecho, procedan con la citacion correspondiente baxo de juramento ambos Peritos al cotejo que se solicita, ante el presente Escribano, á cuyo fin existiendo en su poder las Escrituras que se enuncian, se las manifieste segun se pretende. El Señor Don F. lo mandó.

Diligencia del cotejo, y declaracion de los Peritos.

551 En tal parte, tal dia, mes, y año, yo el Escribano recibí juramento por Dios nuestro Señor, y una señal de cruz en forma de derecho de F. y F. Maestros de primeras letras en esta Villa, quienes, y cada uno de por sí lo hicieron como se requiere, y baxo de él prometieron decir verdad, y habiendoles puesto presentes las dos cartas presentadas en estos por F. y asimismo tal, y tal Escritura otorgadas ante mí en tal año por B. difunto: dixeron han visto, y examinado con toda atencion, y ciudado asi las firmas de las cartas, como las de las dos Escrituras, y que segun sus caractéres, ayre de la letra, fortaleza de pulso, y otras circunstancias que advirtieron en unas, y otras, y en sus rubricas, son hechas todas por un propio puño, en lo que ninguna duda les queda, y que esto es lo que pueden declarar segun su inteligencia, y reglas de su arte, y la verdad baxo de dicho juramento, en que se afirman, ratifican, y lo firman, y expresan ser el F. de tantos años, y el F. de tantos poco mas, ó ménos de edad, de que hoy fé.

(*Nota* 12.) Si se quisiere poner ántes de la declaracion la aceptacion del nombramiento, y tambien el juramento, se podrá hacer reiterandolo en la declaracion, pues esto en nada altera la diligencia. Se ha de preguntar á los Peritos la edad que tienen, y ponerla, excepto, si tienen oficio público, pues entónces no es necesario (aunque no daña) ni tampoco que hagan juramento, si al tiempo de su ingreso, y admision lo hicieron, como es regular.

Requerimiento á las partes para que presenten mas testigos, si los tuvieren.

552 En tal parte, á tantos, &c. yo el Escribano mediante estar para espirar el término porque estos autos se recibieron á

prueba, requerí á F. que si tenia mas testigos con que ampliar su probanza, los presentase ante mí para su examen, y enterado, dixo que por ahora no quiere producir mas, y que si lo tuviere por conveniente, los presentará ántes que el término espire: esto respondió, doy fé.

Pedimento para la publicacion de probanzas.

553 F. en nombre de D. en los autos con N. sobre tal cosa digo que el término con que se recibieron á prueba, y mucho mas es pasado; por lo que á Vm. suplico se sirva hacer en ellos publicacion de probanzas por el término de la ley, para que las partes aleguen de su derecho, y justicia, que pido, &c.

554 (*Auto.*) Traslado á la otra parte. El Señor D. F. &c.

555 (*Notificacion.*) En tal parte, á tantos de tal mes, y año, yo el Escribano leí, y notifiqué el auto precedente á F. Procurador de F. en su persona á nombre de su parte, doy fé.

Pedimento acusando la rebeldía, è insistiendo en que se haga la publicacion.

556 F. en nombre de F. en los autos con F. sobre tal cosa, digo: que habiendo espirado el término de prueba en ellos concedido, pretendí se hiciese publicacion de probanzas, de cuya solicitud se comunicó traslado á la parte contraria, la qual sin embargo de habersele notificado, y ser pasado el término en que debió responder á él, no lo practicó, por lo que se le acusó la rebeldía; en cuya atencion, á Vm. suplico se sirva haberla por acusada, y deferir á la publicacion pretendida: pido justicia, &c.

557 (*Auto.*) Por acusada la rebeldía: se hace en este pleito publicacion de probanzas por el término de la ley, hagase notorio á las partes. El Señor Don F. &c.

(*Nota* 13.) Hecha la publicacion de probanzas, toman las partes los autos, alegan, y concluyen, y si alguna no quiere tomarlos, se practica lo que dexo explicado en el núm. 411.

Pedimento de tachas, y abono de testigos.

558 F. en nombre de N. en los autos con D. sobre tal cosa,

digo que de las probanzas hechas en ellos por las partes, se hizo publicacion en tal dia; y mediante á que los testigos de que mi parte se valió, son fidedignos, sin vicio, ni defecto alguno, y los producidos por la contraria, á mas de no hacer prueba, como á su tiempo expondré, padecen algunos de ellos varios defectos, y tachas legales, por las quales deben ser despreciados sus dichos; para acreditarlas conviene al derecho de la mia, que con citacion de la otra se la reciba informacion al tenor de los capítulos siguientes.

Si saben, y les consta que Pedro es enemigo capital del referido N. mi parte por tal, y tal causa, digan, y dén razon &c.

Si saben, y es cierto que Juan se perjuró en tal pleito, que F. siguió contra P. en tal año, ante tal Juez, y Escribano; y que como tal perjuro se le impuso tal pena, digan, &c.

Si saben, &c.

Y para que sus dichos, y deposiciones sean de ningun valor, ni efecto en este juicio, á Vm. suplico se sirva admitir, y estimar por legítimas las tachas, y defectos que contienen las preguntas referidas; recibir esta causa á prueba de ellas por el término que gradúe competente con arreglo á la ley; y mandar que los testigos que depusieren acerca de su contesto, y otros de que mi parte se valga, abonen los que ésta produjo en su prueba principal, y declaren con juramento, como son presonas timoratas, y de toda verdad, y que por tales han estado siempre, y están reputadas, y conceptuadas entre todos, sin que jamás hayan oido cosa en contrario, y juro en forma de derecho no poner de malicia las referidas tachas, ni por infamar á los sugetos en ellas contenidos, sino solamente por convenir á la defensa de mi parte, y su justicia, que pido, y para ello, &c.

559 (*Auto* 1.) Traslado á la otra parte. El Señor Don F. Corregidor, &c. lo mandó en tal parte, &c. *Este auto se notifica á la parte contraria.*

560 (*Auto de admision, y prueba de tachas, y abono de testigos.*) Sin embargo de lo expuesto por parte de D. se admiten quanto há lugar en derecho las tachas propuestas á sus testigos por la de N. y recibe á prueba de ellas por tantos dias comunes á entrambos litigantes, á quienes se cite, y haga saber este auto, el qual sea, y se entienda para que en el propio término abone tambien el citado N. los suyos, apremiando si fuere necesario, á

los de que intente valerse, á que depongan lo que sepan acerca de los particulares del pedimento, y para ello se dá comision al Escribano de estas diligencias, y Alguacil de este Juzgado. Con vista de autos lo mandó el Señor Don F. Corregidor, &c.

(*Nota* 14.) Este auto se debe notificar á las dos partes, á la una para que pruebe las tachas que opone á los testigos de la contraria, y abone los suyos; y á la otra para que abone tambien los suyos tachados, justificando lo incierto de las tachas propuestas: si quisiere puede tachar tambien á los de la contraria en caso de que tengan algunas, proponiendolas en forma. Si las tachas se proponen en interrogatorio (como se puede hacer) se habrá por presentado, y de él, y del pedimento se ha de conferir traslado, (lo que es al contrario con el interrogatorio sobre la causa principal, pues no se comunica) y la razon de diferiencia consiste: lo primero, en que las tachas deben ser especificadas, y el origen de donde provienen, y no viendolas la parte contra cuyos testigos se oponen, no podrá impugnar su admision; y lo segundo, porque en el negocio litigioso si se comunicára el interrogatorio, podria la una sobornar á los testigos de su contrario á fin de que no depusiesen la verdad, ó buscar otros que sobre los mismos artículos depusiesen tal vez falsamente, lo que no habia, y perjudicarle de este modo haciendole perder su derecho, cuyo riesgo no hay en los de las tachas, pues éstas no miran á los méritos de la causa, y accion ó excepcion propuesta como interrogatorio principal, sino á debilitar uno de los medios con que se intentó probar, lo qual es muy diverso, y por eso no hay inconveniente en que se comunique el interrogatorio, ó pedimento en que se proponen, como en el de la causa principal. Los testigos que se presenten, deben ser idóneos, y fidedignos, y se han de examinar, y hacerseles las preguntas generales de la ley, edad, oficio y vecindad, al modo que á los del negocio principal, aunque en el pedimento, ó interrogatorio no se exprese, pues sin embargo de que la ley no lo manda, es conveniente para que hagan plena fé, y no se dude de su idoneidad, ni de la verdad de sus dichos.

Pedimento pretendiendo ampliacion del término de prueba por via de restitucion.

561 F. Curador *ad litem* de N. en los autos con D. sobre

tal cosa, digo que estos autos se recibieron á prueba por el término de la ley, y habiendo espirado, se hizo en ellos publicacion de probanzas en tal dia; y por no haber tenido noticia de algunos testigos que conducen á su defensa, (*ó por el motivo que haya*) no los presenté, lo que puede serle perjudicial; y mediante á que al referido N. por ser menor, compete el beneficio de restitucion contra el lapso del término; por tanto, y para que no sea perjudicado, á Vm. suplico se sirva concedersela, y en su consequencia, ampliar el término ordinario porque este pleito se recibió á prueba por tantos dias, que son su mitad, á fin de que en ellos pueda justificar lo que por la razon expuesta se omitió; pues asi es justicia que pido, juro en forma de derecho no pedir de malicia el referido término, sino por convenir á la defensa de mi menor, imploro el noble oficio de Vm. y para ello, &c.

562 (*Auto.*) Mediante constar en estos autos la menor edad de N. y por ella competirle el beneficio de restitucion, se amplía el término por que se recibieron á prueba, por tantos dias perentorios comunes a ambas partes, mitad del probatorio concedido anteriormente con denegacion de otro: hagaseles saber, para que en ellos justifiquen lo que les convenga con la respectiva previa citacion por ante el Escribano de estas diligencias: con vista de autos lo mandó el Señor Don, &c.

Pedimento recusando al Juez inferior.

563 F. en nombre de N. en los autos con D. sobre tal cosa, digo que estos autos se hallan conclusos, y en estado de determinarse, y mediante á que hablando con la judicial modestia, tengo á Vm. por sospechoso, desde luego usando de la accion que me compete, le recuso para su determinacion, á Vm. suplico se sirva haberse por recusado, y acompañarse con otro Juez, (*si lo hubiere en el Pueblo*) ó con Abogado de ciencia, y conciencia, y mandar se me haga saber su nombramiento, pues de lo contrario protesto la nulidad; y juro en forma de derecho no hacer de malicia esta recusacion, sino unicamente por convenir á la defensa de mi parte, y su justicia, que es la que pido, y para ello, &c.

564 (*Auto de recusacion.*) Se há por recusado su merd. para

la determinacion de esta causa, (*ó para lo que sea*) y nombra por su acompañado al Licenciado Don F. Abogado de los Reales Consejos, vecino de esta Villa, al qual, haciendose notorio á las partes para los efectos que haya lugar, se notifique acepte este nombramiento, y jure en la forma ordinaria, (*si fuere Juez el nombrado, se omitirá el juramento*) para lo qual se dá comision á qualquiera Escribano de S. M. El Señor Don F. Corregidor de esta Villa de tal, lo mandó, &c.

(*Nota* 15.) Este nombramiento se hace saber ante todas cosas á las partes, por si quieren, ó no recusar (como pueden) al acompañado, y si dentro de tres dias siguientes al de su notoriedad nada dixeren, se procede á notificarlo al acompañado, cuya diligencia se estiende en la forma siguiente.

Notificacion, aceptacion, y juramento del acompañado.

565 En tal Villa, á tantos de tal mes, y año, yo el Escribano hice notorio el auto antecedente al Licenciado Don F. Abogado de los Reales Consejos, en el contenido en su persona, y enterado de él, dixo que acepta el nombramiento de acompañado que incluye, y jura por Dios nuestro Señor, y una señal de cruz en forma de derecho, que desempeñará legalmente su encargo; y procederá con rectitud en la determinacion de los autos que se refieren en el pedimento que motivó dicho nombramiento: esto respondió, y lo firma, doy fé.

(*Nota* 16.) En quanto á la recusacion de los Escribanos originarios, y dé diligencia, he explicado en los nn. 443. al 447. lo que se debe practicar, y respecto ser cosa muy facil, omito estender las diligencias concernientes á ella.

Sentencia difinitiva absolviendo al demandado.

566 En tal parte, á tantos de tal mes, y año, el señor Don F. Corregidor de ella, habiendo visto los autos seguidos por parte de D. y de N. sobre tal cosa, dixo: que mediante haber probado bien, y cumplidamente el citado N. las excepciones que propuso, le debia absolver, y absuelve de la demanda que contra él instauró el mencionado D. al qual se impone perpetuo silencio: y por esta su sentencia definitivamente juzgando, asi lo pronunció, mandó, y lo firma.

Sentencia difinitiva condenando al demandado.

567 En tal parte, á tantos de tal mes, y año, el señor Don F. Corregidor de ella, habiendo visto los autos seguidos por N. contra D. sobre tal cosa, dixo: que sin embargo de lo expuesto, alegado, y excepcionado por el citado D. le debia condenar, y condena á que dentro de tantos dias primeros siguientes dé, ó pague al referido F. los tantos reales que solicita en su demanda con apercibimiento de execucion; y por esta sentencia difinitivamente juzgando, asi lo pronunció, mandó, y firmó.

Otra sentencia.

568 Dixo debia declarar, y declara que los bienes contenidos en la demanda sobre que se siguió este pleito, tocan, y pertenecen al mayorazgo que erigió B. y posee el nominado N. al qual manda se ponga incontinenti en posesion de ellos, á cuyo efecto se libre el mandamiento competente; y condena al citado D. á que los dexe libres, y desembarazados, y á la restitucion de todos los frutos producidos, y que debieron producir desde la contestacion de la demanda, los quales, precedida su liquidacion por el presente Escribano, se le notifique pague dentro de nueve dias con apercibimiento de execucion, como tambien las costas procesales causadas, y que se causen hasta el efectivo reintegro, en que igualmente le condena; y para la averiguacion de su importe pasen los autos al Tasador general; y por ésta su sentencia difinitivamente juzgando, asi lo pronunció, &c.

(*Nota 17.*) Estas sentencias van estendidas con arreglo al estilo de esta Corte, y las firma el Juez, y autoriza el Escribano, por lo que no hay pronunciamiento. En otros Juzgados las firma el Juez solo, por cuya razon se pone su pronunciamiento separado á presencia de testigos, el que firma el Escribano, y en seguida se notifica á las partes; pero nada se altera en la substancia, y asi se observará el que haya en cada Juzgado.

Pedimento de apelacion.

569 F. en los autos con D. sobre tal cosa, digo que por la

sentencia proferida en ellos se manda á mi parte que pague, ó haga tal cosa; y mediante á que dicha sentencia, hablando con la judicial modestia, le es gravosa, y perjudicial, desde ahora apelo de ella para ante quien con derecho puedo, y debo: en esta atencion, á Vm. suplico se sirva admitirme dicha apelacion lisa, y llanamente en ambos efectos, y para el de mejorarla mandar se me entreguen los autos, (*ó se me dé el competente testimonio*) pues asi es justicia que pido, y para ello, &c.

570 (*Auto.*) Admitese á esta parte la apelacion que interpone, quanto há lugar en derecho, y para el efecto que expresa, se le entreguen los autos por el término ordinario, (*ó se le dé el testimonio que pide*) el Señor Don, &c. lo mandó á tantos de tal mes y año.

(*Nota* 18.) Admitiendose la apelacion en ambos efectos, no hay inconveniente en mandar entregar los autos; pero si se admite en el debolutivo solamente, como sucede en la via executiva, ó el pleito es de los que prohibe su admision la ley 22. tit 20. lib. 14. Nov. Rec. se debe denegar la entrega, porque de hacerse, se priva al que obtuvo en la sentencia, de continuarlos, y pretender la execucion de ésta, mientras los tiene.

Pedimento para que se declare por desierta la apelacion.

571 F. en nombre de N. en los autos con D. sobre tal cosa, digo que de la sentencia en ellos proferida por áVm. interpuso apelacion el citado D. la que le fué admitida, y sin embargo de ser pasado el término en que debió mejorarla, no lo ha hecho, ni requerido con el despacho correspondiente; por lo que á Vm. suplico se sirva declarar por desierta la apelacion, y por pasada en autoridad de cosa juzgada la referida sentencia, mandando se lleve á pura, y debida execucion; pido justicia, y para ello, &c.

572 (*Auto.*) Notifiquese á la otra parte que dentro de tantos dias haga constar haber mejorado la apelacion que tiene interpuesta, con apercibimiento, el Sr. Don F. &c.

(*Nota* 19.) Este auto se notifica al apelante, y si no requiere con la mejora en el término prefinido, se le acusan dos rebeldías insistiendo en la pretension primera, y el Juez las há por acusadas, y le concede segundo, y tercero término, y pasados, dá otro pedimento el que obtuvo, acusandole tercera rebeldía:

llama el Juez los autos con citacion de las partes, y citadas con él, pasados tres dias, defiere á su solicitud, como expuse en el num. 477. proveyendo el siguiente. Vease la nota sobre esta materia.

573 (*Auto de declaracion.*) Mediante no haber mejorado la parte de F. la apelacion que interpuso de la sentencia difinitiva proferida en estos autos en tal dia, sin embargo de los términos que para ello se le han concedido, se declara por desierta dicha apelacion, y por pasada en autoridad de cosa juzgada la expresada sentencia, y en su conseqüencia se lleve á pura, y debida execucion: con vista de autos lo mandó el Señor Don, &c.

(*Nota* 20.) Si la parte condenada no apela de la providencia en el término legal ante el Juez que la profirió, ó no requiere con mejora, ó despacho del de alzadas, ó del Tribunal superior, á quien toca el conocimiento en grado de apelacion, debe dar pedimento la otra, acusandole una rebeldía, relacionando el contesto de la providencia, y el dia en que se le hizo saber, con la pretension de que se declare por consentida, y pasada en autoridad de cosa juzgada, á cuyo pedimento debe el Juez providenciar en los términos que expliqué en el núm. 473. y practicarse lo que alli expuse, y el pedimento, y auto se estienden en la forma siguiente.

Pedimento para que se declare una sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada.

574 F. en nombre de N. en los autos con D. sobre tal cosa, digo que vistos por Vm. profirió en tal dia sentencia difinitiva, por la qual condenó al enunciado D. en tal cosa, la qual se le hizo saber en tal dia; y sin embargo de ser pasado el término de apelar, y mucho mas, no lo ha hecho, por lo que le acuso la rebeldía. En esta atencion, á Vm. suplico se sirva haberla por acusada, y en su conseqüencia declarar dicha sentencia por consentida por la otra parte, y por pasada en autoridad de cosa juzgada; y mandar se lleve á debida execucion, y que se dé á mi parte el competente testimonio con los insertos necesarios que le sirva de executoria para resguardo de su derecho, pido justicia, y para ello, &c. A este pedimento se dice: *por acusada la rebeldía: autos citadas las partes*, &c. y pasados los tres dias

despues de la ultima citacion, se provee el siguiente auto; ó puede el Juez llamarlos solamente, y á la siguiente audiencia hacer la declaracion sin citar á las partes, como he sentado en el n. 474. porque no tiene para qué citarlas.

475 (*Auto declarando una providencia por pasada en autoridad de cosa juzgada.*) Mediante no haberse apelado por parte de D. de la sentencia proferida en tal dia, por la qual se le condenó á tal cosa, ni expuesto cosa alguna acerca de ella, y ser pasado el término en que lo debió practicar, y mucho mas, se declara por consentida, y por pasada en autoridad de cosa juzgada; y se le condena á que esté, y pase por su tenor, sin contravenirlo en manera alguna, baxo de tal pena aplicada para la Cámara de S. M. Dése á esta parte el testimonio que pide con los insertos necesarios: con vista autos lo mandó el Sr D. F. &c. *Este auto se hace saber á ambos litigantes.*

(*Nota* 21.) Siendo en parte absolutoria, y en parte condenatoria la sentencia, ó auto proferido, si uno de los litigantes pide se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada, se deferirá á ello, condenando á entrambos á su observancia. Si uno de ellos apeló, y luego se arrepiente, y desiste de la apelacion interpuesta, (pues puede hacerlo con consentimiento de su contrario) se debe dar traslado á éste del desestimiento, y conformandose con él, se le habrá por conformado, y se declarará la providencia por pasada en autoridad de cosa juzgada, segun se expresa en el anterior.

(*Nota* 22) Si el apelante obtiene Real Provision para la remision de autos por compulsa, y para emplazar á la parte contraria, se pone este auto: *Vista la Real Provision que precede por el Sr. Don, &c. Corregidor de esta Villa, la tomó en sus manos, besó, y puso sobre su cabeza: dixo que la obedecia con el debido respeto, como carta de su Rey, y Señor natural, y mandó se guarde, cumpla, y execute, como en ella se ordena, y lo firmó en esta Villa de tal, á tantos, &c.* A continuacion de este auto se saca, y pone la compulsa, y concluida, se cita, y emplaza al contrario, para que acuda al Tribunal superior, y luego se cierra, y sella la compulsa, y entrega al apelante para que la presente en la Escribanía de Cámara por donde se libró el despacho, á fin de seguir la causa en grado de apelacion, y en los autos originales se pone fé, ó nota del dia que se entregó la compulsa y

á quién, con relacion del despacho, y Escribano que lo refrendó, ó copia de él.

(*Nota 23 sobre el papel sellado en que deben estenderse las diligencias de este juicio.*) Todos los pedimentos, autos interlocutorios, citaciones, notificaciones, y otras diligencias que ocurren en el Juicio Ordinario, se han de escribir en papel del sello quarto mayor. Las probanzas, é informaciones judiciales en el del sello segundo, el primero, y ultimo pliego, y los del intermedio comun; pero si fueren de nobleza, ó limpieza en qualesquiera Concejos, Chancillerías, y Comunidades de Estatuto, en papel del sello mayor el primero, y ultimo pliego, y en el intermedio comun; y los autos de aprobacion, ó reprobacion de estas pruebas en el del sello segundo. Las requisitorias de emplazamiento, y demás en papel del sello tercero. Las sentencias difinitivas en el del segundo, y las compulsas de autos que se remiten en apelacion, en el propio sello segundo el primero, y ultimo pliego, y en el intermedio comun. Si las partes fueren pobres mandadas defender por tales, ó gozan del privilegio de que en sus causas, y negocios se actúe en papel de pobres, todo se escribirá en el del sello de éstos.

PARTE SEGUNDA

CAPITULO SEGUNDO.

Del Juicio Executivo hasta la sentencia de remate, y su execucion.

§. I.

Qué es Juicio Executivo, y qué cosas traen ó no aparejada execucion.

1 Habiendo tratado en el cap. I.° de este libro con toda claridad, y extension del modo de substanciar el juicio civil ordinario; paso á explicar el civil executivo con arreglo á nuestras leyes. Es este un juicio sumario introducido á beneficio de los acreedores, á fin de evitar los dispendios, y dilaciones de la via ordinaria, y facilitar la cobranza de sus deudas sin distraerlos del exercicio de sus artes, y del cuidado de sus familias, en que tanto interesa el Estado (1). Pero aunque este juicio tiene tanta eficacia, es tan delicado, que si no se sabe seguir, no solo se convierte facilmente en ordinario, sino que á mas de esto prescribe el derecho de executar que compete al acreedor, quando no acude á usar de él en tiempo, y forma. Explicaré con el método y claridad posibles, para perfecta y radical instruccion del Escribano principiante lo que me enseñó el estudio de las leyes y AA. de la nota mas recomendable, y ví practicar en los Tribunales Reales superiores, é inferiores de esta Corte.

2 Traen aparejada execucion regularmente en estos Reynos de Castilla las diez cosas siguientes. La sentencia que se declaró por pasada en autoridad de cosa juzgada, en la forma, y por los motivos referidos en el capítulo primero de este libro num. 490. La executoria dada por Tribunal superior competente, ya sea

(1) Ley 1. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec. Paz in Praxi tom. 1. part 4 Sumar. al princ. n. 4. y cap. 1. n. 40. al fin. Rodrig. Suar. in leg. Post rem judic. in declaration. leg Regn. limit. 4. n. 7.

confirmando, ó revocando la sentencia del Juez inferior (1). La confesion de la deuda hecha en juicio, y el juramento litis decisorio (2). Los conocimientos, vales, y papeles simples, despues de reconocidos con juramento por el que los hizo, ante Juez competente, ó de su órden por escrito ante Alguacil, y Escribano, ó ante éste solamente, aunque no contengan expresion del dia, mes, y año en que se hicieron (3). El instrumento público, y auténtico, que hacen fé (4); bien que el auténtico solo la traerá si se reconoce judicialmente, y no de otra suerte, porque aunque hace prueba en juicio, ninguna ley lo constituye executivo como al público, por ser cosa muy diversa segun expuse en el cap. 1. n. 349. La liquidacion, ó instrumento simple líquido de cantidad, daños, é intereses, siendo reconocido, y consentido por la parte con la solemnidad expuesta (5). Los libros y cuentas extrajudiciales hechas por las partes, ó por los contadores que eligen, si éstas las reconocen, y consienten en juicio, segun queda dicho, ó en instrumento público, y no de otra suerte (6). El Rescrito, Cédula, ó Provision del Rey, ó Príncipe que no reconoce superior en lo temporal, y los Reales Privilegios (7). Los juros, libranzas, y situaciones que se dan por el Rey, ó por quien en su nombre tiene potestad, contra sus Tesoreros, Cobradores, Administradores, y Arrendadores de su Real haber (8). Y los pareceres conformes de los contadores (9).

3 La sentencia del Juez ordinario pasada en autoridad de cosa juzgada, como dada en contradictorio juicio con audiencia de los litigantes, y consentida por éstos expresamente, ó con su tácita annuencia por no haber apelado de ella, ó habiendo apelado, por no haber mejorado la apelacion, y declarádose por desierta, no solo trae aparejada execucion en lo que

(1) Leyes 1. y 3. tit. 17. lib. 11. Nov. Rec. y el tit. 27. de la Part. 3. (2) Ley 4. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec. y ley Post rem 56. ff. de Re judic. Parl. lib 2. c. ult. part. 1. §§ 3. y 4. (3) Ley 119. tit. 18. Part. 3. y leyes 5. y 6. tit. 21. lib. 4. dicho Parlador. ibi §. 5. n. 7. 17. y 20. (4) Leyes 1. y 3. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec. Parlad. ibi §. 11. (5) Covar. lib 2. Var. cap. 11. Parlad ibi §. 12. limitat. 4. Carlev. de Judic. tit. 3. disp. 5. 8. y 15. Vela disert. 24. Ciriac. controv. 424. (6) Parlador lib. part. y cap. dichos, §. 6. Escobar de Ratiocin. cap. 10. 11. y 12. Garcia de Expens. cap. 20. n. 22. (7) Leyes 29. á la 32. tit. 18. Part. 3. (8) Ley 14. tit. 7. ley 9. tit 16. lib. 9. de la antigua Recop. En la novísima se han suprimido. (9) Ley 1. y 4. tit. 17. y tit. 28. lib. 11. Nov. Rec. y la nota 1. del tit. 17. lib. 11.

expresa, sino tambien en lo que tácitamente contiene, aunque despues conste que es injusta (1); porque de ella nace una nueva accion, que en latin se llama *judicati*, ó *in factum* (2), y nuevo pleito, y autos para executarla.

4 La trae igualmente la que es válida de los *Arbitros juris*, que son unos Jueces delegados, y la de los arbitradores, y amigables componedores, ya contenga, ó no pena el compromiso, y sean dos, ó mas, ó uno solo el compromisario, con tal que sea dada en el término prefinido en él, por los Jueces electos sobre lo comprometido, sin exceder, ni faltar; y que se presente con ella signada de Escribano público el compromiso, si no se han apelado, ni pedido reduccion á alvedrío de buen varon: lo mismo procede con la del tercero en discordia (3). Esta sentencia se debe executar por el Juez ordinario, y no por ellos, porque carecen de jurisdiccion (4), y por la misma razon no pueden recibir las pruebas que las partes ofrecieren. En este caso debe acudirse á los Jueces ordinarios, ó para hacerlas ante ellos, ó para que libren sus despachos á otras Justicias si los testigos no estuviesen en el territorio. La reduccion de la sentencia se ha de pedir ante el referido Juez, y dentro del término prefinido para apelar, y no pidiendose, ni apelando, pasa en cosa juzgada (5). Vease acerca de esto á *Parlador. lib. 2. cap. fin. part. 1. §. 2. y different. 43. §§. 1. y 2. y el cap. 10. de mi primera Parte.*

5 Se ha de executar sin embargo de apelacion la sentencia dada sobre dote, y alimento, en caso de ser pobre la parte á cuyo favor se dió; ó sobre jornales, ó estipendios por paga de trabajo (6). La que consiste en pena de ordenanza, y no excede de 10ⓓ. maravedís (7). La dada sobre sepultar algun difunto;

(1) Ley 19. tit. 22. y leyes 1. y 2. tit. 27. Part. 3. Salg. de Reg. part. 4. cap. 9. n. 151. Parlad. §. 1. part. 1. cap. ult. (2) Ley in judicati ff. de Re judic. ley Actori. Cod. de Jurejur. Parlad. ibí. n. 1. al 3. y n 6. y 7. (3) Ley 4. tit. 17. lib. 11. Nov. Rec. y ley ult. tit. 4. Part. 3. Rodrig. de Exec cap y act. 1. Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 1. §. 2. n. 10. y 16. y different. 43. §. 2. num. 3 (4) Ley Privatorum Cod. de Jurisdic. omnium jud. glos. Bart. & alii in leg. Ait Prætor ff. de Re judic. Parlad. dicho §. 2. n 25. Cur Philip. lib 2. Commer. terr. c. 14. n. 29. (5) Covar. lib. 2. Var. cap. 12 n 2. Avendañ. in Cap Corrector. part 1. cap. 1. Villal in Ærario, verb. Reductio. Parlad. differ. 43 § 1. num 3. y 4. (6) Salg. de Reg. part. 2. cap. 1. y 2. part. 3. cap. 16 n. 35. Acev en la ley 9. tit. 15. lib. 4. Rec. n. 38. Carlev. tit. 1. disp. 6. per tot. (7) Ley 22. tit. 20. lib. 11. Nov. Rec.

proveer de tutor á los menores ; y recoger frutos, quando de diferir su recoleccion, puede irrogarse perjuicio ; pues en estos casos solo tiene efecto devolutivo, á ménos que sea notoriamente injusta, y en este efecto, y no en el suspensivo se debe admitir la apelacion (1). Lo mismo procede para con la de los Arbitros, Arbitradores, dandose previamente las fianzas expresadas en el capítulo 7. de mi primera parte §. 5. num. 137, aunque se pida reduccion á alvedrio de buen varon, y en las transaciones hechas ante Escribano (2). Pero la de los Arbitros si se consiente, ó no se contradice en el término legal, que son diez dias, se ha de executar sin fianzas (3).

6 Tambien se ha de executar sin embargo de apelacion la que confirma, ó aprueba los pareceres conformes de los contadores, ya se nombren por las partes, ó de oficio en rebeldía de alguna que habiendosele notificado en persona que nombrase por sí, no quiso hacerlo, dandose primero la fianza prevenida en dicho cap. y §. núm. 138. por la que obtuvo la confirmacion (4); la qual debe pedir ante todas cosas que se execute, y que en su consequencia, mediante la fianza, se le dé posesion, y entreguen los bienes que se la aplican, y que hecho, use la parte contraria de su derecho como la convenga, y sobre ello formar articulo. En los propios términos se ha de executar en tres casos el parecer del tercero electo por discordia de los contadores, que esté conforme con uno de ellos, y se apruebe, ó confirme por el Juez. El primero, quando fué nombrado por los mismos interesados segun lo dispone la ley 24. tit. 21. lib. 4. Nov. Rec. ibi: *Mandamos que en lo que se conformaren los contadores nombrados por las partes, siendo confirmado por sentencia del Juez que de la causa conociere, la tal sentencia se execute sin embargo de apelacion*::: mas no, siendolo por el Juez, ó por los mismos contadores en virtud de facultad para nombrarlo, porque no hay contumacia, y la ley no lo dice, y quando esta prescribe cierta y determinada forma en algun acto, no basta que se execute por otro equivalente (5). El segundo, quando en la comision para

(1) Dicha ley que era en la antigua Rec la 6. tit. 18. lib. 4. y en ella Acev. n. 11. (2) Ley 4. tit. 17. lib 11. Rec. Salg. de Regia cap. 13. Cov. lib. 2. Var. cap. 12. (3) Ley 23. y ley fin. tit. 4. Part. 3. y en esta Greg. Lop. glos 7. cap. 3. y 4. Ut. lite pendente, y cap. 14. de Re judic. (4) Ley 5. tit. 17. lib. 11. Nov. Rec. y la nota 1. del mismo tit. (5) Bald. in cap. 1 de milite vasallo, &

liquidar se mandó executar el parecer unánime de los dos. Y el tercero, quando la parte que se siente agraviada, no apeló en tiempo, y forma (1). Pero es de advertir lo primero, que los contadores nombrados judicialmente para formar y liquidar cuentas, y particiones, han de jurar al tiempo de la aceptacion de su encargo, que ántes, ni despues de hacerlas no recibirán dinero, ni otra cosa de las partes, ni de alguna de ellas hasta que les sea tasado su trabajo, y que harán fielmente las cuentas, y darán sus pareceres sin aficion alguna (2). Lo segundo, que no deben ser nombrados, ni otro perito alguno para artículo que consista en derecho, sino solamente para lo que consiste en tasacion, cuenta, ó pericia de persona, ó arte (3). En los pleitos en que hubiere condenacion de frutos, los deben tasar y moderar los Jueces en la sentencia, y no remitirlo á contadores (4). Lo tercero, que aunque no deben ser compelidos á admitir su encargo, no estando diputados publicamente; una vez que lo admitan, puede el Juez á instancia de qualquiera de los interesados apremiarlos por el medio, y en la forma que previene la ley 29. tit. 4. Partid. 3. á su evacuacion; mas no de oficio, porque le está prohibido interponer su autoridad á la utilidad privada, no precediendo pedimento de parte (5). Y lo quarto, que pueden ser recusados en los casos que los nombrados para hacer particiones: vease lo que expliqué en el lib. 1. cap. 2. §. 2. de esta segunda parte, y á *Escobar de Ratiocin. cap.* 8. *n.* 13. *al* 20. En la misma forma se ha de executar la sentencia que se diere á favor del Real Fisco (6); lo qual se entiende, estando justificada, y convencida, aunque no sea por confesion de la parte.

7 No trae aparejada execucion la sentencia dada contra el Juez, para que restituya las costas, y salarios que llevó, á ménos que sea citado, y oido, porque es proferida sin verdadero conocimiento de causa, y asi no surte otro efecto que el de simple citacion. (7). Pero por las condenaciones que hubiere recibi-

in Authent. offeratur, n. 4. Cod. de litis contestat. Bart. in leg Non sunt liberi ff. de Statu homin.

(1) Escobar de Ratiocin. cap. 33 n. 14. al 17. (2) Ley 2. tit. 21. lib. 10. Nov. Rec. y la nota 2. del tit. 21. lib. 10. 3) Ley 1. tit. y lib dichos.
(4) Ley 6. tit 16. lib. 11. (5) Ley Dies 4. §. Hoc autem judicium 8 ff de damno infect. Escobar de Ratiocin. cap. 8. n. 8. al 12. (6 Ley 13. tit. 23 Part. 3. verb. ***Eso mismo decimos*** : ley Abstinendum, y ley fin Cod Quorum appellat. non recipiantur. (7) Ley 6. tit. 4. lib. 5. Nov. Rec. Gom. en la 76. de Toro,

do, sí, porque al modo que las recibió por su sentencia condenatoria, es justo que las restituya por la revocatoria, sin ser citado, y así se practica.

8 Tampoco la trae aparejada el mero mandamiento del Juez, en que manda á alguno que haga, dé, ó pague á otro cierta cosa, ó cantidad, sin citarle, ni oirle, (á cuyo mandamiento llaman *de solvendo*) pues no es sentencia, sino preparacion para la execucion, y por defecto de audiencia no cobra vigor de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, ántes bien se convierte en simple citacion (1), como expuse en el cap. 1. de este libro, núm. 464. Si contiene causa justificativa, y el negocio es, ó no de consideracion, hay opiniones sobre si se puede, ó no executar (2); pero en práctica no he visto executarlo

9 Asimismo no la trae aparejada la sentencia, contra la qual pide restitucion el que goza de este beneficio (3), á ménos que por congeturas parezca que la pretende con malicia (4), ni las de que traté en el cap. 1. de este libro, desde el núm. 481. al 488. Pero la sentencia nula por su naturaleza no se debe executar, aunque la execucion provenga de ley (5).

10 La executoria dada por Tribunal superior, confirmando, ó revocando la sentencia del Juez inferior, trae aparejada execucion, y en ésta ha de actuar el mismo Juez que profirió la sentencia (6), como senté en dicho cap. 1. núm. 499; lo qual se entiende subsistiendo en el mismo Juzgado, pues si no subsiste, toca al que le suceda en él. En quanto á si se debe, ó no executar quando se opone la excepcion de nulidad, veanse los AA. que se citan (7).

11 Trae aparejada execucion tambien la confesion clara, y pura, ó simple, hecha por el deudor ante Juez competente, y

n.8. vers. ***Pro cujus*** : y lib.3. Var. cap.1. n.43. Valenz. consil.6. Covar. Pract. cap. 23. n. 6.

(1) Ley 22. tit.22. Part.3. Parlad. lib.2. c. alt. part.1. §.4. n.20. (2) Parlad. lib.2. part.1. cap. alt. §.1. n.22. Solorz. lib. 3. Polit. cap 3. verb ***Porque***: Gom. lib.3. Var. cap.1. n.43. (3) Ley 2. tit. 25. Part. 3. Salg. de Reg. part. 4. cap.7. n.38 Cov. Practic. cap.25. n 7. (4) Cap Suscitat, de In integrum restitution. Gutier. lib.1. Pract. q.334. n.3. García de Nobilit. glos. 6. §. 2. n. 17. al 23. (5) Covar. dicho cap.25. Salg. de Reg. part.3 cap. 9. n. 201. Parej. de Edition. tit. 6. Resolut.7. n. 85. (6) Ley 1. tit. 17. lib. 11. Nov. Rec. Gutier. lib.1. Pract. q.97. Noguerol allegat.15. n. 5. (7) Salg. de Reg part. 4. cap 3. n.230. y part.3. Labir. c.1. n.121. y 168. Pedro Barbos. en la ley 75. §. Marcellus, ff. de Judic. Escobar de Purit. part.2. q.4. art.4. §.2. n.32.

Escribano, ó ante éste en virtud de su mandato, por escrito de que está debiendo en aquel acto lo que se le pide (1); y la razon es, porque el que confiesa en juicio, se tiene por juzgado (2), y la cosa juzgada como verdadera la trae aparejada (3); lo qual procede en qualquiera tiempo que la haga, porque las leyes hablan indistinta, y absolutamente sin limitacion, y asi no debemos distinguir. Tambien la trae aparejada contra el heredero del testador la confesion, que éste hizo (4); bien que siendo hecha en testamento, la puede revocar, y entónces ningun efecto surtirá (5). Se entiende por confesion clara no solo quando dice el deudor paladinamente que está debiendo lo que se le pide, sino quando expresa *que cree deberlo*, pues la confesion de credulidad le perjudica igualmente que la verdad, por ser lo mismo decir *que lo cree*, que decir *lo sabe*; ó quando dice: *que lo debe sobre poco mas ó ménos*; y asi se despachará la execucion por el todo como expresó en el instrumento, reservandose justificar en los diez dias de la ley la menor quantía, si quisiere, y no debiere mas (6). Pero si es ambigua, qualificada, ó condicional, y consta de la condicion; ó se limita á cierto dia, ó plazo no cumplido, no la trae aparejada, ni en su virtud se debe despachar, hasta que se verifique la condicion, ó el plazo se cumpla, porque el acto condicional no obliga hasta entónces (7), ni por consiguiente se deben embargar bienes al deudor. Pero de la declaracion que haga el deudor confesando, ó negando, se debe dar traslado al executante, ó acreedor aunque no lo solicite, para que en su vista pida la execucion, ó lo que le convenga, al modo que en el Juicio Ordinario, como en el num. 293. de él dexo expuesto con legal apoyo.

12 Aunque el deudor al tiempo que confiesa haber contraído la deuda, excepcione que el acreedor se la remitió, ó pagó, ó

(1) Leyes 4. y 5. tit. 17. y 28. lib. 11. Nov. Rec. (2) Ley unic. Cod. y ley 1. ff. de Conf. y leyes 2. y 4. tit. 13. Part. 3. Rodrig. de Execut. cap. 1. art. 2. n. 23. y 24. (3) Ley à Divo Pio 5. ff. de judic. (4) Philip. Franc. in cap. Cum Speciali, vers. Tertio quæro, de Appellat. Hippolit. in rubr. de Probat. n. 97. Parlad. lib 2. cap. ult. part. 1. § 4 n. 18. (5) Panorm. in cap. fin. de Succes. ab intestat. Gutier. de Juram. confirmat. part. 2. cap. 1 n. 10 Parlad. ibi. (6) Ley Publia Mævia 26. ff. Depositi, & ibi Bart. Bald. in Rubr. Cod. Depositi, q. 6. Parlad. lib. 2. part. 1. y cap. ult. cit. § 4. n. 9. y 10. Rodrig. dicho art. 2. n. 28. Escob. de Ratioc. cap. 33. n. 26. hasta el fin. (7) Marant. part. 6. tit. de Conf. n. 27. Lanfranc. in Repet. cap. Quoniam, de Except. in 5. Valenz. consil. 126. Parlad. ibi: n. 11.

hizo pacto de no pedirsela, se ha de despachar no obstante execucion contra el en virtud de su confesion, y asegurarse la deuda con el embargo de sus bienes, pues le perjudica lo que confiesa, y no le aprovecha la excepcion para impedir que se expida el mandamiento executivo, porque como ésta se dirige á enervar, y elidir el pago, que es la intencion del executante, debe probarla el executado en el término legal, y hasta que llegue el caso de encargarse éste, no se ha de admitir prueba, ni dar término para ella (1), y asi se observa, pues las excepciones no impiden despachar la execucion, aunque impidan la sentencia de remate, porque en el discurso de la via executiva se prueban, y purifican como se debe para eludirla, y enervarla.

13 Remitiendose el executado en su confesion á algun instrumento, se debe despachar la execucion solamente por lo que conste en él, como líquido (2). Lo mismo procede quando se remite á carta, ó á otro papel que no tiene contradiccion, en el qual se pide alguna cosa: la razon es, por ser confesion geminada, que tiene mayor vigor, y eficacia para obligar (3).

14 La confesion segunda que es contraria á la primera, no produce accion executiva, porque ninguno puede ir contra su propia confesion (4): ni la hecha extrajudicialmente (5), ni la que se hace en pedimento presentado judicialmente, pues ésta no es la que pide la ley, porque le falta el juramento ante Escribano de orden del Juez, ni por consiguiente se acredita la suya en los términos que legalmente se requieren para ser executiva, y asi debe el confitente ratificarse baxo de él ante aquel, y de faltar este tan esencial, é indispensable requisito, será nula la execucion que se despache, porque claudíca el documento, y no acredita de indubitado el débito. En este caso la confesion servirá solamente para condenarle en su virtud en via ordinaria, si su contrario le acepta, como senté en el cap. 1. de este libro n. 284. pues la execucion debe ser de cosa juzgada, verdadera, y no dudosa, y para despacharla ha de estár tan purificada, y expedita

(1) Castill. lib. 6. Controv. cap. 165. n. 31. Ciriac. controv. 35. Parlad. ibi, n 12. Barbos. vot. 126. n. 62. Suar. in Thesaur. receptar. sententiar. verb. Confessio: Rodrig. dicho art. 2. n. 25. y 26. (2) Noguerol allegat. 11. Valenz. consil. 27. n. 17. Cast. de Tertiis, cap. 5. (3) Valenz. cons 102. n. 86. y cons 124. n. 29. (4) Cur. Philip. part. 2. §. 6. n. 5. Valenz. ibi. (5) Ley 4. y ley fin. tit. 13. Part. 3. Covar. in cap. Quamvis pactum, part. 2. §. 4. n. 1. Fontan. decis. 258.

la accion, que no quede la mas leve duda de ella, ni se pueda retractar, ni elidir. Esto es lo que he visto practicar, y lo que tengo por justo.

15 No produce mérito, ni accion executiva la confesion que hace el testador en su última disposicion, de que es deudor de alguno, nombrandolo, pues debe ser demandado en via ordinaria (1); bien que por ella queda obligado en algunos casos, á saber, siendo jurada, estando presente el sugeto, si éste la acepta ántes que la revoque, ó quando con ella concurren otros adminículos, y conjeturas, por las que se induce realmente que quiso obligarse, lo qual se dexa al arbitrio del Juez docto, y prudente; ó quando fué hecha por modo de contrato, de suerte que se colige del ánimo del testador que quiso obligarse incontinenti, y el sugeto la aceptó ántes de la revocacion: fuera de estos quatro casos se tiene en el concepto de legado, que puede revocar como el testamento en que le hizo (2). Tampoco se debe estár á la confesion que hace en los últimos periodos de su vida perjudicial á tercero, aunque sea con juramento por el estado en que se halla, y para exoneracion de su conciencia si de otro modo no se prueba lo que en ella dice (3). Lo mismo procede para con la que hace la madre, diciendo que el hijo que ha parido, ó trae en el vientre, no es de su marido (4), por lo que no perjudica al hijo, excepto que por otros medios se acredite, y asi el juramento daña al que lo hace, y sus herederos deben observarlo, como senté en el libro 2. cap. 6. n. 56. de esta segunda Parte.

16 No trae aparejada execucion la confesion que hace el menor que tiene curador, sin que éste intervenga al juramento que debe precederla, pero sí la que hace, no teniendolo (5). En quanto á si el heredero del deudor puede ser compelido al reconocimiento de la deuda, vease lo que explicaré en el n. 66. Qualquiera otro demandado puede ser compelido en juicio (6).

17 La confesion ficta, que en pena de la contumacia estima

(1) Gom. lib. 1. Var. cap. 12. n. 81. Vela disert. 42. (2) Gut. lib. 5. Pract. q. 57. y de Juram. confirm. part. 2. cap. 1. n. 10. y cap. 2. n. 5. Rodr. de Execut. cap. 1. art. 2. n. 41 al 43. (3) Ley Si quis in gravi 3. §. Quisquis moriens, ff. de Senatusconsulto silaniano. Valenz cons. 174. (4) Ley 9. tit. 14. Part 3. & ibi gles. y ley pen. §. Mulier, ff. de Probat. (5) Ley 17. tit. 1. lib 10. Nov. Rec. Narbon. in Annal. ann. 25 q. 83. Gut. lib. 1. Pract. q. 122. 16 Leyes 2. y 6. tit. 13. Part. 3. Gut. dicho lib. 1. q. 122. Vela dis. 25. n. 56. Valenz. cons. 112.

la ley por hecha, no trae aparejada execucion, aunque algunos (1) dicen que sí, porque se tiene por confeso el contumáz, con tal que se le cite para que la haga. Tampoco la trae la que está concebida en términos obscuros ó con ambiguedad, porque ha de ser clara, expresa y de cantidad cierta, como se prueba de la ley 7. tit.3.Part.3. ibi: *Otorgando de llano lo que le demandan, si es cierto que verdaderamente lo debe.* De la 4. tit. 13. Part. dicha, ibi: *E otrosí, que sea dicha en cierto sobre cosa, ó quantía, ó fecho*: Y de la 4. tit. 28. lib. 11. Recop. ibi: *O las confesiones claras, fechas ante el Juez competente, traigan aparejada execucion.* Asimismo no la trae la alternativa, de la qual no resulta certidumbre de la cantidad, v. g. *si dice que debe á Pedro, ó á Juan*: pero sí resultando á quién, y lo que debe; ni tampoco otras confesiones semejantes, v. g quando dice que corrió tanto tiempo con los negocios del que pide, y que le es deudor, pero no expresa de quanto; en cuyos casos se debe liquidar con su audiencia el débito, y consintiendolo, se le puede executar por él, y no de otra suerte (2).

18 El juramento *litis decisorio judicial*, que tambien se llama *voluntario* por la razon que expuse en el cap. 1. de este libro §. 2. n. 113. trae aparejada execucion, porque es confesion verdadera hecha á presencia, y con aprobacion del Juez, por lo que tiene fuerza de transacion, y sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; lo qual se entiende, siendo el que lo hace de los que pueden jurar en juicio sin intervencion ni consentimiento del curador, y no tienen otra prohibicion legal; pero el *necesario, supletorio* no la trae aparejada, porque se manda hacer en defecto de bastante prueba; por lo que mediante poderse retractar por la invencion de nuevos instrumentos, (lo qual no sucede con el litis decisorio) no tiene fuerza de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, ni por consiguiente vigor executivo (3). Por lo mismo es menester que recaiga sentencia, y que se consienta, ó executorie, y entónces se podrá despachar en virtud de ella la execucion.

19 Los vales, ó papeles de obligacion, ya sean hechos á fa-

(1) Boer. decis.295. n.19. Covar. lib.2. Var. cap.11. Avilés in cap.10. Corrector. n.34. (2) Rodr. de Execut. cap.1. art.2. n.10. 11. 29. y 30. Paz in Praxi part 4. tom 1. cap 1. n.54. (3) Leyes 3. y 15 tit.11. Part. 3. ley Jusjur. 2. y ley Sed si possessori 11. §.3. ff de Jurejur. Parlad. lib.2. part.1. cap. ult. §.3. n.1. Rodrig. de Execut. cap.1. art.3. n.3. 4. y 5.

vor de persona determinada, ó sin expresar al de quien se hacen, v. g. diciendo, *vale que pagaré á quien éste me entregáre &c.* que llaman *vales ciegos*, y las cartas en que alguno confiesa la deuda, ó pide á otro le preste cierta cantidad, diciendole en ellas *que le sirvan de resguardo*, é igualmente las letras de cambio aceptadas, escrituras privadas, libranzas, y demás papeles simples (que la ley llama, y comprende en el nombre de *conocimientos*) si tienen palabras enunciativas, ó dispositivas, y no impersonales, pues éstas no obligan (1) al que los hace, y son reconocidos paladinamente por el deudor que los firmó, precedido juramento ante su Juez competente, y Escribano, ó de su mandato por escrito ante éste solamente, ó acompañado de Alguacil, traen aparejada execucion en quanto á lo líquido confesado, ya contengan, ó no fecha. Lo mismo sucede, aunque no los haya escrito, si los firmó, y confiesa su firma solamente, porque el que subscribe, ó firma un papel, aprueba, y confirma todo su contesto, y se reputa, y estima escrito por él; y aun quando no los haya escrito, ni firmado por no saber, ó no poder, si los reconoce en la forma expuesta, sucederá lo mismo, porque la obligacion es suya, y no del que en su nombre, ó de su órden los escribió, y firmó (2); pero sino los reconoce, no, porque falta la circunstancia, y solemnidad prescriptas por la ley para acreditarse de ciertos, é indubitados, sin la qual se tienen por sospechosos, y no merecen fé en juicio. Todo esto se entiende en quanto á los vales y demás papeles simples, con arreglo á lo que explicaré en los números desde el 217. al 220. de este capítulo. Pero por lo respectivo á las letras de cambio aceptadas, y reconocidas, para que su giro esté expedito, y libre de dilaciones maliciosas, y se eviten tergiversaciones, y providencias arbitrarias, é inconstantes acerca de su aceptacion, y pago sin distincion de personas, por ser esencial á la buena fé del comercio que la satisfaccion de su importe se haga pronta, y exactamente, (pues cada uno debe considerar ántes las que libra, endosa, y acepta) se expidió la Pragmática en fuerza de ley en el Real Sitio de

(1) Authent. Si quando Cod. de Constitut. pecun. glos. in princ Instit. de Liter. oblig. Parlad. lib. 2. c. uit. part. 1. § 5. n. 4. y 5. (2) Leyes 4. y 5. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec. Parlad. ibi §. 5. n. 1. 2 6. 7. 17 y 20. Carlev. tit. 3. disp. 6. Avend. de Exequend. mand. part 2. c. 30. n. 4. Acev. en dicha ley 5. n. 5. Rodrig. de Execut. cap. 1. y art. 2. dicho n 5. al 16. Gutier. lib. 1. Pract. q. 121.

Aranjuez á 2. de Junio de 1782, que se publicó en la forma acostumbrada en 5 de él (1), por la qual, con derogacion de qualesquiera Ordenanzas, estilo, y costumbres contrarias, se prescribe, y manda lo que deben practicar los Jueces superiores, é inferiores, y lo dispositivo de ella á la letra dice: *Declaro por via de regla y punto general, que toda letra aceptada sea executiva como instrumento público; y en defecto de pago del aceptante, la pague executivamente el que la endosó á favor del tenedor de la letra; y en falta de éste, el que la hubiere endosado ántes, hasta el que la haya girado por su órden, sin que sobre este punto se admitan dudas, opiniones ni controversias; y que el tenedor de la letra tampoco tenga necesidad de hacer excursion quando los primeros aceptantes hubieren hecho concurso, ó cesion de bienes, ó se hallâre implicada, y dificil la paga por ocurrencia de acreedores, ú otro motivo, pues basta certificacion del impedimento para recurrir pronta, y executivamente contra los demás obligados al pago*; de modo, que una vez aceptada y reconocida judicialmente la letra, aunque el aceptante no tenga fondos, ó caudal del librador, ó endosante, puede ser apremiado á satisfacerla, sin que le sirva ésta excepcion, como ántes de dicha Pragmática le servia para eximirse, y asi los demás que nomina por su órden; lo qual he tenido por conveniente adicionar aqui para que los Escribanos lo tengan presente, y lo adviertan á los Jueces legos que no hayan visto la Pragmatica: no estando reconocida, no es executiva.

20 Si el deudor niega la deuda, y tambien su firma, no se debe despachar execucion contra él, aunque los testigos que presenciaron la extension de los papeles referidos, y los que los firmaron á su ruego, ó formaron de su órden, los reconozcan; y la razon es, porque ninguna prueba por sí misma la trae aparejada, y porque la ley recopilada citada en el número 17. exige que sean reconocidos por los mismos deudores, segun consta de sus palabras ibi: *Los conocimientos reconocidos por las partes ante el Juez que manda executar.* Faltando esta indispensable circunstancia, aunque el deudor pacte y consienta que se estimen por escrituras públicas, y que no sea necesario su reconocimiento, no servirá esta convencion, ni tendrá vigor de instrumento público para decretarse en su virtud la execucion, porque nadie puede

(1) Leyes 6. y 7. tit. 3. lib. 9. Nov. Rec.

inmutar la forma, y solemnidad prescriptas por derecho, debiendose seguir la causa en via ordinaria, y asi de ninguna manera se procederá contra el deudor hasta el cotejo, ó comparacion de letras con otras indubitadas del deudor, porque éste á lo mas hace semiplena probanza, y aun para la via ordinaria debe arreglarse el Juez á lo que previenen las leyes 114. y 117. á la 119. del tit. 18. Part. 3. y dexo explicado en el cap. 1. de este libro, num. 343. y 352: y asi como no basta para despachar la execucion tampoco para eludirla, aunque el deudor presente el papel, y se coteje en el término de los diez dias, por lo que se debe sentenciar la causa de remate, y reservar al executado su derecho, para que hecho el pago baxo de fianza, use de él en Juicio ordinario. Tampoco bastan las declaraciones de los testigos, sin embargo de que contestes digan que les consta el crédito, que vieron firmar al deudor el instrumento presentado, y que la firma es suya; porque esto es bueno solamente para que hagan fé en juicio, y que se pueda proceder ordinariamente á la condenacion, mas no para despachar la execucion; todo lo qual tendrá presente el Escribano, y advertirá al Juez lego, pues acerca de esto se cometen muchos absurdos en los Pueblos. Lo mismo debe observarse quando es contumáz, y no quiere reconocer los instrumentos que se presenten, ó huye, como queda sentado en el num. 17.

21 Excepcionando el deudor en el mismo acto de su confesion, ó reconocimiento, como puede y se le debe admitir, que no se le entregó la cantidad, ó cosa que se le pide, pues la ley no se limita al dinero, sino á todo lo que en general puede constituir una deuda cuya excepcion llaman de la *non numerata pecunia*, si no han pasado los dos años que prefine dicha ley (1) para oponerla, contados desde la fecha del vale, ó del préstamo, ó contraida la obligacion no se debe despachar execucion en virtud de este reconocimiento, porque la qualidad, ó excepcion propuesta es conjunta, individua, é inseparable de él, y por lo mismo no puede producir mérito executivo, aunque el vale se halle autorizado, y robustecido con la solemnidad del juramento.

22 Pero si han transcurrido los dos años, contados desde la fecha del vale, se ha de despachar la execucion, no obstante

(1) Ley 9. tit. 1. Part. 5.

que en el acto del reconocimiento oponga la referida excepcion, porque sin embargo de ser connexa con éste, es individua, y como tal incapáz de impedir el curso executivo, pues la circunstancia agravante del transcurso de los dos años sin oponerla, ó pedir la buelta del vale, ó entrega del dinero, produce el efecto de incumbir al reo la prueba de no habersele entregado, en pena de su omision, y silencio sin usar de auxîlio legal. Lo mismo procede quando confesó llanamente, y despues del acto del reconocimiento la opone, porque es distinta, é inconnexa de este, y contra la confesion judicial pura no se admite excepcion que impida despachar la execucion (1), y tambien quando en el vale la renunció expresamente, aunque lo reconozca ántes de los dos años. Asi lo he visto declarado por el Consejo, porque ninguna ley, ni texto manda que pueda renunciarse solamente en escritura pública, ni prohibe practicarlo en la privada; bien que para que la causa no se sentencie de remate, puede probarla dentro de los diez dias legales, y si no pudiese, deberá hacer el pago, y luego en via ordinaria se le oirá: probandola en ésta, tendrá el acreedor que restituir lo percibido.

23 Si dentro de los diez años contados desde la fecha del vale, pide el acreedor que reconozca la firma, pues no es necesario expresar que declare si debe, ó no la cantidad que consta en el vale porque éste lo dice, y en él lo confiesa, y el deudor declara que la firma es suya, pero niega la deuda, exponiendo que está pagada, ó que no la contrajo, ú opone otra excepcion semejante, se ha de despachar la execucion sin embargo de la excepcion; y la razon es, porque por el mismo hecho de haber firmado el vale, se deduce haber contraido el débito, recibido el dinero, ó cosa que se le pide, y estar obligado natural, y civilmente á su solucion ó entrega, y que por consiguiente es maliciosa la excepcion. Otra prueba es el hallarse en poder del acreedor el vale, de que se infiere que no lo satisfizo, ni éste se lo remitió, pues de lo contrario lo hubiera recogido, ó algun resguardo en que esto constase; y asi debe justificar la excepcion en el término legal para enervar la intencion del

(1) Vela disert. 23. n. 8. 16. 17. y 32 al 36. Gratian. regul. 163. Jul. Capon. tom 4. disc. 251. Molin. de Justit. & jur. disp. 302. Gom. lib. 2. Var c. 6. n. 3. Gutier. de Juram. confirmat. part. 1. cap. 37. n. 175. Parlad. dicho §. 5. n. 12. y 13.

acreedor (1). Lo mismo se debe practicar, aunque excepcione que tiene cuentas pendientes con el acreedor; porque lo líquido no se debe retardar por lo ilíquido, y las cuentas exigen mas prolijo examen que la via executiva: asi deberá pagar, y luego usará de su derecho en la ordinaria.

24 Aunque en virtud de el reconocimiento puro de escritura privada hecho por el deudor sin otros adminículos ni pruebas, se puede despachar execucion contra él, de tal suerte que se retrotrae al dia del contrato; no perjudica esto á los demás acreedores suyos que tengan escrituras públicas hipotecarias, anteriores al reconocimiento de la privada, y asi serán preferidos éstos al chirografario; y mucho ménos les perjudicará despues de formado el concurso, porque se presume simulado fraudulento, y hecho con ánimo de privarlos de su derecho (2). Lo propio milita con su confesion hecha en los términos que el reconocimiento expresado (3).

25 Por la misma razon no perjudica la confesion hecha por el tutor contra su menor (4); la del vasallo contra su señor (5); la del Procurador, ó mandatario contra el mandante, á ménos que el poder contenga clausula especial para ello (6); la del Prelado contra su Iglesia (7); la del marido de haber recibido la dote contra sus acreedores, excepto que su muger lo pruebe por otros medios legales, como sentè en el lib. 1. de esta segunda, §. 1. num. 36. al 38. ni la del padre, que en su testamento dice haber recibido de un hijo suyo el precio de la finca que le vendió, pues no perjudica á los demás hijos; ó quando afirma que debe á un estraño cierta suma, si este no lo justifica en debida forma. Pero en estos dos casos se tendrá por legado en quanto al estraño en lo que quepa en el quinto; y por lo respectivo al

(1) Gutier. lib.1. Pract. q. 124. n. 30. Rebuf. tom. 1. commentar. tract. de Chirograph. in Præfat. n.50. Rodr. dicho art.7. n. 17. (2) Ley Scripturas, §. ult. Cod. Qui potiores in pignor. y ley 31. tit.13. Part.5. Covar. Pract. c. 22. n.5. y lib.2. Variar. cap.11 n. 4. Rodr. ibi, n. 20. (3) Ley unic. Cod. de Conf. ley Cum te, Cod. de Transact. ley Duobus, §. 1. ff. de Jurejur. y cap.1. y 2. de Confes. Salg. part.3. Labir. cap.13. n.13.al 35. Masc. de Probat. concl.372. Valenz. cons.86. (4) Ley Lucius, §. Tutelæ, ff. de Admin. tutor. Greg. Lop. en la ley 60. tit.18. Part.3. glos.5. Vela dis. 38. n. 71. (5) Pinel. en la ley 1. Cod. de Bon. matern. part.3. limitat.40. n.50. (6) Ciriac. controv. 122. Greg. en la ley 61. tit.18. Part.3. verb. *Por pagado*. (7) Barb. in cap.54. de Elect. n.20. y 21. Noguer. alleg. 27.

hijo por mejora de tercio, y quinto hasta en lo que alcance, y quepa (1).

26 Qualquiera Juez, aunque sea incompetente, puede compeler á la parte á que reconozca el vale, ó papel que hizo; pero este acto no radíca el juicio, ni por ello previene el Juez, ni de él se induce prevencion, para que pueda executarse en virtud del primero (2), y solo aprovecha al acreedor, para que en su virtud pueda pedir se la compela por el suyo propio á que persista en él (3).

27 El reconocimiento, ó confesion extrajudicial no trae aparejada execucion, pero aprovecha para la via ordinaria, si se prueba por testigos (4), y aunque segun una disposicion del derecho civil (5) debe ser firmado el judicial por la parte que lo hace, para que en su virtud se pueda proceder, no obstante, como por el nuestro no se previene esto, basta la fé del Escribano, si la parte no sabe escribir, ó dice que no sabe, para despachar la execucion, lo qual es corriente en la práctica

28 Sin embargo de que por derecho comun (6) no eran executivos regularmente los instrumentos, ó escrituras públicas; segun el Real nuestro trae aparejada execucion el público original otorgado ante Escribano público, Notario Real, ó Numerario que hace fé, y para hacerla contiene todos los requisitos legales que trae *Parladorio libro 2. Rer. quotidianar. cap.* 20. y expliqué en el cap. **19**. ó final de mi primera parte adiccionada, si está claro, y no obscuro, de modo que no se pueda entender su contexto (7), esto no obstante que carezca de la clausula guarentigia el sugeto á cuyo favor se formalizó, y que no esté presente, ya sea puro, condicional, ó á dia cierto el pagamento del débito, una vez que se verifique el dia, ó la condicion, y no de otra suerte, sin que el deudor necesite reconocerlo, como el papel simple (8). La

(1) Salg dicho cap.13. n.21. al 25 (2) Ley generaliter, Cod. de Non numerata pecunia, c. Per tuas, de Probat. Valenz. cons.112. n.11. y 55. Rodr. ibi, n.31. al fin. (3) Vela disert.23. n. 14. Gutier. lib. 1. Pract q. 126. n. fin. Avend. dicho c.30. n.4. vers. *Septima requiritur*. (4) Gutier. de Juram. confirm. part.1. cap.54. Vela disert. cit. n.15. Rodr. ibi, num.8. Rebuf. ubi supr. n. 69. (5) Ley Cum antiquitas 28. §. fin. Cod. de Testam. Cancer. lib. 1. Var. cap.22. n.26. vers. *Quod tamen fallit*: Vela ubi proxime, n.18. (6) Ley Minor.25. annis 41. ff. de Minor. Parlad. lib.2. cap. fin part.1. §.11. n.1. Paz in Prax. tom.1. part.4. cap.1. n.6. (7) Parlad. lib.1. cap. fin. part.2. §.1. limit.8. n.62. (8) Paz ibi n.9. al 18.

razon es, porque el instrumento hecho en forma pública, tiene vigor de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, y consentida; de tal suerte que de la obligacion en él constituida no se puede retractar el que la hizo, ni tampoco negarla, por haberla otorgado ante Escribano público, y testigos, y por estar robustecido el instrumento mismo en que consta la deuda, con su signo, que es Sello que el Rey dió al Escribano, y de que le mandó usar en el título que se le expidió para que hiciese fé. No obstante advierto lo primero, que aun quando haga fé por hallarse autorizado por Escribano público, fiel, y de buena fama, si es de aquellos de que éste no debe dar mas copias que la primera, llamada *original*, y la en cuya virtud se pide la execucion, es segunda, ó tercera sacada del protocolo sin la solemnidad legal, que expliqué en el citado cap. 19. num. 14. no se debe despachar, y si se despacha, es nula, porque el instrumento no la trae preparada, á causa de estar concedida solamente la fuerza, y virtud executiva á la primera, y unica por el nudo hecho de prohibirse al Escribano el dar mas por sí solo de los instrumentos de esta naturaleza; mas siendo dadas con la solemnidad referida, sí, porque se subrogan en el lugar de la primera, y hacen sus veces en el todo. Lo mismo procede con el *traslado*, ó testimonio por *concuerda* extrahido de la copia original; pues una cosa es que pruebe, y haga fé para la via ordinaria, en la que ha de recaer sentencia que lo corrobore, y otra, y muy diversa el que tenga vigor executivo (2). Lo segundo, que sin embargo de que todas las copias dadas por el Escribano que autorizó el protocolo son originales, y hacen plena fé, y prueba para la via ordinaria, de las quales por sí mismo sin decreto judicial, y citacion de parte no debe dar mas que una, que es la que únicamente se llama original, y la que trae aparejada execucion, como en el citado cap. 19. expuse; no obstante, si se halla dada por *concuerda* con el protocolo, ó con otra palabra equivalente, aunque sea en el mismo dia de su otorgamiento, sino está subscripta por el propio Escribano, como debe hacerlo, segun se previene en la

(1) Ley fin. §. Titius, vers. Sed si steterit conditio, ff. de Vulg. & pupillar. substit. y leyes 1.2. y 19. tit 21. y 19. tit.25. lib.4. Rec. Carl. de Judic. tit.3. disp.6. n.8. y 9. Gom. en la ley 63. de Toro, n.4. y 7. Parlad. parr.1. lib.2. cap. fin. §.11. ampliat. 1. 5. y 7.y §.12. limit.2. Rodr. dicho cap.1. art.4. n. 12. al 18. n. 41. y 42.

ley 54. tit. 18. Part. 3. ibi : *E quando esto oviere escrito, debe dexar un poco de espacio en la carta, é dende ayuso facer, y su signo, é escribir, y su nome en esta manera : Yo fulano Escribano público de tal lugar estaba delante quando los que son escritos en esta carta ficieron el pleito, ó la postura, ó la vendida, ó el cambio, ó el testamento, ó otra qualquier, asi como dice en ella, é por ruegos, ó mandado dellos escrebí esta carta pública, é puse en ella mio signo, é escrebí mi nome* : : no se tendrá en estos Reynos de Castilla en que rige la ley inserta, ni se estimará por la original, y primera, que es la que tiene el vigor executivo. Lo primero, porque le falta la subscripcion que por forma pone dicha ley, en la palabra : *Debe* :: la que supone, y denota precision, necesidad, y obligacion de hacer alguna cosa (1); y tambien denota su forma (2), la qual como es individua, se corrompe por la division (3), y asi no se puede cumplir por modo equipolente, porque su omision en qualquiera parte, por mínima que sea, vicia, y anula el acto (4); por lo que no escusa, ni exime á los rusticos, menores, soldados, mugeres, ni á otros semejantes (5). Lo segundo, porque de omitir la subscripcion, dá á entender que ya dió otra copia, y que por eso le pone el *concuerda*, aunque le está prohibido dar por sí sin la solemnidad explicada mas que una de las de esta clase. Lo tendrá presente el Escribano para no dexar de subscribirla, á fin de no irrogar por esta omision perjuicios al acreedor, pues por ella he visto excepcionar contra una execucion, darse por nula y estimarse la excepcion; y porque hay muy pocos que lo sepan, aunque sean legistas, á causa de no haberlo explicado los autores, ni visto la ley, tuve por indispensable prevenirselo, y á los Jueces para que no despachen execucion en su virtud, no estando subscriptas.

29 Lo mismo procede en quanto á la promesa futura de obligarse uno á otro dentro de cierto tiempo; pues pasado este, puede ser reconvenido el promitente, porque ya queda obligado (6), al modo que si promete liberar á otro, se estima hecha

(1) Ley 1. § 1. ff. Quod quisque juris. (2) Tiraquel. de Retract. lib. 1. § 36. n. 29. (3) Bald. in leg. Si servus in adictio. ff. Si quis cautio. (4) Ley Hæredes palam 21. § ultim. y ley Si is qui 25. ff. Qui testamenta facere pos. Bart. in leg. Non sunt liberi ff. de Statu homin. (5) Ley fin Cod. de Test. & ibi glos. & in leg. Ambiguitates eod tit. Matienz. en la 1. tit. 4. lib. 5. Rec. glos. 4. n. 1. al 9. (6) Paul. de Castr. cons. 52. lib. 2. Parl. lio. 2. cap. fin part. 1. §. 12. ampl. 6. n. 27.

la liberacion, le sirve de excepcion contra él la promesa, y puede oponerla, como si estuviera hecha (1). Pero se ha de tener presente lo primero, que para poderse executar el instrumento hecho ante Escribano, ha de ser Numerario. El Real no puede hacerlo, excepto que no lo haya Numerario en el Pueblo en que se formalizó, ó que si lo hay, sea hecho con su consentimiento para su protocolo, ó en la Corte, y Chancillerías en las que segun nuestro derecho pueden actuar los Reales, sin embargo de haberlos Numerarios (2), ó que sea instrumento concerniente á las comisiones para las que suelen diputarse los Reales, ó en donde haya costumbre de que estos autoricen instrumentos para sus registros, no obstante haber los Numerarios. Para esta prohibicion se tuvieron presentes tres razones: la primera, porque los protocolos no se extraviasen, ó perdiesen, respecto no tener los Reales oficio público en que archivarlos: la segunda, porque los Numerarios están ligados y sujetos á servir al Pueblo en que lo son, como que contratan con él, lo qual no sucede á los Reales, que son libres, y pueden usar, ó no su oficio, y por esta sujecion, y obligacion, y para que el Pueblo esté bien servido, es justo no se les defrauden sus derechos, ni se entrometan los que ninguna tienen, á quitarles en que ganarlos; y la tercera, por las cargas que tienen por razon de su oficio en el Pueblo, las quales serian mayores sin la debida compensacion. Sin embargo cesa la prohibicion por la costumbre, y por su tolerancia, y consentimiento. Lo segundo que debe tenerse presente es, que aunque lo haya hecho, y autorizado el Escribano Numerario, si lo hizo como persona, y en forma privada sin signarlo, ó sellarlo, no trae aparejada execucion, porque sin el signo no hace fé, no solo porque la ley inserta en el número precedente lo prescribe tambien por forma, y manda que en él ponga su signo, firma, y subscripcion como se pone en el título que se los expide; sino porque dista mucho, y hay notable diferencia de que los firme el Escribano como persona privada, ó los autorice como pública (3), y de que estén, ó no robustecidos, y afianzados con el signo, que es el caracter Real que les dá fuerza para

(1) Bald. Salic. y Corneo en la ley Si creditoris, Cod. de Fideic. Bart. Angel. y Jason en la Si intra, ff. de Pact. Parlad. ibi. (2) Ley 3. tit. 15. lib. 7. y 7. tit. 23. lib. 10. Nov. Rec. Paz ibi n. 6. al 13. (3) Ley Nam quod, ff. ad Trebellian. Parlad. lib. 2. cap. fin. parr. 1. §. 12. dicho limit. 2. n. 23.

que sean creidos del Público. Asi los que por tener honores de Secretarios del Rey, firman sin poner su signo, certificando haber pasado ante ellos algun acto, no serán executivos; lo I.° porque para serlo es indispensable que estén subscriptos, signados, y firmados, y no lo uno sin lo otro, y que la copia sea la primera, ó la que se subrogue en su lugar. Lo II.° porque los Secretarios del Rey no tienen como tales potestad para autorizar instrumentos públicos, sin que se les expida (como se practica) Notaría de Reynos, ni por consiguiente para darles fuerza, ni eficacia alguna, por lo que no estando signados, aunque tengan Notaría, se estimarán como hechos por persona privada, y no deberán hacer fé. Lo III.° porque la ley concede el vigor executivo á los que están hechos, y autorizados segun la forma que prescribe, la que no debemos inmutar, ni alterar, y no á otros. Y lo IV.° porque en los títulos que se expiden á los Escribanos se les manda signar los instrumentos con el signo, ó sello que el Rey les dá para que se tengan por públicos, y sean creidos del público; por lo que faltandoles el signo, no se debe despachar execucion, y si se despachare, será nula, como dexo expuesto.

30 Lo explicado en el num. 28. se entiende, ya se haya otorgado en estos Reynos, ó fuera de ellos el instrumento, si se pide aquí su execucion, aunque allá no fuese executivo (1); y la razon es, porque en todo lo concerniente al órden del juicio, se debe atender, y atiende siempre al lugar en que se instaura, y no á el en donde se formalizó el contrato, ó instrumento; pero en lo tocante á la substancia de éste, se debe mirar al en que se celebró. Para quitar la duda de si el que lo autorizó, es, ó no Escribano, conviene que se compruebe, ó legalice por dos, ó tres *que dén fé no solo de que lo es legal, y fidedigno, sino de que el signo, y firma puestos en él son suyos propios, y los que acostumbra hacer* (2). Este es el verdadero modo de legalizar los instrumentos, sin que baste decir *que es Escribano fiel, y legal*; porque puede serlo, y el instrumento, signo, y firma suplanta-

(1) Parej. de Edict tit. 1. resolut. 3. §. 2. n. 44. Mascard. de Probat. conclus. 1097. Gom. en la ley 64. de Toro n. 8. Rodrig. de Execut cap. 1. artic. 4. n. 24. (2) Paz tom. 1. part. 4. cap. 3. nn. 28. y 29 Pariad. lib 2. cap. fin. §. 11. ampl 3. dicha, nn. 13. y 17. Greg Lop. en la glos. fin. de la ley 8. tit. 18. Partid 3. Rodrig. art. 4. cit. nn. 25. al 27.

dos, como repetidas veces se ha visto, y expuse en cap. 1. de este lib. n. 339. y asi es menester que tambien den fé *de que el signo, y firma son suyos, y los que acostumbra hacer*; lo que tendrá presente el Escribano, asi para estender las comprobaciones, como para dar, ó no crédito á instrumentos autorizados, y legalizados por los que no conozca.

31 Igualmente trae aparejada execucion el instrumento en lo que tácitamente contiene, pues se entiende puesto implicita, y virtualmente en él, siendo conjunto de lo que trae expreso, porque se há por tal de convencion de las partes; v. g. la obligacion dotal, ó el instrumento de la deuda, en los quales aunque no se mencione su restitucion, y paga, se hán por expresas, y se puede proceder executivamente en su virtud. Lo propio sucede en lo que se compra en almoneda, pues no es menester pactar su satisfaccion, porque se há por expresa, á mas de ser de la naturaleza de este contrato la solucion de lo comprado (1).

32 En las obligaciones de hacer, dar, ó pagar alguna cosa, ó cantidad, suele pactarse, *que si por morosidad de el deudor fuere preciso embiar executor contra él á la exaccion de la deuda, ha de satisfacerle los salarios que devengue en ida, estada, y vuelta, contando por cada dia de camino* (ó por cada jornada, ó dieta) *á razon de ocho leguas, por cuyo importe se ha de hacer la misma execucion, trance, remate de bienes, y pago, que por la cantidad principal, &c.* (*a*); y como nuestras leyes no están conformes en las leguas que en cada dia de camino se deben andar, y

(1) Ley Cum quid, ff. Si certum petat. ley Asse toto, ff. de Hæred instit. y ley Juris gentium, § Quod fere, ff. de Pact. Carlev. tit. 3 dip 3. nn. 35. y 36. y disp. 5. n. 13. Parlad. §. 11. y ampliat. 4. dicha Gom. en la ley 64. cit. n. 61. Surd. decis. 254. n. 39.

(*a*) El Escribano principiante deseará saber qué espacio de terreno tiene cada legua, paso, vara, pie, estado y braza, quántas leguas se han de regular por cada dia de camino, y si se entienden legales, ó comunes; para que no lo ignore, sin que sea visto desviarme mucho de mi asunto, digo que la legua legal tiene tres mil pasos de hombre regular, ó mesurado: y cada paso cinco pies: y asi la legua legal compone quince mil pies, ó cinco mil pasos, ó varas castellanas, porque esta vara consta de tres pies. Que segun sentir de algunos, cada pie tiene diez y seis dedos de traviesos; bien que otros, y la ley le dan quince solamente. Que cada palmo, ó quarta de vara son doce dedos, y cada dedo ocupa el espacio de quatro granos de cebada. Que el estadio tiene ciento veinte y cinco pasos, ó seiscientos quince pies, y cada braza ó brazada dos varas, ó lo que un hombre de estatura regular alcanza con sus brazos estendidos en forma de cruz.

llamamos *jornadas*, pues la 2. tit. 6. lib. 8. Nov. Rec. §. 2. señala diez por cada dieta, ó jornada, y las 8. tit. 28. lib. 5. 2. y 3. tit. 19. lib.6. prefinen ocho; para evitar disputas, se ponen en las escrituras las mismas ocho, que son las que en el comun concepto se gradúan, y estiman por jornadas regulares. Vease á *Parlador. lib.2. cap.* 19. y á los que cita.

33 Es asimismo executivo el testamento solemne por la deuda, legado, ó fideicomiso, y mejora, ó prelegado de cosa especifica, que es instrumento público, se estima por tal como hecho ante Escribano (1), y se equipára al contrato. Pero para evitar la discordia de dictamenes que hay acerca de esto, es muy útil mande el testador en su testamento *que se pueda pedir executivamente la cosa que en él lega*, lo que tendrá presente el Escribano para prevenirselo, pues en este caso sacandose la clausula con citacion del heredero, y presentandose testimoniada con cabeza, y pie; ó si el testador no lo manda, haciendo el legatario que el heredero lo reconozca judicialmente baxo de juramento, se puede proceder executivamente contra él (2), y asi se practica.

34 Pero en quanto al legado es preciso que no sea hecho al Confesor del testador en su última enfermedad, ni á su Iglesia, Convento, pariente ó deudo, como expuse en el cap. 1. de mi primera parte §. 7. num. 156. pues si lo fuere, no solo no se podrá proceder executiva, ni ordinariamente por él, sino que será nulo, y el Escribano incurrirá en la pena de privacion de oficio, que hoy le está impuesta por la Real Cédula expedida en el Real Sitio de San Ildefonso á diez y ocho de Agosto de 1771, hoy es la ley 16. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec., refrendada de Don Josef Ignacio de Goyeneche, Secretario de S. M. cuyo tenor, y el del Auto acordado en ella incorporado, tengo por conveniente insertar, y la letra dice: *Don Carlos por la gracia de Dios, &c. A los del mi Consejo, Presidentes, Oidores de las mis Audiencias, y Chancillerias, Alcaldes, Alguaciles de la mi Casa, y Corte, y á todos los Corregidores, Asistentes, Gobernadores, Alcaldes mayores, y ordinarios de todas las Ciudades, Villas, y Lugares de es-*

(1) Jul. Capon. tom.1. discept.3. Gom. en la ley 45. de Toro, n.147. Vela disert.42 n.8. Solorz. de Jure Indiar. lib 2 cap.24 n.125 (2) Ley Servum filii, §. Eum, qui chirographum ff. de legat. 1. Gom. en la ley 4. de Toro, n.8. Ciriac. controvers.426. Parlad. lib.2. cap.ult. part.1. §.9. n.1.2.5. y 6.

tos mis Reynos, asi de Realengo como de Señorío, Ordenes, y Abadengo; á los Escribanos públicos, y Reales de los mis Pueblos; y á otras qualesquier personas á quienes lo contenido en esta mi Real Cédula toca, ó tocar puede en qualquier manera: Sabed que por el Auto acordado 3. tit. 10. lib. 5. de la nueva Recop. se dispone lo siguiente; Auto: "La ambicion humana ha llegado á cor»romper aun lo mas sagrado, pues muchos Confesores olvidados »de su conciencia con varias sugestiones inducen á los penitentes, »y lo que es mas, á los que están en artículo de muerte, á que »les dexen sus herencias con titulo de fideicomiso, ó con el de »distribuirlos en obras pías ú aplicarlas á las Iglesias, y Con»ventos de su instituto, fundar Capellanías, y otras disposicio»nes pías, de donde proviene que los legitimos herederos, la ju»risdiccion Real, y derechos de la Real Hacienda quedan defrau»dados; las conciencias de los que esto aconsejan, y executan, »bastantemente enredadas; y sobre todo el daño es gravisimo, y »mucho mayor el escándalo. Y aunque para ocurrir á todo con»vendria prohibir absolutamente á los Escribanos hacer Escritu»ras, en que directa, ó indirectamente resulten interesados los »Confesores, ó les quede arbitrio para disponer de los tales bie»nes en su favor, ó en el de sus Comunidades, ó parientes, cas»tigando con las penas de falsarios á los tales Escribanos, dan»do por nulos los instrumentos; y que si de hecho contravinie»ren, queden aplicados los bienes á Hospitales, y Colegios de »huerfanos; por ahora teniendo presente haberse propuesto por »los Fiscales el remedio de este daño varias veces, particular»mente el año de 1622. y haberse estimado la materia por de »algunas dificultades, atendida la inmunidad, y libertad eclesiás»tica, para poner la mano Regia en lo universal de tan graves »daños sin el asenso, ó concordato Pontificio; no obstante con»trayendo la duda á lo particular de algun genero de mandas, »comprehende el Consejo que las que hacen los Fieles á sus Con»fesores, parientes, Religiones, y Conventos en la enfermedad de »que mueren, por lo mayor parte no son libres, ni con las cali»dades necesarias, ántes bien muy violentas, y dispuestas con »persuasiones, y engaños, sin algun consuelo del enfermo, que »las dexa, en perjuicio de otros parientes suyos, y obras mas »pias: Y asi acordó que no valgan las mandas que fueren hechas »en la enfermedad de que uno muere, á su Confesor, sea Cle-

»rigo, ó Religioso, ni á deudo de ellos, ni á su Iglesia, ó Re»ligion, para escusar los fraudes referidos; pues con esta mode»rada providencia no se restringe, ni limita la piedad, porque »el que le naciere de ella, ó de devocion, las podrá hacer en »todo el discurso de su vida, ó si mejorare de la enfermedad; »y de esta suerte se asegura el consuelo del donante en aquel »aprieto, y se evitarán las persuasiones, sugestiones, y fraudes »con que le turban, y truecan la voluntad contra la afeccion »dictada por la naturaleza en favor de la propia familia: y para »conseguir este bien en universal beneficio de los vasallos con »seguridad en los medios de verle establecido, y permanente, ya »sea por Concordato, ó asenso Pontificio, ó estatuyendo ley, se »reservará su solicitud al tiempo en que S. M. mirare mas bien »dispuestas las cosas: y entre tanto el Consejo pondrá toda su »aplicacion al remedio en los casos particulares de que tenga no»ticia, castigando á los Escribanos que contravinieren á lo que »por este auto se les manda, y zelando siempre sobre las Justi»cias, para que lo hagan guardar por los medios que estén pre»venidos en las leyes de estos Reynos.

Pero habiendo notado el mi Consejo en repetidos expedientes que se han seguido en él, el olvido, y total abandono con que se ha mirado hasta ahora lo dispuesto en este Auto acordado, dexando correr muchas disposiciones testamentarias contrarias en todo á su literal sentido, en grave daño, y perjuicio del Estado, de mi Real Hacienda, y de los particulares interesados; con el fin de evitarlos en lo sucesivo, en consulta de 25. de Septiembre del año proximo pasado me hizo presente el mi Consejo, habiendo oido ántes á mis dos Fiscales, lo preciso, y conveniente que era tomar providencia, para que esta saludable ley se guardase en los Tribunales, y se evitasen los descuidos y negligencias que pueda haber para su observancia; y conformandome con su dictamen, por mi Real Resolucion publicada, y mandada cumplir en mi Consejo pleno en 13. de Julio proximo pasado, entre otras cosas se acordó expedir esta mi Cédula: Por lo qual en atencion á los referidos exemplares antiguos, y modernos, que se han visto en el mi Consejo; disposiciones sugestivas, dolosas, é involuntarias, y para evitar, y precaber descuidos, y estrañas interpretaciones en la observancia del citado Auto acordado: Os mando que todos le cumplais segun su literal tenor, arreglandoos á él en qualesquiera determinacio-

nes que diereis sobre los casos de que trata, baxo las penas en él contenidas, imponiendo como impongo igual pena de privacion de oficio á los Escribanos que otorgaren qualesquiera instrumentos en su contravencion, pues desde luego declaro nulos los que se executaren en contrario, que asi es mi voluntad, &c. Por otra Real Cédula expedida en el Pardo á 13. de Febrero de 1783. se impone por la primera vez la pena de doscientos ducados, y suspension de oficio por dos años á los Escribanos que autorizen semejantes testamentos, codicilos, ó disposiciones, y asistan á los inventarios que hacen los Párrocos quando sus feligreses mueren intestados, ó disponen á favor de su alma; y por la segunda vez doble multa, y privacion de oficio; y á los testigos que intervinieren en los testamentos, codicilos, ó disposiciones citadas, veinte ducados á cada uno; lo que tendrá presente el Escribano para no incurrir en la pena. Vease la nota 1. de la ley 16. tit. 20. lib. 10.

35 Trae tambien aparejada execucion el instrumento en que alguno promete, y se obliga á hacer alguna cosa (que llaman en latin obligacion *in factum*); lo qual se entiende no solo en quanto á esto pudiendo cumplirlo, sino en la estimacion, ó interés cierto en defecto de cumplimiento, con tal que en él se haya pactado, y no de otra suerte, y en este caso preceda su liquidacion (1). Y aunque el obligado tiene arbitrio alternativo, que es de cumplir lo prometido, ó pagar el interés; no obstante, puede ser compelido al cumplimiento en siete casos. El primero, quando lo que ofreció, se debe practicar en juicio para alguna cosa que ocurra en él. El segundo, quando la ley le impone la obligacion de executarlo. El tercero, quando cede á beneficio de la República, v. g. usar de algun oficio, ó arte. El quarto, quando el testador manda á su heredero ó legatario que lo hagan á favor de ella. El quinto, quando es sobre accion Real, v. g. la entrega de alguna alhaja. El sexto, quando el promitente juró hacerlo. Y el septimo, quando por instrumento público lo prometió (2).

36 Pero es de advertir, que si recayó sentencia, por la

(1) Gierb. decis. 60. n 12. Rodrig. dicho art. 4. n. 38. Parlad. lib. 1. Rer. cap. 6. n. 12. y lib. 2. cap. fin. part 1. §. 19. limit. 4. n. 34 al 38. Surd. cons. 38. n. 25.
(2) Gom. lib. 2. Var. cap 10. nn. 20. al 23. Guzm. de Eviction. quæst 79. Covar. in cap. Quamvis pactum, part. 2. § 4. n. 6. Castill. de Usufruct. cap. 13. n. 13. Salg. de Reg. part. 4. cap. 5 n. 41.

qual se le condenó á su execucion, no cumple con pagar el interés, como se prueba de la ley 5. tit. 27. Partid. 3 ibi: *Y si la sentencia fuese dada contra algun demandado en razon de alguna cosa que debiese facer, debelo apremiar que la haga asi como fue puesto, ó lo prometió.* El que quiera instruirse perfectamente de esta materia, vea los autores citados, al *Sr. Gregorio Lopez en la glos.* 3 de la ley inserta, y en la 3. *tit.* 14. *Part.* 5. y especialmente *á Carlev. de Judic. tit.* 3. *disp.* 3. *per tot.* que la explica con toda difusion, y claridad, y mejor que otro alguno. En quanto á si el instrumento autentico trae, ó no aparejada execucion, como el público, vease á *Parlador. lib.* 2. *cap. fin. part.* 1. §. 11. *ampliat.* 2. que contra *Acevedo* defiende que sí. Y quando la trae el hecho en juicio, en el §. 10. pues distingue de el que se hizo en fuerza de jurisdiccion voluntaria, ó contenciosa, y afirma que éste la trae, y aquel no.

37 No trae aparejada execucion el instrumento que no hace fé, y de los que la hacen, ó no, traté en el cap. 19. que es el final de mi primera parte, adonde remito al lector. Tampoco la trae el público que no está sacado en el papel sellado correspondiente á la calidad, y cantidad del contrato, del que traté en las notas sobre el papel sellado de los capítulos de dicha mi primera parte, cuyo papel se requiere por solemnidad, y forma substancial, sin la qual no hace fé el instrumento judicial ni extrajudicialmente, ni por su virtud adquieren derecho los interesados en él, ántes bien pierden el que podian tener segun la ley 45. tit. 25. lib. 4. Recop. y el Escribano incurre en varias penas que dicha ley le impone por autorizarlo en otro; lo que tendrá presente, pues pocos reparan, ni se detienen en esto. Asimismo no la trae el condicional, hasta que se cumpla la condicion expresa: lo propio milita siendo tácita, v. g. en la promesa dotal, pues hasta que se verifique el matrimonio, y el marido lo haga constar, no puede pedir la dote, porque se entiende puesta esta condicion; lo qual no procede quando consta notoriamente haberse efectuado (1), porque lo que es notorio, y por tal se alega en juicio, no es necesario probarlo (2). Ni el que se novó, porque por la

(1) Leyes 11. y sig. tit. 11. Part. 4. y ley Stipulationem, ff. de Jure dot. Covar. lib 2. Var. cap. 11. Gom. en dicha ley 64. n 7. Ciriac. controvers. 424. y 520. Parlad. dicho, §. 12. limit. 5. (2) Cap fin de Cohabitaion. Clericor. Salg. de Reg. part. 1. cap. 2. n. 107.

novacion perime, y perece la obligacion primera, se constituye otra nueva, se transfiere aquella en ésta (1), y se desvanece por el segundo contrato el vigor del primero (2), y por consiguiente el derecho de pedir executivamente en su virtud (3). En quanto á lo que es la novacion, y la delegacion, y quándo se hacen, ó no, vease el §. 4. n. 192, y siguientes de este capitulo.

38 Asimismo la trae aparejada el instrumento de locacion, y conduccion por la tácita reconduccion del año succesivo á el en que espiró el expreso, pues sin embargo de que segun la ley (4) por el hecho de retener la heredad el conductor tres dias despues de concluido el tiempo del arrendamiento, es visto que quiere tenerla por un año mas, con idénticas calidades, condiciones, hipotecas, precio, y seguridades en quanto á lo que depende de su voluntad, y de la del locador, por ser accesorias al contrato principal, aunque no en lo tocante al fiador, sino renueva la fianza, y obligacion, como senté en el cap. 9. de mi primera parte núm. 26; no obstante, no se comprende en aquel para el efecto de ser executivo, excepto que en él se pacte, y preceda liquidacion, y confesion llana del débito (5), y asi en los contratos de locacion conviene (si los contrayentes quisieren) se ponga la condicion: *de que por el año, ó años mas que el conductor subsista en el arrendamiento, ha de pagar la propia cantidad, y pension que por los pactados expresamente; y ha de poder ser executado por la de cada uno en iguales términos, sin ser necesario hacer previa liquidacion, ni otra diligencia, y entenderse comprehendidos en el primer arrendamiento con la misma hipoteca, prelacion, y seguridades, como si todo fuera especificado en él, sin diferencia en cosa alguna.* Tendrá presente el Escribano esta doctrina quando le ocurra Escritura de esta clase, asi para que se pueda executar al conductor, como para que en concurrencia de otros acreedores de éste no sea perjudicado el locador, en el caso que expondré en el cap. 3. de este libro n. 109.

39 Tampoco la trae aparejada, ni hace prueba el instrumen-

(1) Ley 1. ff. de Novation. §. 1. Institut. quibus mod. tollitur obligatio. (2) Ley 2. Cod. de Novation. ley Si causa, Cod. de Transaction. y ley Novation ff. de Novation. (3) Ley 4. §. Ex conventione, ff. de Re judicat. ley 2. Cod. de Execut. Rei judicat. y ley Minor. 25. ff. de Minorib Parlad §. 12. citat. limit. 6. n. 41. y 42. (4) Ley 20. tit. 8. Part. 5. (5) Crespi observat. 25. Covar. dicho cap. 11. Gom. lib. 2. Var. cap. 3. n. 15. Vela disert. 12.

to público ó privado que se remite á otro, sin que conste primero de éste, ya sea por estár inserto en él, como debe, ó por manifestarse separadamente (1); y asi deben presentarse ambos, y siendo privados reconocerse por el deudor, y no presentandose debe el Juez dar traslado liso y llano á éste, ó un precepto de solvendo, para que dentro de tercero dia exponga lo que le convenga, y no despachar la execucion, porque será nula, y deberá ser condenado en las costas, y demás que en el num. 119. explicaré; ó denegarle lo que pretenda mandandole pida conforme á derecho. Esto se entiende quando el referente nada dispone, ó es condicional la remision, porque si es casual, ó el referente dispone por sí mismo, y el otorgante se obliga en él, de modo que sin el relato consta claramente lo que se pretende en el referente, prueba, y se puede executar en su virtud (2); como sucede en el en que el fiador se obliga á pagar la deuda que consta en otro, aunque éste no se exhiba; como tambien en la sentencia, pues la proferida en otro juicio, daña al fiador, para que se proceda contra él executivamente sin nuevo proceso (3); en la obligacion que se constituye por la alhaja vendida, remitiendose á la venta (4); en el reconocimiento de censo ya sea enfiteutico, consiguativo, ó reservativo, sin que se produzca la escritura de imposicion (5), especialmente si en ésta se pactó así, y en otros casos semejantes en los que no toma el vigor del relato, por tenerlo en sí mismo sin necesidad de su auxilio. Pero si la alhaja vendida pereció por culpa del deudor, se puede proceder executivamente contra él por su importe, ó estimacion, en virtud de instrumento guarentigio (6).

4o No es executiva la Escritura de obligacion en que hay intereses, y falta el juramento de quanto importan, que deben hacer el acreedor, y el deudor, como lo declara expresamente el cap. 16. de la Pragmática de 14. de Noviembre de 1652. que hoy es la ley 22. tit. 1. lib. 10. Nov. Recop. cuyo literal tenor es el

(1) Authent. Si quis in aliquo documento. Cod. de edendo, leyes 3. y fin. Cod. de Sentent. quæ sine certa quantitate, y ley Ait prætor, § Si judex, ff. de Re judic Parlad.dicho § 12. limit.3. nn.24 y 25. (2) Barbos.vot.86. Guzm. de Eviction. quæst.11. n.92. Parej de Edition tit 4. Resol. unic § 1. n 95. (3) Carl. tit.1. disp.3. quæst.5.n.318. Parlad.dicha limit 3 n.25. Castill. lib.4. controvers cap.14. n.29. Olea de Cesion.tit 5 q 5. n.43. Noguerol allegat. 12. (4) Aflict. decis.273. Cevall. Commun. q 129. Parlad.ibi n 26. Olea tit.4.q.4. n.18 (5) Vela disert.33. nn.70. y 71. (6) Parlad. lib.1. cap 6. §.2. nn.12. y 13.

siguiente: *Por quanto al paso que se han desconcertado las monedas, y los contratos que se han hecho con ellas, se han desordenado los intereses del dinero anticipado, tomado á daño, ó retardado, y es justo que moderandose el precio de todas las cosas, se reforme al mismo tiempo este exceso: Ordenamos, y mandamos, que todos los intereses causados hasta hoy, que estubieren por pagar, y los que de aqui adelante corrieren por qualesquiera contratos, obligaciones, ó negocios en que conforme á derecho se puedan pedir, ó llevar intereses, aunque sean tocantes á mi Real Hacienda, ó por mí aprobados, no puedan pasar, ni excedan de cinco por ciento al año, ni haya obligacion de pagarlos mas que á este respecto, sin embargo de qualesquiera pactos, ó contratos que haya hechos, ó se hicieren, los quales anulamos, y prohibimos como injustos, y usurarios, y só las penas impuestas por derecho contra ellos; sin que se puedan sustentar, ni defender con ninguna causa, ni color de daño emergente, ó lucro cesante, ni con otro algun pretexto, aunque sea en nombre de cambio; y revocamos la ley 20. de este tit. y las demás Leyes, Ordenes, y Cédulas nuestras, y qualesquiera usos, ó costumbres que hubiere habido en contrario, ó hubiere de aqui adelante. Y para excluir las obligaciones simuladas que se pueden hacer en fraude de esta ley, incluyendo en ellas los intereses como suerte principal: Mandamos que el deudor al tiempo que otorgare qualquier Escritura, ó Cédula, en que se obligue á pagar alguna cantidad; declare en ella con juramento si hay intereses, y lo que montan, y el Escribano dé fé del tal juramento; y el acreedor para usar de la Escritura, ó Cédula hecha en su favor, haga el mismo juramento; y sin lo uno, y lo otro no se pueda executar ningun Instrumento, ó Cédula aunque esté reconocida, ni admitirle las Justicias en ningun Tribunal, ni Juicio, ó fuera de él, ni haga fé, ni probanza para ningun caso, ni efecto, porque queremos que lo susodicho sea tenido por forma substancial de qualesquiera obligaciones, ó contratos que se hicieren, ó celebraren por escrito: y faltando en ellos la dicha forma, los declaramos por nulos, como si no se hubiesen hecho, ni otorgado, y no obstante el dicho juramento de entrambas partes, siempre que se probare lo contrario, se proceda contra ellos como usurarios, y logreros conforme á derecho.* Lo propio milita para con la Escritura de obligacion á pagar intereses, por conducir en letra el dinero de un Pueblo á otro dentro de estos Reynos, segun lo ordena el capitulo 17. de la

misma Pragmática que no está derogada, ni corregida, y la he visto practicar en lo concerniente al capitulo inserto por el Consejo, como en el quinto de mi primera parte núm 22. he sentado; y porque muchos lo ignoran, y por no haberla visto no lo practican, he tenido por conveniente insertarlo, á fin de que no contravengan su precepto; pues no sirve alegar que las leyes no estan en uso para no observarlas, como lo mandan la primera de Toro, y la ley 11. tit. 2. lib. 3. Nov. Recop. es menester que estén derogadas expresamente (*a*).

41 No lo es tampoco la obligacion de satisfacer lo que se perdió en el juego, aunque sea de los permitidos, ni la de pagar las mercaderías que los Mercaderes, Plateros, y otros negociantes fian á los novios para casarse, ni la que constituyen los hijos de familia á pagar quando se casen, hereden á sus padres, ó succedan en algun mayorazgo ó á otros tiempos inciertos, á ménos que intervenga la licencia de sus padres: ni la hecha por estudiante sin consentimiento del que lo tiene en el estudio: ni la que contrae la muger casada sin licencia de su marido: de todo lo qual traté largamente con legales apoyos en el cap. 7. de mi primera parte §. 2. núm. 12. y 13. y §. 4. núm. 89. y 109. y de la inteligencia de la ley 63. de Toro, y dentro de qué término se ha de pedir la execucion por obligacion personal, y réditos

(*a*) Sin embargo de lo que se previene en esta Pragmática, y ley que se cita, hoy es corriente en el comercio el interés de seis por ciento, cuya costumbre como contraria expresamente á lo mandado, debia derogarse no obstante lo provenido en el cap. 4. de la ley 12. tit. 11. lib 10 Nov. Recop. donde hablando de las deudas activas de Artesanos, y Menestrales, se dice corran á beneficio de ellos por la retardacion y demora del pago los intereses mercantiles del seis por ciento; y de lo que se previene tambien en el cap. 2. de la ley 17. tit. 13. del mismo libro, respecto de los extractores ó revendedores de lana en el uso del tanteo, á los quales deben los Frabricantes satisfacerles el coste y costas, y además un medio por ciento al mes desde el dia en que el comprador de la lana desembolsó su importe, hasta el en que se verifique el tanteo por el lucro cesante y premio del dinero. Estas leyes han supuesto la existencia de otra ley en que se fixase el interés del seis por ciento, quando no hay otra que la que fixa el cinco. La costumbre, ó propiamente corruptela, como deben entenderse todos los actos contrarios a leyes positivas, no tiene fuerza alguna para derogarlas, ó hacerlas inútiles. Prescindo de la question de si es licito ó no el interés qualquiera que sea, y de si debe ser mas ó ménos segun la cantidad de numerario circulante, del crédito, y de las circunstancias en que se hallen las naciones. Esto pide un exámen muy detenido, que no es de este lugar.

de censo, en el mismo cap. y §. 7. núm. 72. hasta el 76. inclusive, adonde remito al Lector por evitar repeticion. Está prohibido á los Escribanos autorizar Escrituras de obligacion de préstamo en mercaderías, y á los mercaderes, y á otros dar cantidad alguna prestada en ellas de qualquiera especie que sean, baxo de las penas que á unos y otros impone respectivamente la Real Cédula expedida en el Real Sitio de San Ildefonso á 16. de Septiembre de 1784. es la ley 13. tit. 8. lib. 10. Nov. Recop. y lo dispositivo, ó preceptivo de ella dice. *Don Carlos &c. Por lo qual mando subsista en su vigor, y rigurosa observancia la ley del Reyno quarta, titulo once, libro quinto de la Recopilacion, que previene que en los contratos en que las partes se obligan por razon de mercaderías, se ponga, y declare la mercadería que se vende, por menudo, y extenso, de manera que se entienda qué es lo que se vende, y el precio que se dá por ello; y que para evitar fraudes, todos los Escribanos ante quien pasaren los tales contratos lo hagan, y cumplan asi. Y prohibo absolutamente que ninguna persona comerciante, mercader, ó de otra clase, pueda dar, ni dé á préstamo cantidad alguna en mercaderías de qualquier especie que sean: ni los Escribanos otorguen Escritura alguna sobre tales contratos só pena de suspension de oficio por dos años al Escribano que los otorgáre, y de perder la cantidad dada asi á prestamo, aplicada por terceras partes á Juez, Cámara, y denunciador; bastando la prueba privilegiada de derecho que es competente en todo contrato usurario, y de dificil prueba, teniendo el Juez ó Jueces ordinarios que conocieren de tales contratos, particular atencion á que si la persona que hubiere tomado á prestamo en mercaderías solas, ó junto con dinero, acostumbráre á executar tales contratos, malversando sus bienes, y patrimonio, con justificacion correspondiente se le ponga la conveniente intervencion para evitar su desarreglo, con expresa derogacion de todo fuero privilegiado en qualquiera de los contrayentes, en la forma que se expresa en otra Cédula que se expide con esta fecha respecto al pago de los créditos de artesanos, menestrales, jornaleros, criados, acreedores alimentarios, y alquileres de casas; entendiendose todo sin perjuicio de que se observen en lo que fueren justos los contratos de cambio marítimo sobre mercaderías que suelen practicarse en los puestos de comercio, con el fin de habilitarse los dueños de baxeles para la navegacion mercantil, y especialmente para la de Indias.* Y por los articulos 4. y 5. de la Real

Cédula prohibitiva de la reventa, estanco, y monipodio de granos, expedida en esta Corte á 16 de Julio del presente año de 1790. que hoy es la ley 5. tit. 8. lib. 10 Nov. Recop. se manda lo siguiente: Articulo 4. *El Sr. D. Felipe quarto, mi glorioso progenitor, por su Real Pragmática que forma la ley anterior 4. estableció que no se pueda dar trigo ni cebada al fiado ni vendido, reservando el vendedor, ó el que lo prestó en sí la eleccion de cobrarlo en la misma especie, ó en dinero, prescribiendo en ella con grande acierto lo que en esto se debe observar; pero como aquella disposicion es limitada á los Adelantamientos de Burgos, Campos, y Leon, y militan las mismas razones para lo restante del Reyno: deseando mi paternal amor logren de aquel beneficio todos mis vasallos, no solo renuevo para los referidos Adelantamientos la observancia de lo dispuesto en dicha ley, sino que quiero y ordeno se estienda con generalidad á todas las Provincias de estos Reynos, y Señoríos; y el tenor de la citada ley es como se sigue.*

"Ordenamos, y mandamos que agora, y de aqui adelante en »todas las Ciudades, Villas y Lugares de los Adelantamientos de »Burgos, Campos, y Leon, las personas que vendieren trigo, ce»bada, centeno, y otras semillas al fiado, no puedan reservar en sí »la eleccion de cobrarlo, en dinero, ó en pan, sino que si el con»trato fuere emprestido, la restitucion haya de ser, y sea en el »mismo género; y si fuere venta, la paga haya de ser en dinero, »sin que el comprador quede obligado á darlo en otra especie, y »habiendo de haber eleccion, ésta haya de ser del comprador; y »que no se pueda vender fiado ningun trigo, cebada, centeno, »ni otras semillas á pagarlo á mayores valías de los mercados, »probadas por testimonio sacado por el vendedor, ó por otra »persona sin citacion del comprador, sino que el precio haya de ser »ni el mayor, ni el menor, sino el mediano que valiere en los »quatro mercados continuos del mes, ó meses que se señalaren por »las partes; y para que se sepa el dicho precio y valías, man»damos que las Justicias de las dichas Ciudades, Villas, y lu»gares donde se hicieren los mercados, de su oficio ante el Es»cribano de Ayuntamiento habiendo precedido informacion ne»cesaria de ello, dexen declarado las dichas valías, y el Escriba»no lo tenga de manifiesto para dar certificacion de ello, por las »quales se ha de estár, y esté; y el precio mediano que resulta»re de los dichos quatro mercados, sea al que los compradores

»tengan obligacion, y no mas; y las obligaciones y contratos »que de otra manera se hicieren, no valgan, y se reduzcan á lo »que por esta nuestra se ordena, y manda, so pena que el ven»dedor que contraviniere á lo susodicho, tenga perdido el pan que »vendiere, ó valor aplicado por tercias partes Cámara, Juez, y »denunciador, y los Escribanos no reciban las obligaciones, ni las »obliguen contra lo que aqui se dispone, so pena de quatro años »de suspension de oficio, y de cinqüenta mil maravedís aplica»dos en la dicha forma"

Articulo 5. *Consequente á la referida disposicion, y deseando proveer de remedio oportuno á beneficio de los Labradores, y cosecheros que entre año toman dinero, ó generos apreciados de mercaderes, ú otras personas, para sostener su labranza, y se vén precisados á la cosecha á cederles sus frutos á los precios que quieren los mercaderes, ó prestadores: Declaro deber quedar reducida la accion de éstos á percibir sus creditos en dinero con la prorrata del interés al seis por ciento al año, si fuere comerciante el prestador, segun la prorrata de los meses que hubieren corrido, baxo la pena de nulidad de lo que se hiciere en contrario, y la prohibicion de renunciar los Labradores, aunque sea en contratos, ó convenciones privadas lo prevenido en esta disposicion, y de que Escribano alguno pueda, pena de suspension de oficio, estender escritura opuesta á esta ley, y disposicion, haciendolo asi observar los Jueces en los pleytos, é instancias que vinieren ante ellos, y aun procediendo de oficio contra los mercaderes, ó prestadores que usaren estos medios reprobados.* Todo lo qual tendrá presente el Escribano quando le ocurra para no incurrir en las penas que se le imponen por la contravencion.

42 El instrumento líquido, ó liquidacion que consta por instrumento público, ó por confesion, y reconocimiento judicial de la parte, hecho en forma legal, ya sea de tutela, compañía fenecida, intereses, daños, ó de otra qualquiera clase de deuda, trae aparejada execucion; mas nó, si está ilíquido, y asi no se debe proceder executivamente en su virtud hasta que se liquide; bien entendido, que si comprehende cantidad cierta de trigo, vino, aceyte, ú otra especie semejante, puede despacharse execucion por la quota de la especie ántes que se liquíde el valor de ésta, porque la incertidumbre del precio no hace incierto el crédito. Si es de tutela, luego que el tutor dé la cuenta de ella, y

no ántes ; y si ofreciendo darla con pago , se le executáre primero que la dé , será nula la execucion , y podrá impedir su progreso esta excepcion , si la opone : si es de compañía , liquidadas que sean las de ésta , á ménos que en la Escritura esté pactado que por el capital se pueda executar ántes de liquidarse, luego que se disuelva (1), pues entónces habrá lugar por él la execucion , porque es líquido.

43 Por alimentos , ó intereses de dote retardada se puede proceder executivamente , sin ser necesario hacer liquidacion ; y la razon es , porque la obligacion de los alimentos la trae aparejada, y los intereses de la dote se deben por derecho (2), como que se permite llevarlos , y se dan para ayudar á sostener las cargas matrimoniales , sin que por ello se cometa usura , segun he sentado en el c. 4. n. 39. de mi primera parte. En quanto á si se podrá, ó no executar el instrumento de obligacion por el interés líquido tasado al principio del contrato , vease á *Carlev. tit. 3. disp. 8.* pues en las siete secciones de ella explica quanto se puede apetecer.

44 Pidiendose execucion en virtud de instrumento por lo líquido , é ilíquido , debe despacharse por aquello , y no suspenderse , aunque el deudor lo ofrezca , ó deposite , ó dé fianza por todo el débito , porque la execucion de lo líquido no se debe retardar por lo ilíquido , ni se impide sino con la paga , con la qual se extingue la obligacion , y el depósito , y fianza no son paga. Esto se entiende , excepto que lo líquido , é ilíquido se junten de tal suerte, que por la parte no líquida se convierta ilíquida toda la suma , pues en este caso se ha de hacer primero la liquidacion de todo para proceder executivamente (3) ; v. g. quando el deudor recibe prestada cierta suma de dinero , á cuyo pago se obliga por escritura, y para que su acreedor se reintegre de ella , le cede las rentas de varios bienes , dandole poder para administrarlos , y las está cobrando algunos años ; pues en este caso aunque en la escritura consta cantidad líquida , como lo ilíquido percibido de las rentas del deudor la constituye ilíquida por ignorarse

(1 Alex. cons. 192. lib. 7. Baez. de Decima tutori cap. 2. n. 168. Paz tom. 1. part. 4. c. 3. n. 34. Rodrig. de Execut. dicho art. 4. n. 35. y 36. Carlev. t. 3. disp. 7. n. 10. Valenz. consil. 136. Cancer. part. 3. Var. cap. 7. n. 324. Parlad. dicho §. 12. limit. 4. n. 27. al 31. (2) Gratian. discept. 446. n. 20. Salg. de Reg part. 1. cap. 10. n. 5. Su d. de Alim. tit. 1. q. 42. n. 14 al 22. (3) Vela dissert. 24. n. 26. Ciriac. noctuv. 424. Carlev. tit. 3. disp. 15.

quanto es lo cobrado á cuenta, no se debe despachar execucion por el todo ni parte de ella, hasta que se liquide, y consienta lo que el acreedor percibió en pago de su crédito. Pero si lo líquido se puede separar de lo que no lo está, para evitar el deudor que se continúe por ello la execucion, lo que debe hacer, es consignarlo, y consentir se entregue al acreedor, ofreciendo pagar lo que se liquidáre de lo que está ilíquido, luego que se liquide, con lo qual cesa la execucion (1).

45 Para que el instrumento que no está liquidado, la traiga aparejada, ha de contener una de dos cautelas, ó circunstancias, que son: ó estimacion cierta de la cantidad, daños, expensas, ó intereses, segun la costumbre indubitada del Pueblo, y que en ella convengan las partes, si en el mismo instrumento no se expresó su importe; ó que el obligado la defiera en el juramento, y declaracion del actor, con cuyos requisitos se puede despachar, porque estas cautelas son permitidas; pero en el último caso si la regulacion del que jura, fuere excesiva, y lo expusiere asi el reo, se ha de reducir por el Juez á lo justo en la forma explicada en el cap. 1. de este lib. n. 120. y por esto executarse (2).

46 Se puede hacer la liquidacion del instrumento ilíquido por Escrituras, probanzas de testigos, contadores, y juramento *decisorio*, ó *in litem*, siendo pedido (segun lo exija la cosa que se controvierte) con audiencia prévia de las partes, y conocimiento sumario; y por lo que el Juez declarare, y se liquidáre, y consintiere por ellas, se ha de despachar la execucion (3). Pero si se hace por testigos, ó árbitros, y discordan en la suma, ha de regular el Juez á su arbitrio la que le parezca mas justa, y moderada; y su importe se puede executar sin embargo de apelacion (4).

(1) Acev. en la ley 1. tit. 21. lib. 4. Rec. que hoy es la 3. tit. 28. lib. 19. n. 45. Rodrig. cap. 1. y art. 4. dichos n. 37. Rebuf. in Commentar. art. 1. glos. 1. n. 12. (2) Hermos. en la ley 10. tit. 1. Part. 5. glos. 4 n. 444. al 446 Covar dicho cap 11. Guzm. de Eviction. q. 14. Parlad. lib 2. part. 1. §. 12. limit. 4. cit. n. 36. y 37. (3) Ley De qua re, 74. ff. de Judic. Bald. in leg 2. num 7. in fin. Cod. de Execut rei judicat. & in leg. Item quia conventiones, n. 3. ff. de Pact. Aviles in cap. 10. Prætor. verb Executio, n. 52. Covar. ibi. Calev tit. 3. disp. 3. n. 44. Parlad. dicha limit. 4. n. 36. y 37. (4) Gutier. in Repet. leg. Nemo potest. n. 447. Barb. vot. 126. n. 173. Parlad. §. 12. y limit. 4. cit. n 32. y 33. Scacia de Appellat. q. 17. limit. 47. membr. 1. n. 191. Vela disert 24. n 26. Cancer. part. 1. Var. cap. 17. n. 23. Salg. de Reg. part. 4. cap. 9. n. 47. y cap. 11. n. 20.

47 Aunque la liquidacion se haga á presencia de Escribano, y de las partes, preceda para ello auto dado á instancia de la una, y ambas la firmen, la que resulte alcanzada, debe reconocerla, consentirla y confesarla despues, ó ratificarse en ella baxo de juramento, y sin esta prévia diligencia no puede despacharse execucion por el alcance, á causa de faltarle el requisito legal, que es el reconocimiento jurado ante el Juez, y Escribano, ó ante éste de su órden, que la constituye verdadera, é irretractable, y así se estimará por instrumento privado, y servirá únicamente para la via ordinaria, como en quanto á la confesion hecha en pedimento senté en el num. 14; pero precediendo el reconocimiento jurado en la forma expuesta, la trae aparejada, y no de otra manera, pues como la ley no permite que sin él sea exequible, ni el Escribano la presta toda la autoridad que al instrumento que ante él se otorga, ni para hacerla concurre la solemnidad de testigos que en el otorgamiento de éste, ni la da vigor con el signo, ó caracter Real, á fin de que no se pueda dudar de su contesto, no se eleva á la esfera de cosa juzgada, como el instrumento público, ni se realiza, ni constituye cierta, é indubitada la cantidad liquida, aun quando sobre ella se haya dado sentencia si se apeló de ella, ó no se executorió, ni por consiguiente produce mérito executivo, lo qual como arreglado, y conforme al espíritu de las leyes, he visto observar á los Jueces literatos, y el practicar lo contrario es error clásico (1), por lo que si alguno pide execucion en virtud de esta liquidacion, no se debe despachar sin el prévio reconocimiento, y ratificacion en ella. En este caso se deberá proveer el auto siguiente: *No há lugar por ahora á la execucion que esta parte pretende; pida conforme á derecho*; que es decir que pretenda el reconocimiento, y ratificacion primero, y luego la execucion, y la despachará.

48 En quanto á las cuentas extrajudiciales formalizadas por las partes, ó alguna de ellas, ó por los contadores que eligen (ya sean de administraciones, gastos de pleitos, ó de otras cosas, y negocios) es preciso distinguir. Si un administrador ó encargado de negocios las dá sin justificar los pagos que exigen documentos para su abono, se ha de pretender para abreviar,

(1) Escobar de Ratiocin. cap 31. n. 1. al 9.

que las reconozca éste, y presente los documentos calificativos de la data, y en virtud del reconocimiento, ya los produzca, ó no en el término que se le señale, que el Escribano liquide con citacion suya ante todas cosas las partidas no justificadas, y que con la propia citacion y audiencia se apruebe la liquidacion, y pase en autoridad de cosa juzgada. Aprobada que sea debe pedir que por lo que no resulte documento, se expida mandamiento de execucion contra él como alcance liquido, ya saque, ó no en la cuenta alguno contra sí. La razon es, porque el cargo es confesion de lo recibido con obligacion de responder de ello, y cierto, indubitado y efectivo como corroborado con juramento, que es segunda confesion; y las partidas de data que debiendo estar documentadas, no lo están, no deben admitirse, á causa de faltarles la justificacion que las debe acompañar, y asi queda líquido en su importe el cargo, por ser lo mismo que si no las datara, y respecto no dudarse de éste, mediante la confesion, ó reconocimiento jurado, y liquidacion prévia, no estár justificada la data como debe, y haber sido contumáz el reo en no haber querido producir los documentos, no obstante habersele mandado; se ha de despachar la execucion, no solo por el alcance que saque contra sí, sino tambien por lo que carezca de justificacion en la data, porque esto se presume figurado, voluntario, y puesto con el único objeto de cubrir el cargo. De nada sirve en este caso alegar que la confesion y reconocimiento de la cuenta es conjunto con cargo y data; pues el de ésta, como hecho á su favor, no le aprovecha, y no es conjunto, individuo, é inseparable, aunque hecho juntamente ó á un propio tiempo, lo qual es muy diverso, y asi no constituye ilíquido el cargo la parte de la data no justificada, porque puede haber uno sin otro, ó ésta sin aquel quando todo se suplió, y nada se percibió. Pero si el administrador documenta su cuenta, y la jura, no se debe despachar la execucion aun quando la reconozca, á pretesto de que pueden ser suplantados los recados de justificacion; la razon es, porque estos, y el juramento inducen á su favor la presuncion de ser legítimos y verdaderos, y excluyen la de suplantacion, y falsedad mientras no se acredite, y sobre si lo son ó no, como que exige discusion, y examen mas prolixo, debe ser oido en via ordinaria. Hay gastos no obstante que no pueden justificarse y que dependen absolutamente de la confianza que se ha hecho

del sugeto, como los que se llaman secretos, y los que se hacen en pleitos, y otras menudencias de que no se acostumbra dar recibo. En este caso basta la relacion jurada del que dá la cuenta hasta que se pruebe lo contrario. Si las cuentas se aprueban, y reconocen en juicio con la solemnidad legal, y el que resulta alcanzado, consiente el alcance, traen aparejada execucion; pero si falta este requisito, nó, aun en el caso de que el que las formó por órden de los interesados, sea inteligente, timorato, y fidedigno, y de que jure que son verdaderas; por lo que se han de liquidar, examinar y deshacer primero los agravios, ó reparos que contengan, hasta que queden purificadas (1). Esto tiene lugar, aunque el dueño se haya obligado en instrumento público á pasar por la cuenta jurada que le diere su administrador, ó Apoderado, y á satisfacerle el alcance que en ella saque á su favor; pues sin embargo de que por esta obligacion, y deferencia á su juramento, suene que aprueba la cuenta, que confiesa por líquido el alcance, y que en caso de contener agravios, le remite, y condena su importe; no obstante, como pueden ser erroneas, excesivas, ó dolosas, algunas de sus partidas, como el error quita el consentimiento, lo excesivo se debe reducir á lo justo, el dolo de futuro no se puede remitir, ni renunciar por pacto, la aprobacion debe recaer sobre cosa cierta pasada, y no sobre la futura, que no tiene existencia, la confesion ha de ser de lo que no admite duda, la execucion de lo que no se puede debilitar por medio alguno, el juramento no es *decisorio litis*, por no concurrir para hacerlo las circunstancias que prescribe el derecho, y de la obligacion solo se induce una mera confianza del dueño, que no excluye el dolo, ni error que el administrador abusando de ella, puede cometer; por eso no se debe despachar la execucion hasta que se liquíde, y purifique. Lo que únicamente debe hacerse en este caso, es, dar precepto de *solvendo* contra el dueño, conminandole en la tercera providencia con la execucion, y si no obstante esta conminacion es contumáz, y no acude á pedir los autos, despacharla; mas acudiendo, se le deben entregar, y oirle en via ordinaria sobre los agravios que oponga á la cuenta. Pero si el dueño se obligó baxo de juramento á pagar á su administrador el alcance

(1) Escobar de Ratiocin cap. 10. Vela disert. 21. n. 15. y 76. Garcia de Expens. cap. 20. n. 22. Bobadill. lib. 5. Polit. cap. 4. n. 84.

referido, y en el instrumento le dió facultad para que por su importe procediese executivamente contra él sin otro prévio requisito, diligencia, ni liquidacion, se podrá despachar la execucion, porque el juramento debe ser observado siempre que se pueda: hecho el pago baxo de fianza, usará de su derecho en via ordinaria por los agravios que halle en la cuenta, porque por el juramento no es visto haber perdonado, condenado, ni aprobado el dolo, y error ignorados, mientras no lo exprese clara, y expecificamente. Si un administrador tiene sus cuentas aprobadas hasta cierto tiempo, en las que alcanza al dueño, y otras posteriores sin aprobar, y éste pretende que las dé nuevamente de todo el tiempo de su administracion, debe resistirlo, porque de allanarse, se perjudica en la accion executiva que en virtud de la aprobacion siendo reconocida, puede intentar por el alcance líquido, y asi las dará solamente del tiempo anterior, pedirá reconocimiento de la aprobacion de las precedentes, y en su virtud la execucion, y el deudor justificará sus excepciones en los diez dias, y sino las justifica, pagará, y se le reservará su derecho para la via ordinaria, en la que hará cada uno su probanza como le convenga sobre todas las cuentas, hecho préviamente el pago de lo liquido aprobado y reconocido.

49 Los libros de cuentas que alguno tiene en su casa, en los que sienta lo que dice le están debiendo varias personas, no deben ser creidos en esta parte, aunque jure que las partidas en ellos contenidas son verdaderas, si por confesion de los deudores, ú otro medio legal no se acredita el débito que expresan. Asi lo dispone la ley final tit. 18. Part. 3. ibi: *Por ende decimos, que si fallaren en algun quaderno de algun home finado que le debe dar, ó facer otro alguno alguna cosa: que tal Escritura como esta non debe ser creída nin face prueba, maguer pareciese buen home aquel que lo ficiese escribir, ó hubiese jurado que era verdadero*, y la 6. *Cod. de Probationib.* porque la confesion que en los libros hace es contra tercero, y ésta no vale, como he sentado en el núm. 15. Si las cuentas son de bienes del Rey, Iglesia, ó Concejo, y sus repartimientos, y se dan en juicio, se ha de executar sin embargo de apelacion por su alcance, siendo reconocido en la forma propuesta, y aprobandolas el Juez, y no en otros términos (1).

(1) Authent. de Sanctis Episcopis. §. Æconomos: y ley 22. tit. 6. lib. 3. Rec.

50 No se debe proceder executivamente contra el obligado á dar cuentas antes que las dé, aunque se conozca, y sepa que ha de resultar alcanzado en ellas, porque no hay cantidad liquida, y cierta; pero por los bienes que constan inventariados, y por el capital puesto en la compañía, bien se puede despachar la execucion, pactandose asi en instrumento público; porque como indubitados no se les puede poner el reparo de iliquidos, y erroneos (1). Una vez dadas las cuentas, no se deben volver á pedir al que las dió, excepto que de su parte se verifique lesion, dolo, ó error en ellas, en cuyo caso, especificandolo claramente el que las pide, puede ser compelido el otro á reiterarlas (2). El que pide por todo lo que contiene el libro, debe estár no solo por las partidas que constan recibidas por el executado, sino tambien por las que éste tenga datadas, como entregadas al executante, porque mas se juzgan conjuntas que separadas, y la confesion del executado no se puede dividir (3).

51 Los Rescriptos, Privilegios, Cédulas, y Provisiones Reales, que no ceden en perjuicio de tercero, ni del público, ni han sido obtenidos con vicios de *obrepcion*, y *subrepcion*, (que son, ocultar la verdad, ó decir mentira para impetrarlos) ni se oponen al derecho divino, natural, ni positivo, y por consiguiente son justos, deben ser obedecidos, y traen aparejada execucion (4); pero si ceden en detrimento de tercero, se han de executar solamente despues que se le oiga, y provea sobre ello, y no de otra suerte, aunque contengan clausulas derogatorias (5). Si son contra derecho positivo, contienen (6) clausulas especialmente derogatorias de éste, y se expidieron con las de *motu propio*, *cierta ciencia*, *y poderío Real absoluto*, se deben executar; mas nó, careciendo de ellas.

52 No vale el rescripto dado contra otro, á menos que en

y en ella Acev. Gutier. lib. 1. Pract. q. 37. n. 22. Salg. de Reg. part. 2. cap. 11. n. 37. y 39. y part. 4. cap 9. n. 140.

(1) Carlev. tit. 3. disp. 7. Salg. part. 1. Labir. c. 4. n. 20. Valenz. cons. 147. n. 34. (2) Cancer. part. 3. Var. c. 15. n. 305. Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 40. n. 7. Mascard. de Probat. concl. 1256. verb. Rationis redditio, n. 27. (3) Ley Si quis ex argentariis, §. Si initium ff. de Edendo glos. fin in leg. Publica §. fin. ff. deposit. Parlad. lib. 2. cap. ult. part. 1. §. 5. n. 20. (4) Leyes 2. 9. 20. 29. 30. 31. y 36. á la 39. tit. 18. Part. 3. y leyes 22. 15. y 9. tit 4. lib. 3. y 2. tit. 18. y 4. tit 23. lib 5. Nov. Rec. (5) Dichas leyes. (6) Leyes del tit. 4. lib. 2. citado, y cap. 1. de Constitut. in 6.

él se haga mencion específica de éste, derogandolo ó que no se le oponga la excepcion de no mencionarse en él el primero (1). Si el primero contiene clausulas derogatorias para los subsequentes, y la parte adquirió derecho en la cosa que por él se le concedió, es ineficáz el segundo, careciendo de ellas, pues para derogar el primero se requiere necesariamente que las contenga (2), porque el Príncipe á nadie quiere privar sin causa del derecho que adquirió, sino dexar indemne el de la primera concesion (3).

53 Tampoco vale, ni hace fé el expedido contra el estilo acostumbrado en el tiempo en que se expidió, porque se presume falso (4); ni el obtenido por el excomulgado (5); ni sin poder de la parte que suena, en materias de justicia, aunque sí en las de gracia (6). No me detengo mas en tratar de Rescriptos, Privilegios, ó Gracias, por no ser preciso que el Escribano lo sepa, y poderse tinturar lo bastante con lo explicado aquí, y en el cap. 1. de este libro núm. 353. al 363.. El Letrado que quiera instruirse, vea al *Sr. Valenzuel. consil. 77. á Barbosa de Rescript. al Sr. Larrea allegat. 91. á Salced.* en la ley 4. tit. 14. lib. 3. Rec. que hoy es la 5. tit. 27. lib. 7. de la Nov. cap. 24. 27. y 28. y á los que éstos citan, las leyes 34. á la 53. tit. 18. Part. 3. y la 3. tit. 5. lib. 4. Nov. Rec. pues con arreglo á ésta se procede en la Sala de Justicia del Consejo, adonde toca el conocimiento sobre retencion de Rescriptos de la Cámara, ya estén, ó no executados.

54 Los juros, situaciones, y libranzas dadas por el Rey, ó por los Ministros á quienes concede esta facultad, contra los Tesoreros, Cobradores, y Administradores de su Real Haber, traen aparejada execucion (7), como tambien las dadas contra los Arrendadores de sus Rentas, si las aceptan, y reconocen judicialmente, y no en otra forma (8). Si no las pagan dentro de tercero dia siguiente al requerimiento que á este efecto se les haga, deben satisfacer los salarios que por su morosidad se causen, y devenguen (9).

(1) Cap. Cœterum, de Rescript. y Clementin. Dudum, de Sepult. y ley 36. tit. 18. Part 3. Larrea alleg. 58. n. 12. (2) Cur Philip. ilustr. part. 2. §. 2 n 3. (3) Ley Titius puerum 3. ff. de Obsequiis parentib. Cur. Philip. ibi. (4) Ley 4. tit. 20. Part. 3. Greg. Lop. en ella, glos. 2. (5) Cap. 1. de Rescript. in 6. y ley 38. tit. 18. Part. 3. (6) Ley 39. tit. 18. Part. 3. Greg. Lop. en ella, glos. 4. (7) Ley 14. tit. 16. lib. 9. Recop. (8) Ley 9. tit. y lib. dichos. (9) Ley 23 sig. Esta ley y las de las dos citas nateriores se hallaban en la antigua Rec. y se han suprimido en la Novisima.

55 Tambien la traen aparejada los tributos públicos, y Reales (1), y los diezmos, y primicias de la Iglesia, quando por instrumento executivo consta estarse debiendo, pues no constando, se ha de proceder contra los deudores breve, y sumariamente, atendida solamente la verdad. (2).

56 Y ultimamente traen aparejada execucion los pareceres conformes de los Contadores, ya sean nombrados por las partes, ó de oficio en rebeldía de alguna de ellas, con tal que los confirme, y apruebe el Juez, condenandolas á estar, y pasar por ellos, y no de otra suerte, como dexo sentado en el num. 6: en este caso se han de executar sin embargo de apelacion, dando el interesado, á cuyo favor determinaren, la fianza de la ley de Madrid, que expliqué en el cap. 7. de mi primera parte §. 5. n.140. y estendí en el 184, §.final, adonde puede verla el Lector.

§. II.

Quién puede pedir execucion, y ser executado, quántas clases hay de bienes, y en quáles se puede, ó no trabar, y si el acreedor que intentó la via ordinaria podrá dexarla, y pasar á la executiva.

57 En virtud de qualquiera de los documentos expresados en el §. anterior que traen aparejada execucion, puede pedirla toda persona, á quien por derecho se permite comparecer en juicio, ya esté, ó no nombrada en el instrumento, con tal que si no lo está, se trate de su interés, y le competa accion por el instrumento, y que al tiempo de pedirla, legitíme su persona, pues de no hacerlo, puede el Juez repelerle de oficio, y no debe despacharla (3), y asi el socio puede pretenderla por las deudas de la compañia, aunque no tenga poder, ni cesion de sus consocios (4), porque á estos está permitido defenderse judicialmente sin él, dando la fianza prevenida en el cap. 14. de mi primera

(1) El tit 18. 22. lib.6. Nov. Rec. (2) Ley 5. tit 7. lib.9. Recop. se ha suprimido en la Nov. Salg. de Reg part. 2. cap. 11 Girond. de Gavel. part.4. cap 27. (3 Cap. Causam 9. de Judic. Vela disert.27. n.4.Olea de Cesion. tit.3. q.4. y tit.6. q.9. y 10. Castill en la ley 64. de Toro, verb. *De los acreedores*: Carlev. tit 2. disp.4. n. 20 y 21. Parlad. lib.2. cap. fin. part.3. §.1.n 1. 2. y 7. (4) Ley 2. tit.32. Part.3. y en ella Greg. Lop. glos. 5. y ley 6. tit. 10. Part.5. Parlad. ibi, n.5.

parte núm. 15; y porque quando la ley hace division de los bienes entre algunos, no es necesaria la cesion. Tambien la puede pretender el marido por la dote que se le prometió, y no entregó, ya sea constante matrimonio, ó despues de disuelto, porque la hace suya en virtud de la responsabilidad, y restitucion á que se obligó (1); y asimismo por los bienes parafernales, como conjunto, y á nombre de su muger (2); mas no cobrarlos sin poder suyo, porque no adquiere dominio en ellos como en los dotales (3), y asi no es responsable á su importe, y solo le compete su administracion, no pactando con ella lo contrario al tiempo de casarse.

58 El heredero del acreedor justificando serlo á lo ménos al tiempo de la oposicion, puede pedir execucion contra el deudor de éste, y si hay dos, ó mas herederos, cada uno por sola su parte, á ménos que tenga poder, ó cesion de los coherederos ántes de principiar el pleito, ó que se lo dén pendiente éste, ratificando lo que actuó (4); pero para que se le admita en el juicio, debe legitimar ante todas cosas su persona (5). Lo propio pueden hacer el comprador de la herencia contra los deudores de ésta (6); el testamentario universal, á quien dió potestad el testador para distribuir sus bienes, pues se tienen en lugar de heredero, y se le transfieren las acciones utiles, y directas que el testador tenia (7), y tambien el legatario, y fideicomisario contra el que tiene lo que se le legó, sin que necesite cesion del heredero (8).

59 Puede pedir execucion el fiador contra el principal deudor, y obligado, por lo que pagó por él voluntariamente, ó apremiado, despues de cumplido el plazo, presentando la escri-

(1) Ley Si pro te, Cod. de Dotis promiss. ley De dote ancillæ, Cod. de Reivind. ley Si Soror, §. Lucius. ff. Solut. matrim. y leyes 1. y 7. tit. 11. Part. 4. (2) Ley Maritus, Cod. de Procurat. Gom. en la 50. de Toro n 20. Castill lib. 4. Controv. cap. 40. n. 48. Olea de Cession. tit. 4. q 6. n. 24. (3) Ley Cum maritum, Cod. de Solut. Bart. in leg. Maritus, Cod. de Procurat. Rodrig. de Execut. cap. 3. n. 12. (4) Ley Pro hæreditate, Cod. de Hæredit. action. Rodrig. ibi, nn. 13. al 17. (5) Carlev. tit. 2. disp. 4. cit. Rodrig. ibi, n. 15. y 16. Olea tit. 6. q. 9. nn. 32. al 35. (6) Ley Emptor, Cod. de Hæredit. vel action. vendit. Olea tit. 3 q. 8. n. 16. Rodrig. ibi, n. 18. (7) Leyes 2 y 4. tit 10. Part. 6. Rodrig. dicho cap. 3. n. 19. Covarr. in cap. Joann. de Testam. n. 5. Speculator, in tit. de Instrument. edition. §. Nunc vero, n. 27. y sig (8) Ley Legato, Cod. de Legat. Olea tit. 4. q. 5. n. 37. y tit. 7. q 1. n. 4 Rodrig ibi, n. 20. Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 3. §. 3. nn. 9. y 10.

tura de obligacion que aquel constituyó, y la cesion, ó lasto de acreedor, ya tenga, ó no otorgado á su favor el deudor escritura de indemnidad (1); pero si el acreedor no le cediere sus acciones, ni hubiere escritura de indemnidad, deberá por la accion *Mandati* dirigir las suyas contra él, pues por haber hecho su negocio, le competen segun derecho (2), para reintegrarse de su desembolso; lo qual se entiende en via ordinaria, porque por no estar obligado á su favor executivamente, y faltar la cesion, y la indemnidad que traen aparejada la execucion, debe proceder ordinariamente á la exaccion de su dinero (3); bien que lo mejor es, que se las ceda en el acto de la paga, con lo qual cesa toda disputa.

60 Igualmente puede pedirla contra los demás fiadores por lo que pagó por ellos á prorrata de la obligacion que cada uno constituyó, baxada su parte, presentando el lasto del acreedor, pues sin él no se dá accion al fiador contra los confideyusores (4), ni á los mancomunados unos contra otros (5). Esto se entiende, ya se formalice con fé de entrega, y numeracion del dinero, ó con confesion de su anterior recibo, y renunciacion de la excepcion de la *non numerata pecunia*, pues basta que en él confiese el acreedor que el fiador le pagó su crédito por sí, y por los confideyusores (6), porque ninguna ley manda que intervengan la numeracion, y fé de entrega, ni por no intervenir, lo invalida, ni priva al fiador del beneficio de la cesion de acciones; y para que los fiadores, y mancomunados no sean perjudicados, ha dispuesto el derecho (7) que reusando el acreedor darles el lasto, no tenga accion á exigir de ellos su débito, y que esta excepcion le obste para su percibo hasta que se lo dé. Si el negocio toca principalmente en todo, ó parte al fiador, ó mancomunado, no le compete accion alguna contra los demás, porque hizo el suyo, y no el de éstos (8). Si renuncian la excepcion de la cesion de acciones, pue-

(1) Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 3. §. 4. n. 2. Olea de Cesion. jur. tit. 5. q. 5. nn. 45. 53. y 58. Rodrig. ibi, n. 26. y 27. (2) Leyes 11. 16. y 21. tit. 12. Part. 5. (3) Ley 2. & per tot. tit. ff Mandati. Parlad. dicho §. 4. y part. 3. n. 3. (4) Ley Ut fidejussor. ff. de Fidejussorib. Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 4 §. 6. n. 1. (5) Ley 1. Cod. de Duobus reis stipulandi. (6) Leyes Per diversas, y Ab Anastasio, Cod. Mandati. Gom. lib. 2. Var. cap. 13. n. 13. Parlad. dicha part. 4 y §. 6. n. 7. Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 63. n. 12. Rodrig. ibi, nn. 29. y 30. Dueñas regul. 337. n. 4. (7) Ley Fidejussor. cit. y ley Stichum, aut Paulum §. pen. ff. de Solut. Parlad. §. 6. cit. n. 3. (8) Bart. Paul. y otros en la ley Modestinus. ff. de Solut. Parlad. ibi n. 4.

de el acreedor reconvenir á todos á prorrata, ó por el todo á uno solo, y pagandole éste, librar á los consocios (1); y si constituyeron fianza, ú obligacion respectiva por ciertas, y determinadas sumas, v. g. el uno por 20 y el otro por 40. &c. y alguno de ellos se constituye insolvente, ó fallido, no están obligados sus consocios á pagar la parte de éste (2); pero si fué constituida simplemente, se ha de dividir proporcionalmente entre ellos (3), porque es visto haberse obligado asi, y tomado á su respectivo cargo la insolvencia del consocio.

61 Disuelto el matrimonio, puede pedir execucion la muger por la dote que su marido recibió, y arras que la prometió, contra sus herederos, y asimismo por la que se la ofreció, y no entregó á su marido, contra el que la ofreció, porque por la oferta la hizo suya, y el promitente quedó obligado á darsela. Lo mismo puede hacer por su mitad de gananciales contra los deudores de su marido (4), sin necesitar cesion de sus herederos, ni que se haga division, y adjudicacion, porque por derecho le toca, y la hace suya, aunque en el instrumento no suenen las deudas á su favor, sino al de su marido.

62 El Procurador, ó Apoderado, ya tenga poder especial para executar, ó general para pleitos, puede pedir execucion en su virtud (5); mas no cobrar la deuda, sin que en él, ó en otro conste de esta facultad: su derecho solo es de que se asegure, hasta que su dueño ocurra á su cobro (6). Tampoco puede pedir la execucion de cosa juzgada, si no tiene poder especial para ello (7), ó el general carece de esta especialidad, y asi en los poderes para pleitos conviene poner la clausula: *De que defienda al poder dante hasta conseguir executoria con execucion de ella, sin que para seguir la execucion necesite nuevo, y especial poder, pues se ha de tener por tal para ello, y para todo lo demás que ocurra hasta la integra conclusion del negocio, y que no quede resulta alguna, y quanto intente en su utilidad*, con la qual se le estimará

(1) Affict. decis. 182. n. 10. (2) Bald. in leg. ffn. §. ultim. Cod de Usuris rei judicatæ (3) Greg. Lop. en la ley 11. tit. 12. Part. 5. glos. 5. Parlad. Richo §. 6. n. 5. (4) Parlad lib. 2. part. 3. cap. fin. §. 1. nn. 3. y 4. Olea tit. 4. q. 8. n. 35. Gomez en la 50. de Toro n. 51. Rodrig. ibi, nn. 5. al 11. Palac Rubr. §. 66. n. 7. (5) Ley 7. tit. 14 Part. 5. Rodrig. ibi, n. 37. hasta el fin. Noguerol allegat. 26. n. 2. Parlad ibi §. 2. (6) Ley 9. tit. 9. Part. 7. Noguerol allegat. 36. Salg. de Reg. part 4. cap. 3. n. 120. (7) Ley Procurator, §. 1. ff. de Procurator. Covar. lib. 2. Var. cap. 6. n. 3. vers. *Quinto.* & in Rub. de Testamt. part. 2. n. 42.

parte legítima, como si el poder fuera especial, lo que tendrá presente el Escribano para no omitirla, ni causar gastos superfluos á las partes.

63 La cesion de derechos, y acciones puede ser de dos maneras, una *translativa*, y otra *extinctiva*, ó *abdicativa* (1) La translativa es aquella, por la qual el cedente se abdica, y priva del derecho, y accion que tiene, y lo transfiere en beneficio del sugeto, á cuyo favor constituye la cesion (2). Y la extinctiva, ó abdicativa es la que extingue el derecho que tiene el que la hace, y no lo transfiere en otro, pues por ella solo se induce, y sigue una nuda privacion, y exclusion de él, sin que intervenga translacion en otra persona determinada, y esta mas es renuncia que cesion (3), de lo qual traté mas latamente en el cap. 14. de mi primera parte, ultimamente adicionada, á donde remito al lector. Puede constituirse por comodidad del cedente, y del cesonario, y se conocerá á la de qual de los dos se hace, atendiendo á qual toca el peligro del crédito cedido, pues á la de éste pertenece principalmente (4), bien que á veces suele efectuarse por comodidad del cedente, y en peligro del cesonario, y al contrario. Supuesto lo referido, digo que si la cesion se constituyó con el fin de pagar, ó de otra suerte en comodidad del cedente, puede éste, aunque sea despues de constituida, transigir el débito, confesar su paga, liberar de él al deudor, ó parecer en juicio, y exigirlo de él executiva, ú ordinariamente, exercitando, y usando de las acciones directas que le competen contra él, y no son débiles, segun senté en el cap. 4. n. 70. de mi primera parte adiccionada (5); lo qual se limita en los quatro casos que trae la ley 3. *Cod. de Novationib.* y fuera de ellos podrá revocar la cesion, y de consiguiente la facultad que dió al cesonario, ó Procurador en causa propia, y cobrar el crédito cedido (6), á ménos que en ella se obligue á no practicarlo; pero en los quatro casos no, como diré en el n. 199. de este capítulo. Si la cesion

(1) Botiller. de Succes. cap.2. thorem. 42. Molfesio ad cons. Neapol. tit. de Renunt. cap.6. n.1. (2) Ley Cum oportet, §. penult. vers. Sed nisi, Cod. de Bon. quæ liber. y ley 4. Cod. de Repud. hæred. (3) Sesé tom.3. decis.286. n 7. Olea de Cesion. jur. tit.1. q.2. nn.13. al 23. (4) Arg. leg. Secundum naturam, ff. de Regulis jur. Olea tit.8. q. 2. n.10. (5) Glos. in leg.3 ff. Pro socio, & in leg.1. Cod. de Actioa. & oblig. Parlad. lib.2. cap. fin. part.3. §. 4. n. 15. Olea dicho tit. 8. y q. 2. un.12. 13. 16 y 24. (6) Glos. in leg. Sicut, §. Procurator, ff. Quibus modis pignus, vel hypotheca solvit, & in leg. Quæ omnia, §. Plane, ff. de Procurat. & ibi Bald. & Paul Decio cons.521. n.9. vol.4.

se hizo por comodidad del cesonario, se distinguen tres casos. El primero, quando despues de hecha ningun derecho quedó al cedente, en el qual nada de lo expuesto podrá practicar, y si lo practicare, se le podrá repeler por la excepcion de cesion de acciones, y carencia de éstas, que es legítima, y como tal admisible (1). El segundo, quando en el cedente queda la accion directa, pero inutil, é ineficáz, v. g. *Si subroga al cesonario en su lugar, y le transfiere toda la esperanza, y exercicio de la accion, ó le constituye dueño, y Procurador actor en su propio negocio, ó jura no contravenir la cesion*, y entonces, aunque ninguno de los casos de la ley inserta concurran, nada podrá hacer tampoco (2). Y el tercero, quando despues de la cesion permanece en el cedente la accion directa no inútil, ni ineficáz; y en este caso, aunque no falta quien diga que nada puede hacer, está mas recibida la opinion contraria, excepto en los casos de dicha ley inserta, acerca de lo qual, y de otras especies útiles, vease al *Sr. Olea en el tit. 8. quæst.* 2. que lo explica con la energía, y claridad propias de su profundo talento, y literatura.

64 Al modo que el cedente puede pedir execucion por lo que se le debe, en los términos explicados en el número precedente, aun despues de hecha la cesion; del mismo modo el cesonario, ó Procurador en su misma causa por el importe de lo que le ha cedido, ya sea graciosamente con título de donacion, ó con el de venta, si interviene precio; bien que si interviniese, no podrá pedir por mas que por lo que dió al cedente (3). Pero se advierte lo primero, que si la cesion es onerosa, se ha de hacer al tiempo que el cesonario entrega el importe del débito, pues mediando intervalo, de nada servirá, porque como el acreedor está reintegrado de antemano, ninguna accion tiene ya que ceder (4), y así quando el dinero no parece al tiempo de la cesion, no se ha de decir que está hecho antes el pago, sino que se hará (5). Y lo segundo, que para pedir execucion el cesonario contra el deudor, si la cesion se le hizo por escritura, debe presentarla quando la pide,

(1) Olea dicha q. 2. y tit. 8. nn. 27. y 28. y otros que cita. (2) Olea ibi, n. 29. (3) Bald. in leg. Per diversas, Cod. Mandati, q. 10. Alex & Paul. in ley Postulante, ff. ad Trebellian. Roman Consil. 192. Rodrig. Suar in extension 7. ad leg. Tolet. Montalv. in repertor. verb. *oblig cion.* Parlad. dicho §. 4. nn. 1. 7. y 8. (4 Ley Modestinus, ff. de Solut ley 11 tit. 12. Part. 5. y glos. in leg. Papinianus, ff. Mandati. 5) Parlad. dicho §. 4 n fin.

con el documento del débito, y si es cesonario en virtud de endoso de algun vale, ú otro papel simple, no solo debe pedir, y hacer que lo reconozca el deudor que lo hizo, sino tambien que el endosante, ó cedente confiese igualmente su endoso, pues sin este prévio requisito no acredita ser dueño, y verdadero cesonario, porque puede haber substraido otro el papel, tomado el nombre del endosante, y hacer el endoso, ni por consiguiente es parte legítima para repetir contra el deudor: si se le opone esta excepcion, se enervará la execucion que sin la confesion, ó reconocimiento del endosante se haya expedido, como lo he visto. En quanto á si es, ó no preciso que el cesonario haga constar préviamente la causa justa con que la cesion se le hizo, hay variedad de opiniones. Lo cierto es en mi concepto, que no tiene obligacion de liquidar ántes su crédito, ni el deudor puede alegar injusticia en la cesion, pues no es de su inspeccion el que la causa de ésta sea, ó no justa, y gratuita, ú onerosa, ni el que la haya, ó no para hacerla, sino de pagar quando se le demande en su virtud, pasado el plazo, que es la obligacion que constituyó, y á cuyo cumplimiento puede ser compelido por el cedente, ó legítimo cesonario. Unicamente le competirá la excepcion de si es, ó no reprobada por derecho, y si fué hecha á persona cabilosa, ó mas poderosa por su empleo que el cedente, en lo que se le puede arguir cometió dolo, como expuse en el cap. 11. de mi primera parte n. 31. al fin. El Abogado que quiera instruirse, vea los Autores, (1) pues al Escribano, como que no lo ha de defender ni juzgar, ni le incumbe, ni le precisa saberlo.

65 Puede ser executado, no solo el que contraxo la obligacion, sino su heredero, acreditando serlo realmente, y no de otra suerte (2); pero si éste aceptó la herencia *con beneficio de inventario*, una vez que se hiciese con la pureza, y escrupulosidad legal, y acredita haberlo formalizado así, como debe (pues no le basta protestar que lo hará, sino hacerlo realmente) se le ha de executar solamente por su importe, y si la aceptó sin esta qualidad, puede ser executado *ultra vires hæreditarias*, aunque diga

(1) Olea tit. 1. q. 3. Per tot. Parlad. lib. 2. cap. fin. part 3. §. 4. Rodrig. dicho art. 4. n 22. al 25 Cancer. part. 1. Var. cap. 17. n. 40. y part. 2. cap. 9.
(2) Ley Ex contractu. ff. de Re judicat. Avend. tit *De las excepciones*, n 24 Rodrig. de Exec. cap. 4. n. 1. Carl. tit. 3. disp. 9. Parlad. lib. 2. part. 4. cap. fin. §. 1. n. 1. al 9.

que no alcanza para la satisfaccion del débito (1). Vease lo explicado en el cap. 14. de mi primera parte n. 3. al 5. y en el cap. 1. n. 43. del libro primero de ésta.

66 Si el heredero del deudor reconociese llanamente el vale hecho por éste, se puede despachar execucion contra él por su importe; pero no puede ser compelido á hacer el reconocimiento sino quiere, porque es injusto obligar al heredero á que jure de hecho, lo que no ha visto escribir, ni firmar, ni tal vez tiene noticia de ello como lo dice el §. 2. de la ley *Marcellus* 11. *ff. de Rerum amatorum actione*, ibi; *Jurare autem tam vir, quam uxor cogetur: Pater autem jurare non cogitur; cum iniquum sit de alieno facto alium jurare; is ergo cogitur jurare, qui amovisse dicitur, & idcirco neque hæres ejus, qui, quæve amovisse dicetur jurare cogetur* (2). Asi no reconociendolo en la forma expuesta, deberá el acreedor seguir la via ordinaria para reintegrarse de su credito, pues no debe despacharse execucion contra el heredero hasta que se executorie el pleito, por no ser executivo el vale no reconocido.

67 Habiendo dos, ó mas herederos del deudor, ha de ser executado cada uno á prorrata de su haber, y no mas, porque la obligacion de su causante se dividió proporcionalmente entre todos; de modo que aunque éste los hubiese obligado, ó alguno no tenga de que pagar su qüota, no se debe exîgir de los coherederos, á excepcion de que el acreedor proceda por accion hipotecaria, pues entonces, como la obligacion sigue la hipoteca, y es individua, é inseparable de ella hasta que se extingue, puede proceder *in solidum* contra el que la posea, ya sea heredero, ó sucesor singular, sin que necesite hacer excusion, ni division, quedandole el regreso, ó repeticion contra los demás partícipes con el fasto del acreedor por lo que satisfaga por ellos. Lo propio milita en el emphiteusi, y censo consignativo por los rédito, vencidos, sobre lo qual, que es corriente en la práctica, veanse los Autores (3).

68 Tambien puede ser executado el hijo mejorado en tercio,

(1) Leyes 10. 11. y 12. tit 6. y ley 7 tit 19. Part. 6 Carl. disp 9 dicha, n. 13. y n. fin. (2) Rodrig. de Execut. cap. 1. art. 2 n. 14. Acev. en la ley 5 tit 21. lib. 4. Rec. hoy es la 4. tit 18. lib. 11. n. 16. Parlad. lib. 2 part. 1. cap. ult. §. 5. n. 9. (3) Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 4. §. 1. n. 11. hasta el fin. Rodrig. dicho cap. 4. nn. 13. y 14. al 18.

y quinto, por las deudas de la herencia paterna, materna, ó abolenga á prorrata de la parte que conste haberle tocado en ella, lo qual procede, ya parezcan al tiempo de la particion, ó despues, y la mejora sea hecha en cosa cierta, ó incierta de los bienes del mejorante, pues está obligado á su proporcional solucion (1), como con legal apoyo he sentado en el cap. 1. §. 5. n. 76. de mi primera parte, sobre cuya inteligencia vease á *Rodrig. de Execut. cap. 4. ex n. 19. al 22.* y á los Autores que cita.

69. Se puede practicar lo expuesto en el número inmediato en cinco casos. El I.° quando acepta la herencia, y se le adjudican ésta, y la mejora. El II.° quando repudia la herencia, y acepta la mejora, y los acreedores tratan de executarle, pues entonces se conceptúa como heredero, y puede ser reconvenido á prorrata, sin que proceda excusion en los herederos, cuyos dos casos son los de la ley 21. de Toro. El III.° quando se pide simultaneamente la execucion contra los herederos, y el mejorado. El IV.° quando se trata de convenir al sucesor del mayorazgo por el débito á que sus bienes están obligados, ya provenga este desde su institucion, ó se haya impuesto el censo, ó gravamen sobre ellos con facultad Real, ó en otro caso permitido, pues aunque el poseedor no ha heredado al instituyente, puede ser executado por los réditos, ó pensiones del censo, á cuya responsabilidad por la especial hipoteca están ligados, y sujetos. Y el V.° quando se intenta solamente la accion contra el sucesor en el mayorazgo, y no proporcionalmente contra él, y los herederos del fundador á un propio tiempo, que es lo que se debe hacer, como mas seguro, en cuyo caso se ha de continuar sin embargo la via executiva, para evitar el circulo dilatorio, y perjudicial de demandar primero á éstos, pues se debe proceder, atendida la verdad del hecho, lo qual basta para compelerle á pagar. Estos cinco casos trae *Neguerol, allegat. 4. n. 57. al 71.* en donde los podrá ver con mas extension el aplicado, porque son prácticos, y acaecen con freqüencia.

70. No solo pueden ser executados los herederos expresamente instituidos, sino los que en su lugar poseen la herencia del deudor, (que llaman herederos *Anómalos*) y son el fideicomisario universal, el legatario de todos los bienes, el Fisco, que su-

(1) Ley 5. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec.

cedió en los del deliqüente, ó del que falleció sin dexar parientes, el Monasterio, ó Convento por los que obtuvo en representacion del Religioso, y los testamentarios universales, á quienes el difunto cometió la distribucion de todos sus bienes en sufragios por su alma, ó en otros fines (1); pues éstos hacen veces de herederos, y están obligados á satisfacer las deudas de aquel cuya herencia poseen, porque es responsable á ellas.

71 Se puede proceder executivamente contra el poseedor de la cosa litigiosa, ya estuviese el pleito pendiente al tiempo de su adquisicion sobre accion Real, ó dominio, ó sobre la personal; y aun quando se hubiese enagenado á Clérigo despues de principiado el pleito, puede el Juez secular proceder contra él, y executar la sentencia, hasta que sea efectivo el pago, porque á qualquiera parte, ó persona adonde vaya lleva el gravamen con que está ligada, mientras no se liberte (2). Del mismo modo se puede proceder contra el que en instrumento público se obligó á hacer alguna cosa, y no la executó, pues pasado el tiempo prefinido, se le puede executar por la verdadera estimacion del hecho (3), porque sucede la obligacion á ésta despues de la demora en la execucion de lo prometido; de lo qual trata con distincion de casos *Carleval de Judic. tit. 3. disp. 3.* á quien puede ver el Legista para su mayor instrucion.

72 La muger casada puede ser executada por la mitad de las deudas, que durante su matrimonio contrajo juntamente con su marido, ó éste solo, en quanto alcance su mitad de gananciales, y no mas. Si ambos se obligaron por el todo *in solidum*, se la puede pedir toda la deuda hasta su importe, mas no, si los renunció al tiempo, ó ántes de casarse, ó despues de casada (4). Pero esto se limita quando el marido se constituyó fiador de otro, y por la insolvencia de este pagó por él, pues respecto de no estar obligada á la fianza segun derecho, tampoco lo estará la mitad de sus gananciales (5), bien que esto no lo tengo por

(1) Ley Regulariter, ff y ley fin. Cod. de Hæredit. petit. Rodrig. de Execut. cap. 4. dicho nn. 23. y 24. Parlad. lib. 2 part. 4. cap. fin. §. 2. n. 1. al 3. (2) Salg. de Reg. part. 4. cap. 8. nn. 110. y 168. Valenz consil. 19 n. 41. Carl. tit. 3. disp 11. n. 3. Noguerol alleg. 29 n. 233. (3) Parlad. lib. 1. cap. 6. § 2 per tot. (4) Ley 14. tit. 20. lib. 3. del Fuero Real, y ley 9. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec. Covar lib. 3. Var. cap. 19. n. 3. Parlad. dicho §. 2. y part. 4. n. 4. Rodrig. dicho cap. 4. n. 29. (5) Ley 2. tit. 11. lib. 10. Nov. Rec. y en ella Matienz. glos. 1. n. 2. y en la 3. glos. 7. n. 3. tit. 9. Rodrig. ibi: vers. *Fallit tamen.*

tan corriente como sienta *Rodriguez*, porque la muger no adquiere dominio perfecto en los gananciales, hasta que su marido muere, y solo podrá repetir contra la parte de éste por la mitad de los exigidos á conseqüencia de la fianza, disuelto que sea el matrimonio, pero no contra el que lo compró.

73 Habiendose despachado executoria contra ella ántes de contraer matrimonio, se puede hacer execucion despues de contraido en sus bienes, aunque sean dotales, si carece de otros, citando préviamente á su marido (1), porque el importe de lo que debia no era suyo, ni pudo haberlo entregado á éste por dote. Igualmente debe ser executada en sus propios bienes por el alcance de la tutela de sus hijos, habidos en su anterior matrimonio, pues por legal ministerio están obligados á su solucion, y tambien los de su actual marido (2).

74 Del mismo modo se puede proceder executivamente contra el socio obligado por las deudas de la sociedad, el qual tiene facultad de pagarlas de los bienes de ésta, y luego con el lasto del acreedor sacar del fondo comun lo que satisfizo por los consocios, mas no el importe de las que contrajo en su privativa utilidad, porque á estas son responsables unicamente los suyos (3).

75 El deudor del principal deudor puede ser executado por el acreedor privado personal, con tal que para ello concurran copulativamente tres circunstancias. La primera que aquel confiese el débito, ó por otro medio legal conste que es deudor del deudor principal. La segunda, que éste sea condenado á su solucion. Y la tercera, que á conseqüencia de todo preceda excusion en sus bienes, y no los tenga, ó no alcancen para el total pago, y no en otros términos (4). Pero si el Fisco es el acreedor, puede executarle en tres casos, que explicaré en el cap. 3. de este libro; n.81, sin que concurran todas las referidas circunstancias.

76 Suelen muchas veces los deudores para mayor seguridad de lo que reciben al fiado, dar fiadores que los abonen; y porque

(1) Menoch. de Arbitr. lib. 2. cas. 123. y 125. Salg. de Reg. part. 4. cap. 8. n. 231. Giurb. ad Consuetudin. cap. 1. glos 9. n. 7. (2) Ley Si mater, Cod. In quibus causis pignus, vel hipotheca, leyes 23. y 26. tit. 13. Partid. 5. y ley 5. al fin. tit. 16. Part. 6. (3) Ley 16. tit. 10. Part. 5. (4) Salg. ubi proxime, n 147. y de Retent part. 2. cap. 28. Olea de Cesion. tit. 4. q. 4. n. 9. Gutier. de Gabel. q. 164. a. 18. Nogueroi. alleg. 4. n. 76. y alleg 35. n. 17.

el Escribano deseará saber si los acreedores podrán pedir á estos sus créditos, sin hacer excusion en los bienes de aquellos, para que se instruya de lo que es *excusion*, y en qué casos es necesario que preceda, digo que la excusion *es un Juicio en el qual se averiguan exacta, y diligentemente las facultades del principal deudor, á fin de que si está insolvente en todo, ó parte, pueda el acreedor repetir por lo que no pague, contra los fiadores, ó secundariamente obligados* (1). Es necesaria la excusion en los siguientes casos. El primero, quando el principal deudor está presente (2), excepto que renuncie como puede, este beneficio (3), pero en este caso es de advertir lo uno, que al fiador de indemnidad no perjudica su renunciacion (4), porque este fiador es el que se obliga á pagar el débito quando el deudor no tenga con que satisfacerlo (5), por lo que el que constituye obligacion de pagar á cierto dia, en caso de no practicarlo el principal obligado, no es fiador de indemnidad (6); y lo otro, que los fiadores de los Jueces, Tutores, y demás á quienes la ley obliga á afianzar, no deben ser compelidos á renunciar el beneficio de la excusion, porque al modo que á nadie está prohibido renunciar lo que le es propicio (7), del mismo modo no se le debe compeler á renunciarlo contra su voluntad (8). El caso segundo es, quando la finca hipotecada está en poder del tercero poseedor, pues entónces no puede ser reconvenido éste regularmente, sin que se haga la excusion en el principal (9), aunque sea por dote (10): acerca de esto vease lo que diré en el num. 83. al 85. El tercero, quando el deudor enagenó la finca en fraude de sus acreedores (11). El quarto, quando el padre enagenó los bienes que tocaban á sus hijos por su madre, pues éstos han de hacer previa excusion en

(1) Ley Decem, ff. de Verbor. obligat. ley Moschis, ff. de Jure fisci, y ley 1. Cod. de His qui in fraud. Credit (2) Authent. Præsente tamen. Cod de Fidejuss. y ley 9. tit. 12. Part. 5. (3) Glos. in Authent. de Fidejuss §. Si quis igitur, ibi DD. Dueñ. regul. 325. limit. 6. Parlad. lib 2. cap. fin. part 4 §. 7. n. 5. al 7. (4) Bart. in leg. 1. Cod. de Conven. fisci debitor. lib. 10. Bald. in dict. Authent. Præsent. Gutier. de Juram confirm. part. 1. cap. 23. Carlev. in Apologia ad decision 79. n. 9. (5) Parlad. ibi, n. 10. (6) Ley Fidejuss. obligari, §. fin. ff. de Fidejuss. & ibi glos (7) Ley Si quis in conscribendo 29. Cod de Pact. (8) Ley Invitum, Cod de Contrahend. emption. y ley Nec emere, Cod. de Jure deliberand. (9) Authent. Hoc si debitor, Cod. de Pignorib. y ley 14 tit 13 Part. 5. (10) Glos. in leg. Ubi adhuc, Cod de Jur. dot. Palac. Rub. in cap. Per vestras, §. 34. Greg. Lop. en la 15. tit. 13. Part. 5. (11) Los tit. Cod. y ff. de His quæ in fraudem credit. y §. Item Si quis in fraudem, institut. de Action. n. 67.

los paternos, para reconvenir al que posea los maternos enagenados (1). El quinto, quando el heredero gravado á restituir el sobrante de la herencia, está obligado á reservar para el fideicomisario á lo ménos la quarta parte, pues aunque no se la reserve, no puede repetir éste contra los compradores de los bienes de ella, á ménos que haga excusion en los del gravado (2). Y el sexto, quando la muger renunció el derecho hipotecario en el contrato de enagenacion que su marido hizo (3). En quanto á los medios, y modos de hacer la excusion, y acreditarla en Juicio, vease á *Parlador. lib. 2. cap. fin. part. 4. §. 7. n. 18. y 19.* pues por incumbir al Juez, y no al Escribano, omito explicarlo, advirtiendo, que en un mismo libelo, y juicio se puede intentar, y seguir la causa hipotecaria, y la de excusion (4).

77 En los casos explicados con legales apoyos en el cap. 4. de mi primera parte §. 5. num. 126. al 128. inclusivè, en el de que el deudor verdadero no pueda ser convenido con facilidad por razon de su persona, ó del lugar, ó privilegio, y en el de que el fiador se haya obligado con juramento á satisfacer la deuda consintiendo ser reconvenido ántes que el principal obligado, se puede dirigir la accion executiva contra el mismo fiador, sin hacer excusion en los bienes del deudor (5).

78 Lo mismo puede practicarse quando el fiador es cambiante publico, pues no goza del beneficio de la excusion por la utilidad publica, y buena fé que éstos deben tener, y observar para con el Público. Quando el deudor tiene bienes y no se puede hallar comprador sino con dificultad, dilacion, y perjuicio del acreedor, se le reputa insolvente, y éste no tiene obligacion de esperar, ni de recibir sus bienes *in solutum* por la tasa, ántes bien puede repetir contra su fiador (6). Pero la sentencia dada contra el deudor principal, se puede executar sin que intervenga citacion, nuevo juicio, ni proceso, contra su fiador (7); esto

(1) Ley 24. tit. 13. Part. 5 Cov. lib. 1. Var. cap. 8. n 5. Garcia de Expens. cap. 13. n. 20. (2) Auth. Contra eum rogatus, Cod. ad Trebell. Jason in §. Si quis in fraudem, cit. (3) Bart. in tract. de Execus in fin. (4) Bald. in leg Cum testamento, Cod. de Testam. manumiss. Alex. censil. 85. vol. 6. Palac. Rub. in leg. 63. Taur. n. 47. Greg. Lop in leg. 14. tit. 13 Part. 5. Paris cons. 50. n. 46. lib. 1. Parlad. ibi, n. 21. (5) Gom. lib. 2. Var. cap 13. n. 14 vers. *Quinto limita*: Rodrig. de Execut. dicho cap 4. n. 36. al 44. Parlad. dicho lib 2. cap fin. part. 4. y § 7. (6) Gom. ibi, vers. *Quarto limita*: y vers *Octavo limita*. (7) Ley Si quis pro eo, §. Si numm. ff. de Fidejuss. Gom. lib. 2. Var. cap. 13 n. 1. & ibi Aillon n. 2.

se entiende contra el fiador *de judicatum solvendo*, mas no contra el de contrato, ni el de *judicio sisti*, como afirman los AA. (1), porque aquella fianza se dirige á pagar lo que se juzgare, y sentenciare contra el principal deudor, y éstas no. Es de advertir, que el fiador que paga como tal, puede compeler al acreedor á que le dé lasto para demandar con él toda la deuda al principal obligado, y á prorrata á los confideyusores, y hasta que se lo dé no debe ser compelido á pagarle, aunque esté condenado á ello por executoria, y sí admitírsele esta excepcion en la execucion de la sentencia. En quanto á si el fiador, ó correo, ó mancomunado que pagó toda la deuda, podrá con el lasto de el acreedor repetir contra cada uno de los demás confideyusores, ó mancomunados por el todo de ella, ó á prorrata, baxada su parte, vease á *Parlador. lib. 2. cap. fin. part. 4. §. 6. y al Sr. Olea de Cesion. jur. tit. 5. quæst. 5.* que lo traen bien, y yo lo toqué de paso en el cap. 4. de mi primera parte adiccionada n. 153.

79. Por las deudas del Concejo se debe hacer execucion en sus Propios, lo qual parece se debe entender, quando se convirtieron en su utilidad, y el Ayuntamiento las contrajo en su nombre, mas no si los individuos de él se obligaron en el suyo, ó no se convirtieron en utilidad de aquel (2); sobre lo qual vease á *Rodrig. de Execut. cap. 4. num. 31. al 35.* que controvirtiendo este punto, afirma con varios AA. que ya se conviertan, ó no en utilidad del Concejo, se ha de dirigir la accion contra sus Propios, y no contra los de los que lo representan, porque no se obligan como personas privadas, sino como individuos de él, y en su nombre, y que si los individuos del Ayuntamiento obligan los bienes del Pueblo, y de sus vecinos, y éstos lo consienten, ó hay costumbre de que puedan obligarlos en defecto de Propios del Pueblo, quedarán obligados á prorrata, y podrán ser executados: asi se observa.

80. No há lugar la execucion contra el comprador de la herencia, á ménos que el acreedor no pueda cobrar su deuda del vendedor, ni contra el donatario, excepto que el donante ningun otro heredero haya dexado, pues entónces se reputa universal, porque en él se refunden todos los bienes. Vease al *Sr. Salg. part. 2.*

(1) Carlev. de Judic. tit. 1. disp. 2 n. 318. Aillon ad Gom. lib. 2. Var. cap. 13. n. 2. y otros muchos que cita. (2) Ley Civitas 27. ff. de Reb. credit. ley Si is, qui 11. ff. de Pignor.

Labir. cap. 26. *per tot.* en donde trata del donante, y vendedor de sus bienes con condicion de pagar á sus acreedores, ó sin ella, y de quando se ha de convenir al comprador, y donatario; y al *Sr. Olea de Cesion. jur. tit.* 3. *quæst.* 9 *num.* 20. y á los que cita.

81 Contra el usufructuario singular no há lugar tampoco, pero sí contra el universal; bien entendido, que la execucion se ha de pedir contra los bienes, y heredero propietario, con el qual, y con el usufructuario, se debe seguir, y substanciar, porque se trata del perjuicio de ambos (1), aunque el *Sr. Salg.* en su *Labir. part.* 1. *cap.* 2. §. *unic. n.* 5. dice con otros muchos que cita, que los acreedores no tienen accion contra el usufructuario, sino contra el heredero, porque pasan inmediatamente á éste todas las acciones activas, y pasivas del instituyente, y sucede en ellas.

82 Sin embargo de que el tutor se obligue como tal por las deudas de su menor, no há lugar la execucion contra él, ni sus bienes, á ménos que no manifieste los de éste; pues ofreciendo dar cuenta con pago, como regularmente se pone en semejantes contratos, se ha de proceder contra él en via ordinaria, porque con su oferta excluye, é impide el uso de la executiva, hasta que se verifique el alcance líquido, excepto que se obligue en su propio nombre (2). Si el menor no tiene curador, se le debe proveer de él, para seguir el pleito, nombrandolo él en caso de haber entrado en la pubertad, ó el Juez, si se resistiere á nombrarlo, ó el que elija no admitiere el encargo (3), por escusa legítima que le exima. Pero acabada la tutela, no tendrá lugar la execucion contra los fiadores del tutor por las cosas que éste de su espontanea voluntad administró pertenecientes á su menor, porque es negocio, y obligacion nueva, á que aquellos no se constituyeron responsables, por no estár obligados fuera del tiempo de la tutela; lo que será al contrario ántes de que espire (4).

(1) Parlad. lib. 2. part. 4. cap. fin. §. 3. n. 6. Covar. lib. 2. Var. cap. 2. n. 4. Rodrig. dicho cap 4. nn. 25. y 26. (2) Ley 17. tit. 16. Part. 6. ley Si non scriptis, Cod. y ley 3. ff. de Administrat. tutor. ley Si sè non obtulit, §. Tutor quòque, ff. de Re judicat. y ley 1. al princip. Cod. Quando ex facto tutor. Gutier. de Tutel. part. 2. cap. 23. Baez. de Decim tutor. cap. 2. n. 168. Rodrig. ibi, n 30. Parlad. ibi, § 3. nn. 1. y 2. (3) Ley Non ideo, Cod de Procurator. ley Clarum, Cod. de Authorit. præst. ley 1. Cod. qui petant. tutores, y ley 3. ff. eod. tit. Parlad. ibi, § 4. n. 1. al 4 (4) Ley Lucius 47. §. Paulus ff de Administr. tutor. ley Si postea, ff. Rem pupilli Salvam fore, y ley fin. Cod. de Periculi. tutor. Parlad. dicho lib. 2. y §. 12. limit. 7. nn. 58. y 59. cap. fin. part. 1.

83 Lo propio milita para con los Administradores, Factores, y Procuradores, que como tales se obligan por sus principales, pues se puede proceder contra ellos, durante su encargo, y no despues, porque en el instante que cesaron en él, espiró su obligacion, aunque no la de estos (1). Si el tutor fuere condenado por sí, y quisiere parecer despues en juicio, puede ser repelido, y oponersele la excepcion de cosa juzgada, como dice el *Sr. Salg. de Reg. protect. part. 4. cap. 8. núm. 283.*

84 En quanto á si habrá, ó no lugar á la execucion contra el tercero poseedor de los bienes obligados, digo que no, regularmente hablando, ya se pretenda por cosa juzgada, ó por otro instrumento que la traiga aparejada, y sea anterior al de el tercero, ya se proceda por accion Real, ó personal, pues primero se ha de dirigir contra el principal, y sus fiadores, haciendose excusion en sus bienes, y luego seguirse con el tercero en via ordinaria, hasta que por executoria se anule el título con que posee, y se revoque la enagenacion en él hecha (2), bastandole probar su posesion, sin necesidad de presentar el título con que posee, porque de la posesion se presume, y asi es suficiente que lo alegue: en otros términos no debe ser demandado. Tengase presente que por tercero poseedor no entiendo el que es heredero, ó sucesor del deudor, contra el qual compete principalmente el derecho executivo por el todo ó parte, aunque intermedien muchos poseedores, ó sucesores, sino el que adquirió sus bienes por título de venta, donacion ú otro de esta clase.

85 Dixe *regularmente hablando*, porque asi como toda regla general tiene su excepcion que constituye regla en contrario segun derecho (3), asi tambien de ésta se exceptúan trece casos, en los quales se puede proceder executivamente contra el tercero poseedor, citandole previamente para todas las diligencias executivas, porque se trata de su interés, y no de otra suerte, sin ser necesario hacer excusion en los bienes del principal, ni citar-

(1) Ley fin. ff. de Institor. action. ley Procurator qui, ff. de Procurat Parlad. dicho §. 3. nn 3. y 4. (2) Leyes 1. y 3. tit. 17. Part. 3. leyes 7. 14. y 38. tit. 13. Part. 5. y ley 1. y todo el tit. Cod. Quibus res judicata non nocet; ley Sepe 63. ff de Re judicat. ley Nam postea 9. §. fin. ff. de Jurejur. ley 1 §. 1. ff. de Litigios. Parlad. dicha part. 4. § 5. n. 1. al 3. y n. 20. y fin. Rodrig dicho cap. 4 nn. 45. y 46. Carlev. tit. 3. disp. 11. n. 1. (3) Ley Nam, quod liquide 4 §. ult. ff. de Pecu legat. ley Quæsitum 12. §. Idem respondit. vers. Denique, Neratius, ff de Fundo instruct.

lo aunque haya algo que liquidar, pues basta hacer la liquidacion con el tercero (1). El I.° es, quando la alhaja que posee se halla hipotecada especialmente á la deuda, pues la obligacion es madre de la accion, é inseparable de la hipoteca, hasta que se extingue la deuda á que está afecta (2). El II.° quando la posee con título evidentemente nulo, en cuyo caso, y no en otro se admite la excepcion de nulidad, como notoria, para poder seguir la execucion (3). El III.° quando el título proviene de contrato simulado, pues es nulo por derecho, mas nó siendo fraudulento, porque en este caso no es nulo, sino que se debe rescindir ó suplir su justo precio, por el engaño que en él hubo, y esto ha de ser en via ordinaria (4). El IV.° quando el deudor se *obligó á no enagenarla, sino con el gravamen del débito*, hipotecandola tambien á la observancia de este pacto, y sin embargo la vendió, ó enagenó sin aquel; pues como la enagenacion es nula en virtud de la obligacion constituida, se considera que permanece su dominio en el deudor, segun he sentado en el capítulo 7 de mi primera parte, §. 4. núm. 89. y cap. 8. núm. 31. mas no si faltó el pacto, pues entonces debe preceder la excusion en los bienes del principal obligado, y despues seguirse en la via ordinaria contra el tercero (5). El V.° quando el deudor enagenó los bienes, pues antes de su tradicion, ó posesion real verdadera, ó ficta, se puede trabar en ellos la execucion, porque hasta que se entregan al tercero no se constituye dueño, ni verdadero poseedor (6), excepto en las deudas, y acciones, en que con solo el título, y enagenacion, y sin necesidad de cesion se le transfiere su dominio (7). El VI.° quando el tercero tiene en mutuo, commodato, ó deposito la alhaja hipotecada, porque la posee en nombre del deudor, y no

(1) Parlad. dicho § 5. nn 18. y 19 y otros que cita. (2) Covar. lib.3. Var. cap.7 n.7.Gaspar Rodrig. de Redditib.lib.2.q 5. n.51 Cencio de Censib. part.2. q 5. art.9. n.20. Salg. part.1. Labir. cap.17 n.44. (3) Giurb. observat 80. Noguerol aliegat 3. n.19. Hermos en la ley 45 tit.5. Part 5. glos 7. n 7.Salg. de Reg. part.4. cap.8 Parlad. lib.2. part.4. y § 5. dichos n.4. (4) Parlad. ibi n.10. y 11. Giurb. observ. cit Olea de Cesion. tit 4 q 3. n.10. (5) Ley Si creditor, § fin. ff de Distr. pignor. y ley fin. tit.5. Part 5. Rodrig dicho cap. 4. n. 47. al 51.Gut.in leg.Nemo potest ff.de leg.1.nn.35 y 38. Parlad.ibin.16.al 19. Olea tit.1.q 1 n 76.vers. *Sed circa*: Salg de Reg.part 4. c.14.n.64. (6) Ley 14. tit.13. Part 5 Greg. Lop. en las dos limitaciones de su glos 5.Canc. part.1. Var. c 13. n 23 y cap. 17. n 41. Barbos. in leg. Maritum. ff. Solut. matrimon. n 86. (7) Autores ultimamente cit. Gom. lib. 2. Var. cap.2. n. 6. Scacia de Comerc. § 2. glos.5. n. 28.

en el suyo; y asi la sentencia en que se le condena se ha de executar con su citacion en la alhaja contra el que la posee (1). Lo mismo se entiende quando la tiene arrendada simplemente, pues ni el acreedor está obligado á pasar por el arrendamiento (2), ni la accion personal del conductor impide el uso real de la enagenacion de la cosa locada, bien que los frutos pendientes son suyos (3). Pero si en la Escritura de locacion anterior á la obligacion hipotecaria se pactáre que durante el tiempo de ella no se ha de poder gravar, ni enagenar la alhaja, y la hipotecáre á la observancia de este pacto, tendrá lugar la execucion en la alhaja, y en sus productos, y hasta que espire el arrendamiento no podrá ser despojado el conductor, como sentè en el cap. 9. de mi primera parte núm. 29. al fin. El VII.° quando la muger contrajo la deuda ántes de casarse, pues se puede proceder subsidiariamente por su importe contra sus bienes dotales, y contra su marido, que los posee en su nombre, en defecto de los parafernales, y de otros extradotales, por no ser justo que por haberse casado defraude á sus acreedores (4); pero por el débito legitimamente contraido mientras están casados, no se puede proceder contra sus frutos, porque pertenecen al marido para sostener las cargas matrimoniales (5); ni tampoco en los bienes dotales, ni en sus frutos por la deuda contraida durante el matrimonio, aunque sí en los parafernales (6). El VIII.° quando el deudor enagenó la finca despues de executada, pues se puede continuar en ella la execucion, por haber sido dolosa su enagenacion (7). El IX. quando el tercero adquirió la alhaja litigiosa despues de emplazado el deudor sobre su dominio, ó quasi dominio, ó por accion personal despues de la contestacion, por ser fraudulenta, y hecha con dolo su enagenacion (8); lo qual se presume quando se hizo á conjunta persona, ó no se recibió el dinero, ó no consta de su paga

(1) Ley Licet, §. Rei depositæ, ff. Depositi, y ley A Divo Pio, ff. de Re judicat glos in Authent de Fidejuss. §. Sed neque debitorem, col. 1. Rodrig. dicho cap. 4. n. 55. Parlad. dicho § 5. n. 12. (2) Ley Officium, ff de Reivindicat. ley Certa, ff. de Præcar. y ley Emptor, Cod de Locato. Pa lad ibi, n. 13. (3 Cur Philip. part. § 11. n. 4. (4) Cast. de Alim cap. 65. Lara de Vita homin. cap 22. Carlev. tit. 3. disp. 19. n 9. Ciriac. controvers 37 (5) Ley Doctis fructus, ff. y ley Pro oneribus, Cod. de Jure dot. (6, Carl disp 19 dicha, n 12. y sig Amat. Var. tom. 2. resolut. 45. n. 24. (7) Noguerol allegat 29 n 208. Parlad. ibi, nn. 13 y 14. (8) Valenz consil. 19. n 41 Salg. d. Reg part. 4. cap. 8. n. 168. Carl. disp. 11. dicha n. 2. Parlad. dicho §. 5 n. 6. al 9. Rodrig. dicho c. 4. n. 52.

sino por confesion del enagenante, ó el deudor enagenó todos, ó la mayor parte de sus bienes, pendiente el pleito, de modo, que no dexó con que pagar (1). El X.° quando el acreedor tiene accion real, y el deudor hizo cesion de bienes, ó él, ó estos están ausentes de aquella jurisdiccion, ó aunque presentes, no pueden ser convenidos, ó es notorio que no puede pagar. En estos casos basta acreditar la excusion en el principal, para repetir contra el tercero, aunque no intervenga dolo, ni fraude; pero si le compete solamente accion personal contra él, es menester no solo hacer la excusion en sus bienes, sino probar haber sido dolosa la enagenacion (2). El XI.° quando el deudor entregó al acreedor la prenda, ó hipoteca, ó le dió su posesion real, ó ficta, constituyendose poseedor precario de ella en su nombre, y despues la enagenó (3). El XII.° quando el acreedor dirige su accion contra la deuda de su deudor obligada, pues no necesita hacer excusion en los demás bienes de éste para executar á el suyo (4). Y el XIII.° por débitos reales, pues aunque el tercero no sea sucesor universal, ó heredero del deudor fiscal, sino que posea por título particular de compra, donacion, ú otro los bienes de éste, puede el fisco usar contra él como su poseedor de la via executiva, no obstante que el deudor los haya adquirido despues de celebrado el asiento, ó contrato de conducion, y locacion con el Rey: esto se entiende, ya estén especial, ó generalmente obligados, respecto no distinguir la ley, lo qual se prueba del cap. 11. de la 27. tit. 11. lib. 9. de la antigua Recop. que dice: *El derecho de la via executiva que se tiene contra los bienes que obligan, es mi voluntad que pase contra los terceros que succedieren en los bienes obligados por compra, donacion, ó herencia, ó por otro qualquier título.* Pero no se amplía su disposicion á otros casos fuera del de conducion de Rentas Reales, como afirma *Noguerol alleg. 33. n. 69. y sig.* sobre cuya inteligencia, vease á *Carlev.* y *Boler.* (5). Y acerca de los

(1) Surd. consil. 533. n.5. Covar. Pract. cap.15.n.7. Giurb.decis.62. n.5. Canc. lib.3. Var. cap.17. nn.461.462. y 466.Gutier.de Juram. confirm. part.1. cap.13. n penult. y fin. (2) Ciriac. contiov.5.120. y 388. Olea de Cesion. tit.5. q.11. Castill. lib. 5. Controv. cap.89. n.124. Molin. de Primog. lib.4. cap. 1. n.39. Vela diss.20. nn.4. y 16. Rodrig. de Reddit. lib.2. q 9. n.51. (3) Ley 14. tit.13. Part.5. Greg. Lop. en ella glos.5.limit.1.y 2. Rodrig. de Execut cap.4. n.55. 4) Greg.Lop. en dicha ley 14. y glos.5 vers. ***Tertio limita***: Alex cons. 15. vol 6. Negusanc. de Pignorib.memb 1. part.3. n.19. Rodrig. cap. 3. dicho, n 54. (5) Carlev. tit.3. disp.11. cit.n.6. Boler. de Decoction. tit.5.q.18. nn.14. y 15.

casos referidos, y otros, al *Sr. Greg. Lop. en la glos. 5. de la ley 14. tit. 13. Part. 5.* que trae diez y ocho.

86 Para que el acreedor pueda proceder executivamente contra el tercero poseedor, es preciso que éste tenga título, ó causa del deudor, contra quien competia principalmente al acreedor el derecho de executar. Se dice, y entiende tener título suyo, no solo quando hubo la alhaja de él mismo, sino de otro, ú otros que de él la hubieron, por lo que justificandose que el deudor la poseía al tiempo que contrajo la obligacion, se presume que el tercero tiene título, ó causa suya, y se puede proceder contra él, aunque se hayan pasado muchos años, y mediado diversos poseedores (1), y reconvenirle en el lugar, y fuero que al deudor principal, porque por derecho se le transfiere la hipoteca con este gravamen (2). Pero se deberá tener presente lo primero, que quando há lugar la execucion contra el tercero poseedor, no debe oponer como tal otras excepciones que las que competian al deudor principal en cuyo lugar se subrrogó, porque el que sucede en el de alguno, debe usar de el mismo derecho que éste, el qual no puede transferirle mas que el que tiene (3); pero podrá usar de las que por su propia persona, ó por otra le sufraguen. Y lo segundo, que si el acreedor ignora que hay otro poseedor mas que el deudor, no necesita litigar con el tercero, especialmente si es Clérigo: basta citar al deudor (4).

87 Fundados algunos AA. en dos textos civiles (5), afirman que el tercero que posee con justo título, y buena fé los bienes hipotecados á la seguridad del censo, puede prescribir su hipoteca por tiempo de diez años entre presentes, y por veinte entre ausentes, contandose la prescripcion desde el en que se dexaron de pagar los réditos. Sin embargo mi dictamen en este punto no se conforma con estas doctrinas por las razones expuestas en el cap. 7. n. 76. y en el 8. n. 43. de mi primera parte, en donde refiero la executoria del Consejo, por la qual se declaró lo contrario en el pleito del Marqués de Santo Floro con la Villa de

(1) Barb. vot. 97. n. 40. Olea tit. 1. q. 1 n. 76. Larrea alleg. 43. n. 21. Rodrig. cap. 4. cit. n. fin. Parlad. dicho §. 5. n. penult. y fin. Carlev. disput. 11. dicha. (2) Negueol allegat. 14. n. 4. Cancer. lib. 2. Var. cap. 2. n. 189. (3) Ley Qui in jus, y ley Aliud, § fin. ff. de Reg. jur. regla qui in jus, cod. tit. lib. 6. y ley Nemo potest, ff. eod. tit. Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 5. § 11. n. 59. (4) Valenz. consil. 116. Negueol allegat. 3. Salg. de Reg. part. 4. cap. 14. n. 59. (5) Leyes 1. y 2. Cod. Si adversus prescriptionem.

Estremera, y para el pago de principal, y réditos se vendió un molino harinero, que era una de las hipotecas, y lo poseia Don Josef Genaro de Salazar menor, á quien se dió lasto contra la Villa. Así lo he visto practicar otras veces: vease á *Paz tom.* 1. *part.* 4. *cap.* 3. *núm.* 15. *y* 16. que lo trata con mas difusion.

88 En el cap. 7. de mi primera parte §. 4. núm. 53. traté (bien que brevemente) de las clases, ó especies de bienes que hay, y ofrecí tratar de ellas en éste con extension; pero ántes de proceder á explicar en quáles se puede trabar, ó no la execucion, debo sentar para instruccion del Escribano principiante, que los bienes se dividen en *muebles*, y *semovientes*; en *raices*, y *en derechos* y *acciones*. Muebles, y semovientes son los que segun su naturaleza, y sin deshacer su forma, se mueven por sí mismos, y pueden ser movidos, y raices, los que ni se mueven, ni pueden ser movidos (1).

89 Son tambien raices los alfolíes, graneros, y horreos, de que usan en Asturias, y las cubas, tinajas, y otras cosas semejantes, que por ser grandes no se pueden mover, ó aunque se pueda, están metidas en la tierra; mas nó, sino lo estan, y se pueden mover sin deshacer su forma (2). Lo mismo sucede con las tejas, ladrillos, piedra, madera, puertas, ventanas, llaves, cerrojos, y demás cosas metidas en la fabrica de la casa, ó edificio, ó quitadas para volverlas á meter; y con el molino, sus rodeznos, muelas, y demás aperos tocantes á su edificio, hallandose puestos en él ó quitados para volverlos á poner, porque todas estas cosas son de la casa, y molino, y se contemplan parte precisa de ellos, y siguen su naturaleza; pero si no se hallan puestas, aunque estén preparadas para este efecto, ó si se quitaron con ánimo de no ponerse, se gradúan por muebles (3).

90 Se estiman igualmente por bienes raices los colmenares de abejas, palomares, y estanques de pescados, estando incorporados, ó metidos en la tierra; y por muebles, si se hallan separados, y son movibles, ó quando se mencionan solamente las abe-

(1) Ley Moventium, ff. de Verbor. significat. ley 1. tit 17 Part.2. ley 4. tit 29 Partid 3. y ley 10. tit.33. Part.7. Parlad. lib.2. part.5 cap. fin §. 3. nn 7 y 8. (2) Ley 29 tit.5. Part.5 Hermosill. en ella glos.1. Parlad ubi proxime, nn 9. y 10 (3) Ley Granaria, § Tegulæ, y ley Fundi § Quæ pictæ, vers. Item quod instrlæ, ff. de Action. empti, y ley 28. tit.5. Part 5. Hermosill. en ella glos.4 y en la 29. cit. Parlad. ibi n.11.

jas, palomas, y pescados (1). El hato de ganado, si se considera con el sitio en que está, se tiene por alhaja raiz, y si separado de éste, por semoviente (2). Lo propio milita para con los frutos, los quales estando pendientes en los árboles, viñas, olivos, y heredades que los producen, son parte del fundo, por lo qual se reputan raices, y si están cogidos, y separados de ellas, por muebles (3).

91 Los derechos, y acciones de mero derecho constituyen la tercera especie de bienes, y por no hallarse declarados en él se graduarán por muebles, ó raices, segun la clase á que competan, y sea preciso computarlos (4), y asi las deudas se contemplan muebles, porque miran principalmente á la persona, siempre la siguen (5), y en ellas se puede hacer execucion en defecto de otros bienes, con tal que el deudor confiese el débito, ó conste por instrumento guarentigio, y no de otra suerte (6).

92 Los censos, y oficios públicos aunque sean vitalicios, y los derechos perpetuos, que pueden constituir hipoteca, y admitir gravamen, son raices, como he sentado en el citado cap. 7. de mi primera parte §. 4. num. 53. y en quanto á los réditos de censos, distinguen los AA. Si se trata de los annuales, y de sus derechos, dicen que se han de numerar entre los bienes raices, y si de los corridos, entre los muebles; como asimismo si lo son de censo redimible, ó del que se constituye hasta cierto tiempo, y de pensiones redimibles (7); pero yo siempre los graduaré á todos por muebles.

93 Supuesto lo referido, para que el Escribano entienda la clausula, *hacedla conforme á derecho*, que se pone en los mandamientos executivos, digo que esta clausula tiene su tendencia á que el Alguacil no trabe la execucion en bienes que no deben ser executados. Y porque dudará quales son, ó no exceptuados, y

(1) Ley 6. tit. 20. Part. 2. Hermosill. en la 30. tit. 5. Part. 5. glos. 1. n. 2. y 5. Parlad. dicho §. 3. nn. 12. y 13. (2) Ley 3 tit. 21. Part. 2 Hermosill. en en la 15. tit. 5. Part. 5. glos. 1. n 18. (3) Gom. en la ley 70. de Toro, n. 29. Parlad. dicho n. 13 Covar. lib. 1 Var. cap. 3. y cap. 15. n 1. (4 Thusc. litter. B. conclus. 62. Parlad. dicha part. 5. y §. 3. n. 15. Sesè decis. 11 n. 7. Giurb. ad Consuetudinem, cap 122. glos 5. nn. 6. y 7. (5) Perregrin. consil. 90. n. 29. Thusc. litter. B. cit. conclus. 103. n. 25. al 27. Giurb. ibi, n. 16. (6) Ley A Divo Pio 15. §. Sic quoque judices 3. y sig ff. de Re judicat. & ibi Imol. Paul. Alex. y Jason Parlad lib 2. cap fin part 5. §. 3 n. 43. 7 Felician. de Censib. lib. 2. cap 3. n. 33. Sesè ubi supr. n. 27. Rodrig. de Reddit. lib. 1. q. 3. nn. 8. 10. y 11.

querrá no errar, ni quedar en descubierto, digo asimismo que, regularmente hablando, se puede hacer, ó trabar execucion en todas, y en qualquiera de las tres clases de bienes expresadas, con tal que no haya legal prohibicion por especial esencion, ó privilegio que esté concedido á algunos; y de los que los gozan, trataré con individualidad en los numeros desde el 100. al 112.

94 Se puede hacer, ó trabar la execucion en la alhaja dada á enfiteusi, dexando salvo para el Señor del dominio directo su annual pension; pero si se concedió no para los herederos, sino para los hijos, y nietos como tales no puede embargarse, ni venderse, y mucho ménos el dominio útil, para satisfacer á los acreedores del enfiteuta, porque éste no es dueño absoluto de él sino por su vida, y de venderse, se perjudica á sus succesores, bien que se podran seqüestrar los frutos para hacerles pago mientras viva, y despues pasará libremente al succesor (1).

95 Tambien se puede hacer en la que está sujeta á servidumbre, y venderse con ella, y en los frutos y comodidad que competen al usufructuario contra finca raiz de alguno (2); y por contrato ó delito en los bienes castrenses y quasi castrenses del hijo que está baxo de la patria potestad, y en los adventicios que posee, si su usufructo no pertenece á su padre, mas no en la propiedad de ellos, quando le pertenece, ni tampoco en su usufructo, excepto que sea por deuda privativa de éste (3).

96 Asimismo puede hacerse en los oficios públicos renunciables, y vendibles, y compeler al deudor á que manifieste su título, y precedida licencia del Príncipe, los renuncie á favor del comprador. No queriendo hacer la renuncia, la puede dar el Juez por hecha, porque estos oficios se venden, ceden, enagenan, hipotecan dan en pago á los acreedores, y aplican á los herederos del dueño en la particion de sus bienes, como diariamente se vé. Pero si no son renunciables, y espiran con la muerte del concesonario, no se puede hacer execucion en ellos, á ménos que sea únicamente por la vida de éste, pues entónces se puede trabar en sus frutos (4).

(1) Salg. Labir. part 3. cap. 3. n. 33. Nogueroi alleg 37. n. 66. Parlad. ibi, n 33. (2) Leyes 8. 20. y 21. tit. 31. Part. 3 Carlev. tit 3. disp 1. n 20. y disp. 20. n. fin. Salg. ubi proxime, cap. 15. n 31. Castill. de Usufruct. cap. 70. n. 9. (3) Carlev. tit 3. disp. 20. n. 6. Parlad. ibi, n 34 Salg. de Reg. part. 4. cap 8. n. 243. Gom. lib 2. Var. cap. 15. n. 11. (4) Rodrig. dicho cap. 5. n. 69. Covar. lib. 3. Var. cap. 19. n. 6. Avendañ. Respon. 38. Castill. de Usufruct. cap. 61.

97 En la jurisdiccion libre, que el deudor tiene en algun Pueblo, ó sitio, se puede hacer, y trabar la execucion igualmente que en otra qualquiera finca que lo sea, y por consiguiente se puede embargar, vender, gravar, hipotecar, y dar *in solutum* al acreedor por el total de su débito, ó en parte de pago de él, si su precio no alcanzare á cubrirlo, porque en estos Reynos se conceptúa, y estima como alhaja patrimonial, por ser hereditaria, pero nó, si está anexa á algun título de los que constituyen gerarquía en el Estado, v. g. Duque, Conde, ó Marqués (1).

98 Del propio modo puede trabarse en los bienes dotales de la muger, y en sus frutos por la deuda que contrajo ántes de casarse, porque pasan al marido con sus cargas, las quales se deben satisfacer de los del verdadero deudor (2); pero esto se entiende, no habiendo otros que la pertenezcan, pues si los hay, se ha de hacer primero en ellos la execucion, porque es justo no se irrogue detrimento al marido que creyó tener alivio en los dotales, para sostener las cargas matrimoniales (3).

99 Lo mismo que queda sentado en órden á los frutos dotales, quando la muger contrajo el débito ántes de casarse, procede despues de casada por el de su marido, ó por el que ella misma por su hecho propio, y con su licencia ha contraído, si en ésta puso la cautela, y clausula expresada en el cap. 7. de mi primera parte adicionada, núm. 110. cerca del fin; excepto que excedan de lo necesario para la manutencion de ambos, y de sus hijos, ó que ella no haya administrado bien los bienes de su hijo, de quien era tutora, ni tampoco su marido segundo, ó que el débito se hubiese contraído precisamente para mantener á la muger, é hijos, pues en estos tres casos se podrán executar los frutos referidos (4).

100 Gozan de exencion, y privilegio para no ser executadas las cosas Sagradas, y Religiosas dedicadas al culto Divino (5). En quanto á si se puede, ó no hacer execucion en las Capillas, y sepulturas pertenecientes al deudor, hay variedad de opiniones.

(1) Salg. part. 3. Labir. cap. 4. n. 68. Noguerol alleg 36. Parlad dicho §. 3. n. 50 (2) Ley Mulier 73. ff. de Jure dot, ley A Divo Pio, ff de Re judic y leyes 1. y 3. Cod. de Execut. rei judicat. (3) Authent. Hoc si debitor, Cod. de Pignor. (4) Ley Satis 4. Cod. Ex quibus causis pignus, vel hipotheca tacite. Rodrig. dicho cap. 5. n. 70. Cur. Philip. ilustr. tom 1 § 26. n. 4. part 2. Carlev. tit. 3. disp. 19. (5) Ley 2. tit. 13. Part. 5. y ley 3. tit. 5. lib. 1. Nov. Rec.

Unos dicen absolutamente que nó, á ménos que se comprendan en la universalidad de bienes, y otros son de parecer que se puede, si al tiempo de la ereccion de la Iglesia reservó en sí el Patrono el derecho de sepultura, porque es mere temporal, y profano, y quando hizo la reserva no estaba consagrada la Iglesia, y si lo adquirió despues de la ereccion, tambien. Lo propio milita en la Capilla, porque por razon de esta preeminencia es igualmente temporal, y como tal puede venderse, y transferirse, al modo que quando queda profano. Lo mismo afirman del derecho de patronato, especialmente si está anexo á herencia, ó mayorazgo, pues puede pasar al acreedor con la universalidad de bienes (1).

101 Está exceptuado de ser executado el derecho de usufructuar, porque es personal, y no se transmite á otro: lo propio milita quando el deudor tiene el mero uso, por la misma razon (2). Lo están tambien los mármoles, columnas, y otras cosas puestas en los edificios para su adorno, excepto que se haga igualmente en éstos la execucion, porque son parte suya, y de quitarse se causa deformidad (3); y las servidumbres Reales, que son las que unas fincas, ya sean rústicas, ó urbanas, deben á otras, á ménos que se haga juntamente en las propias alhajas, porque no se pueden separar de ellas (4).

102 No debe trabarse execucion sino por débitos Reales en la casa morada, armas, caballos, y mulas que tuvieren, y en que andubieren los Caballeros, é Hijosdalgo (5); lo qual no se observa, excepto en la casa morada, bien que si carecen de otros bienes, se traba en ella, porque no es justo que el acreedor se quede sin su crédito, que de justicia, y en conciencia se le debe, y mas quando el deudor puede buscar, y alquilar otra para vivir, pues su privilegio no se estiende á poder defraudar á su acreedor; pero si estuviere hipotecada, especialmente con otros bienes á la seguridad de algun censo, ú otro crédito, y el deudor ven-

(1) Ley Si monumento, Cod. Quæ res pignori obligari pos. cap. Ex litteris, de jure Patron. & ibi Barb. & de Offic. Parroch. cap. 26. nn. 17. y 18. Garcia de Benef. part. 5. cap. 9. n. 137. Parlad. dicho §. 3. n. 53. al 57. (2) Leyes 20. y 21. tit. 31. Part. 3 Cast. de Usufr. dicho cap. 70. n. 9. (3) Hermos. en la ley 28. tit. 5. Part. 5. glos. 4. n. 4. Cast. lib. 5. Controv. cap. 62. n. 13. Parlad. dicho §. 5. n. 25. (4) Ley 12. tit. 31. Part. 3. Parlad. ibi n. 47. y 48. (5) Leyes 13. tit. 31. lib. 11. Nov. Rec.: 1. tit. 2. lib. 6.: y 1. 2. 9. y 15. del mismo tit. y lib. y ley 28. tit. 21. Part. 2.

diere éstos ocultando el gravamen, y se quedáre solamente con la casa, aconsejaría yo que en todos se trabase, porque la obligacion sigue la hipoteca, y el comprador debe mirar con quien contrata, y aun quando en este caso se trabe en la casa sola, no se anulará, por el delito que cometió el deudor en la ocultacion del gravamen.

103. Tampoco debe trabarse en las armas, y caballo, aunque sea por deuda Real, ú otra privilegiada, y carezca de otros bienes (1); ni en las yeguas de vientre, sus crias, y caballos que tubieren los criadores de todos, pues no se debe contar en la valuacion, y aprecio de sus haciendas para este efecto (2); ni en los libros de Estudiantes, y Abogados, no obstante que carezcan de otros bienes, porque se equiparan á las armas (3).

104. No deben ser executados el estipendio, sueldo ó salario del oficial público, soldado, y togado, sino en defecto de otros bienes; ni el de los Doctores que enseñan públicamente, como tampoco el de los Clérigos (4); y la razon es, porque no se distraigan del ministerio público, regio, ó eclesiástico, si les faltan los alimentos, en cuyo concepto se les dá el sueldo, ni tengan que mendigar en desdoro, y oprobio del estado, oficio, y empleo; y por la reverencia debida á la Iglesia, al Rey, y á la República; pues sería injusto fuesen de peor condicion que los operarios, y artesanos mecánicos (5); por cuyas razones se les ha de dexar congrua sustentacion á arbitrio del Juez segun su clase, estipendio, y familia precisa. En esta Corte por lo general se les embarga la tercera parte del sueldo, excepto que sea tan crecido, que con la mitad se pueda mantener el deudor, ó que éste la ceda al acreedor. Pero de las dos partes que se les dexe para alimentarse, han de pagar alquiler de casa, criados, y demás cosas semejantes, porque todas son partes de alimentos, pues la tercera es para acreedores de otra clase, á ménos que sufrague para todos; lo qual he visto executoriado por el Consejo en pleito sobre alquiler de casa contra un inquilino.

(1) Ley 13. tit. 31. lib. 11. y 1. al fin. tit. 2. lib. 6. Nov. Recop. (2) Leyes 2. tit. 29. lib. 7. Nov. Rec. (3) Ley Advocati 14. Cod. de Advocat. diversor. judic. Acev. en la ley 19. tit. 21. lib. 4 Rec. nn. 42. y 43. Parlad. dicho § 3. n. 18 22. y 23. (4) Ley Stipendia, Cod. de Execut. rei judicat. ley Miles, ley Si miles, y Ley Commodis, ff. de Re judicat. y ley 3. tit. 27. Part 3. verb. *Ni en soldada*: y cap. Odoardus, de Solut. (5) Carlev. tit. 3. disp. 18. nn 3. y 4. Parlad. ibi n. 19.

105 En los instrumentos con que los oficiales menestrales, ó artesanos exercen sus oficios, no debe trabarse execucion, porque son precisos para adquirir el diario alimento, y se estiman privilegiados como las armas, y los libros (1). Si fueren presos por deuda, debe el acreedor mantenerlos en la carcel nueve dias, y en defecto de bienes, y fianza han de ser sueltos, y entregarseles, de suerte que puedan usar sus oficios; con la condicion de que de lo que ganaren se ha de reintegrar, descontando primero su razonable alimento. Por Real Pragmática de 27. de Mayo de 1786. se prohibe vender y embargar los instrumentos de sus artes y oficios, y arrestarlos en las Carceles por deudas civiles, y causas livianas, cuya Pragmática insertaré en el cap. 3. de este libro num. 9.

106 No debe hacerse execucion en el vestido diario, cama, y otras cosas indispensables al uso cotidiano de qualquiera persona, las quales expresé en el cap. 7. de mi primera parte §. 4. num. 65.; porque no están comprehendidas segun derecho en la obligacion general del deudor, y por dictarlo asi la humanidad, se les deben dexar (2); lo qual se entiende, excepto que sea por débitos Reales, bien que si el deudor tiene, v. g. quatro colchones, y otras cosas duplicadas, y superfluas en quanto no son precisas para su uso diario, se le pueden seqüestrar, v. gr. dos colchones, &c. dexandole las indispensables, aunque el débito toque al Rey, como lo he visto practicar, practiqué, y se aprobó en juicio.

107 En los bienes de mayorazgo, ó sujetos á restitucion, no se debe trabar execucion; pero en sus rentas sí, como pertenecientes al deudor, dexandole lo necesario para su decente manutencion en caso que el mayorazgo sea qualificado, ó que á él esté anexa alguna dignidad, ó la tenga su poseedor, y no de otra suerte, como mas latamente expondré en el cap. siguiente num. 28. Esto se entiende, excepto que el fundador los haya gravado, pues entónces se pueden embargar, y vender, porque no es justo haya mayorazgo en perjuicio de los acreedores de justicia, pero esto procede quando el fundador no dexó bienes libres, pues si los dexó se ha de hacer prévia excusion en ellos, porque

(1) Dichas leyes Stipendia, y Commodis. Cur. Philip part 2. §. 16. n. 10. Parlad. dicho n 19. (2) Ley 5. tit. 13. Part. 5. Parlad. dicho §. 3. n. 24. Rodrig. dicho cap. 5. n. 75.

es conveniente que el mayorazgo no se aniquile, y ántes bien se procure su conservacion por el beneficio que de ésta resulta al Estado, y familia (1); y es lo que se observa. Lo mismo se practica quando el poseedor los gravó con facultad Real, porque aunque en virtud de ella quedan libres, y separados de él hasta en la cantidad del gravamen, esto se entiende subsidiariamente, no habiendo dexado bienes libres, ó no alcanzando éstos á su solucion. Si no intervino la facultad, tendrá derecho solamente el acreedor á cobrar los réditos durante la vida del constituyente, y si éste carece de otros bienes con que reintegrarle su capital, lo perderá. Pero se advierte, que como de la naturaleza de los extremos es el que sean connexos (2), y el que concedido uno, v. g. el conocimiento de la causa, venga el otro, que es la definicion de ella (3), se sigue de aqui, el que concedida facultad para obligar genericamente por cierta cantidad los bienes de mayorazgo, si ésta no se paga, se pueden vender aunque no se especifiquen, sin nueva facultad (4), al modo que concedida licencia al tutor por el Juez con conocimiento de causa para obligar los del menor, puede el acreedor en virtud de ella, y sin otra, ni nueva solemnidad venderlos tambien (5); y asi los acreedores á quienes con real licencia están obligados los del mayorazgo, no solo pueden pedir execucion contra los frutos, ó rentas de éste, sino igualmente que se vendan para el pago hasta la concurrente cantidad (6), como libres.

108 En el derecho que alguno tiene á que otro le alimente, no debe hacerse execucion, porque es personal, y no transmitivo, por lo que no se puede renunciar, ni transferir, lo qual se limita en dos casos: el primero, quando se hace solamente en la comodidad, ó frutos que debe gozar el alimentario, pues los puede ceder, y traspasar por su vida, y no mas; y el segundo, quando se hace en los alimentos que el hijo tiene devengados, pues puede hacer lo propio (7).

109 Tampoco debe hacerse execucion en el pan, ó trigo del

(1) Parlad. ibi, n. 31. y 32. Rodrig. ibi: n. 74. Peregrin. de Fideicommis. art. 39. n. 3. Molin. de Primogen. lib. 3. cap. 10. n. 2. (2) Ley 1 ff. Si quis jus judicem non obtemper. y ley 3. §. Si minor ff. de Minorib. (3) Glos. in leg. Ubi adhuc, Cod. de Fals. Mieres de Majorat. part. 4. cap 3 n. 12. (4) Mieres ibi n. 2. y 14. (5) Ley Tutor rerum 56. ff. de Administrat. tutor. ley Si pupillorum 7. §. 1. ff. de Reb. eorum qui sub tutela. Mieres ibi, n. 2. (6) Mieres dicho cap. 3. n. 16. part. 4. (7) Ley Ubi finis, §. fin. ff. Si usufructus petat. y ley Fructus, §. Hac

Pósito por las deudas del Pueblo (1), ni en cuerpo muerto, el qual no debe ser detenido por deuda, ni el acreedor impedir que se le sepulte (2), ni por lo que está debiendo el deudor, en los bienes que se le legan, ó renuncian á su favor con la precisa condicion de que los distribuya entre sus hijos, porque no son suyos sino de éstos, que los adquirieron del testador ó renunciante (3).

110 En los bienes propios de la muger casada ni en sus vestidos no debe trabarse execucion por las deudas, y fianza que su marido contrajo, y constituyó por sí solo ántes, ó despues de contraer matrimonio, porque no está obligada, ni por consiguiente es responsable á su satisfaccion (4). Sobre lo qual, y lo explicado en los nn. 97. y 98. vease á *Carleval de Judic. tit. 3. disp.* 19. que lo toca con la energía, y solidez propias de su consumada literatura y sublime talento.

111 Por las deudas del Concejo no deben ser executados los bienes de sus vecinos, ni las casas del Cabildo, Positos, ó Alondigas, teatros, ni lugares públicos, y solo se debe proceder contra los Propios, y demás bienes que tenga: careciendo de ellos, deben contribuir los vecinos del Pueblo por repartimiento proporcional segun el caudal de cada uno (5). Vease á *Parlad. lib.2. cap. fin. part.* 5. §. 3. que explica latamente en qué cosas se puede hacer, ó no la execucion.

112 Las naves extrangeras que traen á estos Reynos mercaderías, ó bastimentos, tampoco deben ser executadas por las deudas de sus dueños, á menos que éstos las consignen para su pago (6), pues puede renunciar su derecho (7). Por lo tocante á los bueyes, mulas, siervos, y aperos para cultivar la tierra, y privilegios de los Labradores, vease el cap. 7. de mi primera parte adiccionada n.103. en donde explico latamente, si pueden, ó no ser executados, por quién, en qué bienes, y en qué tiempo, pues por evitar duplicacion lo omito aquí.

ratione al fin. ff. de Reivindication. Surd. de Alim. tit. 8. privileg. 55. n.10. vers. *Nostra autem conclusio*: Carlev. tit 3. disp.20.

(1) Ley 12. tit.20. lib.7. Nov. Rec. (2) Ley fin. tit.19. Part.1. y leyes 12. y 13. tit.9. Part.7. (3) Gutier in cap. Quamvis pactum, nn.6. y 11. Mieres de Majorat. part.4. q 19. n.69. Castill. lib.5. Controvers. cap.68. (4) Ley 61. de Toro, y ley 1. Cod. ad Leg. Juliam de vi public. Rodrig. ibi n.70. Parlad. ibi n.41. (5) Ley 2 tit.20. lib.7. y ley 9. tit.31.lib.11. Nov. Rec. Parl dicho §.3. n.35. al 40. Cur. Philip. part.2. §.16.n.4. (6) Ley 4. tit.31. lib.11. Nov.Rec. (7) Ley Si quis in conscribendo 29. Cod.de Pact.

113 En quanto á si el acreedor habiendo intentado previamente la via ordinaria, podrá dimitirla, y pasar á la executiva, es qüestion en que varian los AA. por falta de legal decision. Algunos dicen que sí, con tal que pague el reo las expensas que hizo en la ordinaria; pero *Carlev. de Judic. tit. 3. disp. 14.* presupone dos casos. El primero, quando el acreedor que la eligió, pudiendo usar de su derecho en la executiva, se retrae de aquella, y pide por ésta, en el qual resuelve con mas de treinta AA. y algunos textos que cita, que no puede, y que le obsta la excepcion de *litis pendencia*, á menos que el deudor se conforme: lo uno, porque por la eleccion de la ordinaria estando en su mano la executiva, es visto haber renunciado ésta: lo otro, porque carece de potestad para eludir el juicio que principió, y está trabado con el deudor, sin que éste lo consienta, pues una vez contestado, pasó á casi contrato; y lo otro, porque lo que solemnemente se principia, se debe terminar con la misma solemnidad por la sentencia. Este tambien es mi dictamen.

114 El segundo caso es, quando el reo temiendo ser reconvenido por el actor, previene á este en via ordinaria con demanda (que llaman de *jactancia*) exponiendo competirle excepcion contra el instrumento, ó sentencia que traen aparejada execucion, y pretendiendo que el Juez lo declare así, en cuyo caso resuelve que la via ordinaria no impide la executiva, y que así se ha de proseguir ésta, sin que lo obste la excepcion de la *litis pendencia*, porque ningun derecho autoriza, ni dá potestad al deudor para defraudar al acreedor, y quitarle el remedio executivo, que por virtud del instrumento, ó sentencia le concede la ley, especialmente habiendo intervenido en su otorgamiento su voluntad, y consentimiento, y esto aun quando la via ordinaria se haya principiado ante un Juez Eclesiástico, pretestando ser ilícito, y usurario el contrato, ó ante un secular, y la executiva ante otro. Tiene sin embargo una limitacion, y es en caso que la excepcion resulte manifiestamente del mismo instrumento, ó esté contenida en él, pues entonces habrá lugar á su admision, y será obstativa para pedir la execucion; la razon es, porque así como la accion que de él aparece es guarentigia, lo es tambien la excepcion que incluye, y como tiene igual vigor, se debe proseguir, y concluir el juicio del reo como preventivo, antes que el pretendido por el actor.

115 Si el acreedor intenta primero la via executiva, y luego pasa á la ordinaria, (cuyo caso es distinto de los dos precedentes, y de él no trata *Carleval*) podrá dexar ésta y continuar aquella, pagando al deudor las costas causadas hasta allí en la ordinaria: la razon es, porque aunque estas dos vias son diversas, no contrarias; fuera de que la execucion está introducida en su favor; y por el uso de la ordinaria no es visto haberla renunciado, excepto que lo exprese; ni al reo se irroga perjuicio, mediante que le paga las costas (1).

116 Lo mismo procede quando en el instrumento concedió facultad el deudor al acreedor para mudar los juicios, y quando éste intentó la ordinaria con protesta de volver á la executiva siempre que quisiere (2). Si el acreedor hubiere executado al deudor ante un Juez, no le impide la *litis pendencia* volverle á executar ante otro, y dexar la execucion principiada sobre la misma suma; pues la via executiva no puede causar instancia, porque se procede sumariamente en ella, y solo se mira á la exaccion del crédito, así en ningun caso obsta la excepcion de estár pendiente (3).

117 Teniendo accion el acreedor contra varios correos, fiadores, *ó* mancomunados, no puede (pendiente el pleito con uno de ellos) dexarlo, é intentarlo contra alguno de los otros, despues de contestado, y así primero debe hacer excusion en los bienes de aquel, que dirigir su accion contra los demás, como se prueba de las leyes 16. y 23. Cod. *de Fidejussoribus*, que por su orden dicen: *Liberum fuit antequam lis adversus omnes fidejussores contestaretur, unum eorum eligere creditori, si modo cæteros minus idoneos existimaret. At nunc post litis contestationem petitionem divisam redintegrari juris ratio non patitur*, ley 23. *Reos principales, vel mandatores simpliciter aceptos eligere, vel pro parte convenire, vel satis non faciente, contra quem egeras primo, post illum ad alium reverti (cum nullus de his electione liberetur), licet.*

(1) Paz tom.1. part.4. cap.1. n.2. y cap.3. n.1. Gutier lib.3. Pract. q.39. n.7. Cevall. Comm q.815 n.22. Marant. part.6. tit. de Instrum. n.13. (2) Barbos. vot.126 n.10. Cur. Philip. ilustr. tom.1. part.2 §.1. n.1. (3) Noguerol alleg.4. n.26. Salg. de Retent. part.2. cap.10. n.11. Parej. de Ediction. tit.4. Resolut. unic. §.6. n.121. Carlev. tit.2. disp.2. n.16.

§. III.

Cómo se ha de pedir, despachar y trabar la execucion, con qué orden, y en qué dias puede, ó no hacerse, qué personas pueden, ó no ser presas por deuda, y deben afianzar de saneamiento, por quánto tiempo se han de dar los pregones á los bienes executados, y quándo, y cómo se ha de citar de remate al reo executado.

118 Queda explicado difusamente en los dos §§. precedentes qué cosas traen aparejada execucion, qué personas pueden pedirla, y ser, ó no executadas, y en qué bienes se ha de hacer, ó trabar, de lo qual me parece se puede instruir radicalmente aun el mas ignorante: paso á explicar cómo se ha de pedir, despachar, y hacer, y en qué bienes, qué diligencias se deben practicar hasta la citacion de remate, y otras cosas útiles.

119 Para que se pueda proceder executivamente, han de concurrir y debe tener presentes el Juez seis circunstancias. La I.ª que el executante sea parte legítima, para pedir la execucion, y sin legal prohibicion de comparecer en juicio, v. g. por menor de edad, excomunion, &c.: que al mismo tiempo que la pide, lo haga constar como requisito esencial, ya la pida por sí propio, ó en nombre de otro, pues de lo contrario no se debe despachar (1); y que si es cesonario por escritura, la presente, y si por endoso de algun vale, letra, ó libranza, reconozca su firma el endosante, ó cedente, pues si no la reconoce primero, ó no la confiesa el deudor, se anulará la execucion, oponiendo éste la excepcion de ilegitimidad de persona por no acreditar ser cierta la cesion, y hecha por quien podia hacerla, como lo he visto declarado. La II.ª que si constituyó obligacion de practicar ántes por sí alguna cosa, la practique, pues conteniendola el instrumento, no se ha de expedir el mandamiento hasta que la cumpla, porque debe preceder siempre el cumplimiento de

(1) Bald. in leg.2. Cod. de Edict. Divi Adriani Paz part. 4. tom.1. cap.2. nn.18. y 22. Avendañ. in Declaration. leg.4. & 5. tit.8. lib.3. Ordenam. n.2. vers. *Primo debet.*

parte del actor (1). La III.ª que si se pide en virtud de confesion, sea clara y de cantidad líquida, porque si hay duda, por leve que sea no se debe despachar. Si la pide en fuerza de instrumento público que la traiga aparejada, y no sea falso, ni esté roto, cancelado, ni sospechoso en parte substancial, de modo, que resulte excepcion legitimamente obstativa, ni que haya prescripto el tiempo prefinido por la ley 63. de Toro, para pedir executivamente, ni contenga vicio, ó defecto esencial, v. g. ser traslado sacado sin citacion por Escribano ante quien no se otorgó, y no la copia original, ó no estár subscripta ésta como debe, por el que lo hizo, sino dada por *concuerda* con el protocolo, no estár registrado el de especial hipoteca en la oficina de éstas, como está mandado, ó aunque sea la copia original, no estár sacada en el papel sellado correspondiente á la calidad, y cantidad del contrato, pues no hace fé, como en el núm. 37. expuse, &c. en estos casos hasta que se purifique, y subsane el vicio, ó defecto, no se debe despachar, y si se despacha es nula (2). La IV.ª, que si el instrumento incluye plazo ó condicion, estén cumplidos, pues si antes de cumplirse la pide el acreedor, á mas de que no ha de ser oido, debe el Juez condenarle en costas, y prorrogar, ó alargar al deudor otro tanto tiempo mas que el que faltaba, porque lo mismo es no poder ser reconvenido todavia, que no ser deudor (1), para lo qual debe reconocer las Escrituras, por si son ó no executivas, y no fiarse de Escribanos ignorantes, pues si por haber despachado indebidamente la execucion, sea por el motivo que fuere, se diere por nula, debe satisfacer y restituir en pena los derechos que llevare con el quatro tanto, y las costas á las partes (2), y no condenar en estas al executante, como algunos lo hacen, imputandole la culpa que ellos tienen en no examinar como deben las Escrituras, ó por no saber su oficio, pues el Juez legista debe estár instruido en las leyes, y mirar

(1) Ley Julianus, §. Offerri, ff. de Action. empt. Parlad. lib.2. part.5. §.1. n.22. Capic. decis.17. Rodrig. de Execut. cap.5. nn.13. y 17. (2) Ley 2. ff. de Fide instrum. ley fin. ff. Quemadmodum testamenta aperiant, y cap. 1. de Fide instrum. Avendañ. en las leyes 4. y 5. tit.8. lib.3. Ordenam. n.24. Rodrig. dicho cap 5. n.16. Acev. en la ley 19. tit.21. lib.4. Recop. n.10. Parlad. lib 2. cap. fin part.1. limit 8.§ 12. (3) Ley 25. tit.2. Part.3. ley 2. tit.21. lib.4. Rec. l. y Fulcinius, §. Quo in dieu, ff. Ex quibus causis in possessionem eatur, y ley Conditionalis, ff. d. Verbor. signification. (4) Leyes 8. tit.28. y 11.tit.30. lib.11. Nov. Rec. Rodrig. ibi, n.10.

bien lo que manda, y si no es para ello, dexar el oficio, y no perjudicar con su ignorancia á los vasallos del Rey con sentencias injustas, por las quales se ha hecho acreedor á las penas impuestas por las citadas leyes, y las 12. tit. 4.: 24. y 25. tit. 22. Part. 3. y 4. tit. 15. Part. 7. que no están derogadas. Asi lo que debe hacer, es: *declarar no haber lugar á despachar la execucion, y mandar al actor que pida conforme á derecho*, ó comunicar traslado liso, y llano al reo, ó deudor, ó dar contra éste el precepto *de solvendo* dentro de tercero dia, con el adictamento *de que si tubiere razon para no pagar, la deduzca dentro del propio término*, sin imponerle apercibimiento alguno, con lo qual se seguirá el pleito ordinariamente como en dichos casos se debe. Pero si el deudor viene á pobreza, ó se presume que haga fuga, tiene la alternativa el acreedor, de pedir la execucion ántes del plazo, expresando, y justificando su insolvencia, ó el recelo, pues en este caso se tiene por cumplido, ó que para quando espire, le asegure la deuda con persona lega, llana, y abonada (1), previniendo, que si se pide contra los herederos del deudor, ha de ser despues que pasen los nueve dias de su muerte, porque en su intermedio no deben ser reconvenidos, y si los legatarios pretenden sus legados, no sea mientras se formaliza el inventario, como por derecho (2) se ordena, segun expliqué en el cap. 1. n. 40. lib. 1. de esta segunda parte. La V.ª, que el Juez ántes de entregar el mandamiento al acreedor, le reciba juramento de quanto es lo que verdaderamente se le está debiendo, y de que no pide maliciosamente la execucion, segun lo manda la ley (3), ó que él lo jure en el pedimento, que es lo que regularmente se practica, y surte el propio efecto, lo qual se entiende no siendo heredero del acreedor el que pide, porque si lo fuere, no está obligado á ello por la razon expuesta en el núm. 66. (4); bien que por omitir el juramento no se vicia la execucion, porque la ley no lo pone por forma, sino por solemnidad, como dicen algunos AA. aunque otros sienten lo contrario. Pero el juramento que

(1) Ley 17. tit. 13. Part. 5 Rodrig. ibi, n. 11. Rodrig. Suar. in leg. Post rem judicatam limit. 7. nn. 2. y 4. vers. *Ex prædictis.* (2) Ley fin. tit. 13 Part. 1. ley 7. tit. 6. Part. 6. y ley 13. tit. 9. Part 7. Parlad. dicho lib. 2. cap. fin. part 5. y §. 1. n. 28. (3) Ley 9. tit. 21. lib. 4. Rec. Rodrig. ibi n. 14. Paz ubi supr. n. 21. (4) Ley Generaliter al princip. Cod. de Rec. cred. Parlad. part. 5. lib. 2. cap. fin. §. 1. n. 27.

deben hacer acreedor, y deudor de si hay, ó no intereses, y en caso de haberlos, de quánto importan, se requiere por forma substancial, sin el qual es nulo el instrumento, y no se debe admitir en juicio, segun lo previene el cap. de la Pragmática inserto en el núm. 40. que no está derogado. Para no incurrir en la pena de la demasía, y de otro tanto que la ley 6. tit. 28. lib. 11. Nov Rec. impone al acreedor, por pedir mas que lo que legitimamente se le debe, ha de poner en el pedimento esta clausula: *y protesto admitir en quenta legítimas, y justas pagas*, con la qual se liberta de ella en el caso que explicaré en el núm. 374. porque se restringe, y limíta á la cantidad, á que real, y verdaderamente asciende el débito (1), pues muchos acreedores habiendo percibido algo á cuenta de sus créditos, piden por el todo con malicia, ó por no haber sentado lo que han tomado, y no acordarse. Y la VI.ª, que respecto está prohibido al acreedor hacerse justicia de propia autoridad, pena de perder la deuda (2), acuda al Juez para que se la haga, y que éste lo sea competente del reo executado, por alguna de las causas expresadas en el cap. 1. de este libro, núm. 37.; pues así en las executivas como en las demás, debe seguir el actor el fuero del reo, y de lo contrario es nulo el mandamiento, por obstarle la excepcion de incompetencia (3): lo mismo procede quando se pide en dias en que está prohibido hacer juicio (4). En quanto á cómo han de proceder los Jueces por virtud de sumision á su jurisdiccion de las personas existentes, ó no dentro de ella, vease la ley 7. tit. 29. lib. 11. Nov. Rec. inserta en el cap. 7. de mi primera parte, n. 87. adonde remito al lector. Y por lo tocante á qué Jueces deben conocer de las executiones por los créditos de artesanos, jornaleros acreedores alimentarios, y criados contra los deudores privilegiados, veanse las Reales Cédulas que adicionaré al fin de este capítulo.

120 Concurriendo las circunstancias expresadas, aunque muchos Jueces inferiores indulgentes, porque el deudor tenga mas

(1) Dieg Per. en la ley 21. tit. 14. lib. 2. Ordenam. glos. 1. vers *Quod autem*. Gutier. lib. 1. Pract q. 129. n. 3. Paz ibi, nn. 18. y 19. Rodrig. loi, n. 15. (2) Ley 2 tit. 35 lib. 12. y ley 10. tit. 5. lib. 7. y 8. tit. 29 lib. 11. Nov. Rec. tit. 21. lib. 4. Rec. (3) Salg. de Retent. part. 2. cap. 17. y part. 3. de Reg. cap. 3 n. 54. Acev. en dicha ley 19. Avendañ. en el tit. de las excepciones, n. 25. Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 2. §. 1. (4) Acev. ibi, n. 27. Avendañ. dicho n. 25. Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 5. § 4. per tot.

tiempo para buscar dinero, y pagar, y no se le cause extorsion, suelen dar contra él un precepto de *solvendo*, que es: *Que se le notifique pague dentro de tercero dia con apercibimiento de execucion*, y otros comunicarle *traslado sin perjuicio*, con término breve, y perentorio que le prefinen para responder á él, con lo qual no se destruye la qualidad, accion, ni naturaleza del juicio executivo, ni el derecho del acreedor, pues lo que se difiere, no se quita; lo cierto es, que siguiendo, segun están obligados, el rigor de la ley, deben despachar mandamiento executivo contra sus bienes, y especialmente contra los que estén asi obligados, y tambien contra su persona, á ménos que goce de exencion, ó se intente la hipotecaria contra tercero poseedor, por la cantidad pretendida, su décima, y costas, sin pedir fianza al acreedor, ni citar al deudor, excepto que sea heredero del que constituyó el débito cedido por el acreedor, pues entónces debe ser citado, porque éste no podia pedir la execucion contra él, sin hacer constar ántes ser tal heredero: si hizo inventario con la pureza legal, y no ocultó bienes de la herencia, cumple con entregarlos, sin estár obligado á más, por lo que no se puede proceder contra su persona (1). El mandamiento de execucion se ha de entregar al mismo acreedor, y no al Alguacil, pena de nulidad de ella, como lo manda la ley (2): lo mismo deben practicar los Alcaldes de Corte (3). Sin embargo, lo que se hace es entregarlo al Escribano, y Alguacil de consentimiento verbal suyo, y no se anula la execucion, pues con su consentimiento cesa lo razon de la prohibicion legal, y la misma ley prohibitiva (*a*).

121 Tres requisitos deben intervenir para que no se anule la execucion por defecto, ó vicio en las diligencias. El I.° que

(1) Ley 12. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec. Bald. in leg. Per divers Cod. Mandati, Parlad. dicha part. 5. §. 2. n. 15. Carlev. tit. 3. disp. 9. per tot. (2) Ley 10. tit 28. lib. 11. Nov. Rec. (3) Nota 1 del tit. 28. lib. 11. Nov. Rec.

(*a*) Si esta ley se observase como debia, se excusarian las vejaciones que padecen muchos infelices por los Ministros de justicia, que como solo tratan de cumplir el auto del Juez, prescinden de circunstancias, que en muchos casos harian suspender la execucion. Estas diligencias en el modo que se practican, siempre son terribles para una familia honrada que no paga sus deudas, porque realmente no puede. Si se practicasen con asistencia de los interesados, estoy bien seguro que no podrian ver con indiferencia el llanto, y el desconsuelo de una muger, y unos hijos á la presencia de un padre afligido, que tal vez ha contraido aquella deuda para sustentarlos. Que interes tendrán un Escribano y un Alguacil en aliviar la suerte de estos infelices? ni que

que no se haga en dias festivos, ó colendos, por estár prohibído, á ménos que el deudor sea sospechoso de fuga, que entónces la necesidad lo dispensa, ni tampoco en los feriados, excepto que en el contrato haya renunciado el deudor el beneficio, que en éstos le concede el derecho, como antiguamente se hacia en las Escrituras; bien que muchos afirman, que en los juicios sumarios no se entienden exceptuados los dias feriados, y que por consiguiente se puede hacer en ellos la execucion, sobre lo qual vease á *Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 4.* pero no se practica, excepto que preceda habilitacion de unos, y otros dias con causa, y así no lo debe hacer el Escribano sin este requisito. El II.° que pudiendo ser habido el deudor, se le requiera con el mandamiento executivo, para que pague la cantidad porque se despachó, y no pagandola, que señale bienes en que trabar la execucion, y se trabe en ciertos, determinados, y suficientes á cubrir la deuda, su décima, y costas, y no general, é indistintamente en todos los del deudor, sin especificar los que son (1).

122 Y el III.° que la traba se haga precisamente en bienes muebles, en los quales se comprehenden los semovientes segun derecho (2), aunque la ley recopilada no hace mencion de éstos: no habiendolos, en los raices, y á falta de todos en las deudas, derechos, y acciones del deudor, no estando pactado lo contrario en el contrato, cuyo orden se requiere por forma segun la ley 12. tit. 28. lib. 11. Nov. Recop. que dice: *Porque por no estár declarado por leyes de estos Reynos la forma que se ha de tener en las execuciones*::: sigue especificando el orden referido, y mas abaxo dice: *Y por esta forma se haga la execucion* ::: &c. de modo, que si se invierte esta legal forma como substancial, se vicia el acto, y puede apelar el executado, pues no se debe exceder, ni pasar de una cosa á otra diversa, mas no apelando, queda firme, y no se anula (3). Tampoco se anula quando se traba

arbitrio tienen para hacerlo? No es así con la parte interesada. Ella podria entrar en composicion con el deudor, ó darle esperas, ó tomar otros medios que le dictase la humanidad en ciertas circunstancias. El Escribano y el Alguacil, no son en el concepto de la ley mas que unos auxiliares del acreedor.

(1) Ley 1. Cod. de Jure dominii impetrand. Bald. in leg. ult. in fin. Cod. de Bonis authorit. judic. possidend. glos. in leg. Properandum, §. Sin autem reus, Cod. de Judic. Paz tom 1. part 4. cap 2. n. 28. Parlad. lib. part. y cap. cit. §. 3. n. 60 y fin. (2) Ley Moventium, ff. de Verbor. signification. y ley 10. tit. 33. part 7. (3) Ley Cum il, §. Si prætor, ff. de Transact. y ley 1. §. Si quis ita, ff.

indistintamente en dinero perteneciente al deudor, y depositado, ó existente en poder de otro, ó en réditos, ó pensiones annuas (1). Pero si el fisco executa por sus rentas, no se observa el órden expuesto, como en el núm. 127. del cap. 3. de este libro diré.

123 Este órden legal de hacer la traba (que algunos dicen no es de los substanciales, sino de los que miran á la solemnidad, y que por lo mismo, aunque se invierta, no se vicia el acto, porque se debe atender á la verdad del hecho) se entiende, quando la obligacion es meramente personal, ó general hipotecaria, pues si fuere hipotecaria especial solamente sin embargo de que el acreedor pida la execucion contra todos, y qualesquiera bienes de su deudor, y se despache asi, se debe trabar en los especialmente ligados, y afectos á su responsabilidad. La razon es, lo primero, porque se presume son suficientes para la solucion de la deuda. Lo segundo, porque por el hecho de haberse contentado con ellos el acreedor para su seguridad, es visto haber querido que en ellos se trabase. Y lo tercero, porque no obstante que por derecho antiquísimo (2) el acreedor que tenia hipoteca especial, y general en los bienes de su deudor, podia trabarla en los que mas bien le pareciesen, sin hacer excusion en los especialmente gravados, segun disposicion posterior se ha moderado aquella, y asi se debe hacer la traba en las hipotecas especiales, por las dos razones expuestas, y porque de lo contrario se puede irrogar perjuicio á otro de inferior grado, á quien no estén sujetas que de equidad se le debe evitar, ó al tercero que los posea, y además se debe observar el órden de la obligacion (3): asi se prueba de la ley 2. *Cod. de Pignorib.* Si luego apareciese que no son suficientes, se puede ampliar la execucion, y embargo á otros bienes á instancia del acreedor, y asi se practica en esta Corte; pero si la Escritura contiene tambien la obligacion general, y la execucion se despacha contra el que la otorgó, se deberá trabar en sus bienes muebles, y demás con arreglo á la ley, é igualmente en los especialmente afectos á la responsabilidad del

de Verb. obligation. y cap. Cum dilecta 29. de Rescript. Rodrig dicho cap 5. n. 29. Parlad. §. 3. cit. nn. 4. y 5. Cur. Philip. ilustr. part. 2. § 15. n 16.

(1) Carlev. tit. 3. disp. 2. n. 5. Parlad. ibi. nn. 44 y 45. (2) Ley Coeditoris arbitrio 8 ff de Distract. pignori. (3) Rodrig ibi, n. 30. Molin. de Primog. lib. 4. cap. 7. n. 2. y sig. Negusanc. de Pignor. membr. 2. part. 5. n. 51. Covar. lib. 3. Var. cap. 18. Paz tom. 1. part. 4. cap. 4. n. 5.

débito. Lo mismo procede quando se despacha en virtud de sentencia, pues se debe trabar en las cosas en ella contenidas, y no en otras, sin exceder, ni pasar de una á otra (1), como queda sentado, porque versa identidad de razon; bien que en uno, y otro caso si la execucion se despacha contra todos, y especial, y señaladamente contra los especialmente hipotecados, aunque se trabe en todos, no se anulará, porque lo que abunda, no daña, y la ley Real ni habla de estos casos, ni por consiguiente prohibe que se practique de esta suerte, en inteligencia de que el mandamiento executivo esté expedido en los términos propuestos.

124 Puede hacerse la traba de execucion en muchas alhajas, ó bienes del deudor, nombrandolos individualmente en la diligencia, lo qual es lo seguro, ó en una sola á voz, y nombre de los demás que aparezcan pertenecerle al tiempo del remate, segun en esta Corte, y en otras partes se practica, porque no hay legal prohibicion; bien que esto es peligroso por lo que en el núm. 127. diré; y aunque lo regular es, que el deudor, si está presente, nombre, y señale los bienes en que se ha de hacer, y si no quiere señalarlos, se le ha de compeler á ello, y prenderle, pudiendo ser preso por deuda civil (2); no obstante, si no se dexa ver, tiene facultad el Alguacil, ó el Executor de trabarla en qualesquiera que halle en su casa, porque segun derecho (3) se presumen suyos, mientras su dueño no haga ver al Juez que no lo son, por cuya razon, y porque la ley no habla de este caso, ni por consiguiente hay prohibicion, no se debe anular la execucion por no haberlos manifestado el deudor. En este último caso, y en el de que el acreedor los nombre, como puede, y no en otro, se debe hacer la traba *por cuenta, y riesgo de éste*, y expresarlo asi en la diligencia, para que si tocan á otro, como lo ignoran los Ministros, no se les impute á culpa su invencible ignorancia: de este modo no deberán ser condenados en las costas causadas por declararse nula la execucion por este

(1) Ley 47. tit. 18. y ley 3. al fin. tit. 27. Part. 3. Salg. de Reg. part. 4. cap 9. n.3. y cap 10. n.33. (2) Paris de Puteo de Syndic. verb. *Executio*: per glos. in leg penult. ff. de Cesion. bonor. Felin. in cap. Quod consultationem, de Re judicat. Paz tom.1. part.4. cap.7. n.5. (3) Ley Bonorum appellatio, de Verbor. signific. ley Actor, Cod. de Probat. ley Extat.25 ff. de Jure fisci, ley fin. Cod. de Reivind. ley Qui accusare, Cod. de edendo, ley 1. Cod. de Alienatione judicii mutante, y §. Retinendæ. Institut. de Interdict.

vicio ; pero si el deudor los señala , se omitirá dicha expresion, para que no sea gravado el acreedor. El Alguacil puede entrar en casa del deudor , y hacer la traba , y embargo quando se oculta , ó no parece , una vez que le abran la puerta espontaneamente , pero no allanarla con violencia sin expresa órden judicial , pues asi se practica en esta Corte , porque la ley no lo prohibe , y aunque el executado le manifieste recibo simple de haber pagado al executante el todo , ó parte de la deuda , no debe admitirselo , ni dexar de hacer el embargo , y demás diligencias , porque carece de facultad para ello : en este caso debe decirle , que lo presente á su tiempo al Juez , que es el que conoce , y debe conocer de si es , ó no legitimo con audiencia del executante.

125 Formando concurso de acreedores el executado , si como suyos incluye en el memorial , y se embargan algunos bienes existentes en su poder por via de depósito , ó en otra forma semejante , pertenecientes á otro , ó se trabó en ellos la execucion , debe acreditarlo la persona á quien pertenezcan ante el mismo Juez del concurso , y como uno de los acreedores seguir con los demás su derecho sobre la prelacion por razon de dominio en los que ignorantemente se le seqüestraron en inteligencia de ser propios del concursante (1).

126 Despachandose la execucion contra el fiador , puede nombrar , ó señalar bienes que tenga en su casa , ó fuera de ella el principal deudor , en que se trabe (2) , y resultando ser agenos debe el Juez oír breve , y sumariamente á su dueño , entregarselos , precedida justificacion de su pertenencia , y hacer nuevamente la execucion en otros del deudor , como se prueba de la ley 3. tit. 27. Part. 3. que dice : *E si por aventura en cumpliendo el juicio , acaeciese contienda sobre las cosas que tomaban para facer la entrega , diciendo algunos que eran suyas , ó que habian derecho en ellas , é non de aquel contra quien fué dada la sentencia: estonce debe el Juzgador llanamente saber verdad , si es como dicen; é si fallare que es asi , debe dexar las cosas , é cumplir el juicio en*

(1) Ley Si ventri §. §. In bonis, ff. de Privileg. creditor. ley Si hominem, § Quoties, ff. Depositi, y ley Si pater, Cod. de Cesion. bonor. Salg. part. 1. Labir. cap. 11. n. 106. y sig. (2) Olea de Cesion. jur. tit 5. q. 5 n. 43. Castill. lib 4. Controv. cap. 14. n. 29. Noguerol allegat. 21. Parlad. dicha part. 5. y § 3. n. 59.

las otras del vencido que fallâre que son sin contienda. Pero el Alguacil no debe dexar de embargarlos, y depositarlos, aunque el mismo deudor, y el que se titula dueño digan ser de éste, porque como mero executor carece de potestad para declarar á quién tocan, y entregarlos; y asi se han de inventariar con separacion, y especificacion, poniendo en la diligencia lo que ocurra, y se exprese por su dueño, ó por el executado.

127 La traba de execucion es propiamente embargo que se hace de los bienes del deudor, para asegurar la deuda, mediante no haberla satisfecho al tiempo que se le requirió con el mandamiento executivo, (como pudiendo ser habido, debe hacerse) pues pagando, se acaba el juicio. Si se hace en una alhaja en voz, y nombre de las demás, lo qual no apruebo, porque se dá lugar á que el deudor oculte bienes mientras se substancia el juicio, y que la sentencia de remate no se puede dar, ó sea ilusoria, ó especialmente en algunas, se puede mejorar ó ampliar en qualquier estado de la causa á instancia del acreedor, como queda expuesto, ya sea porque no le parezcan suficientes, ó porque presuma que las embargadas toquen á tercero, á cuyo fin en la diligencia de traba se debe poner por via de precaucion la protesta de *mejorar la execucion, ó ampliarla en qualquier estado del pleito siempre que convenga, y lo pida el acreedor*, pues asi lo practican los inteligentes.

128 Dirigiendose la execucion contra tercero poseedor, que no es heredero, ni trae causa del que contrajo la obligacion hipotecaria, v. g. el de mayorazgo afecto á un censo que otro de diversa linea impuso, se ha de trabar en la alhaja gravada, y no en los bienes libres privativos del tercero, ni en los de otro mayorazgo que posea, y no estén obligados, ni en sus rentas, y no haciendose en esta forma, es nula la execucion por el vicio con que se trabó, y opuesto éste, se volverá al estado primitivo que tenia ántes de trabarse. Pero si se trabáre en ellos, y en la misma hipoteca, no se anulará, porque lo útil no se vicia por lo inútil, y asi quedará seqüestrada ésta, y los demás bienes se desembargarán al instante que se pida; lo qual obtuve, y executorié en pleito que seguí, y prevengo al Escribano para que no cometa semejante absurdo, porque este poseedor ni constituyó obligacion personal, ni la tiene de responder con otros bienes que con los

especialmente hipotecados por no ser heredero, ni traer causa del que contrajo la hipotecaria.

129 Pero ya se haga la traba en la forma prescripta en el núm. 127. ó en los bienes que se encuentren pertenecer al deudor, se deben inventariar todos con especificacion, claridad, é individualidad, depositar á presencia de tres testigos en persona lega, llana, y abonada del Pueblo, y no llevarlos á su poder el Alguacil, ni dexarlos en el de el deudor, porque lo prohibe la ley (1). El Alguacil puede apremiar á la que tenga las qualidades referidas, á que los reciba en depósito entregandoselos sin perjuicio de su derecho, si por custodiarlos se le causa algun daño, porque el ser depositario judicial es carga que á todos comprende, y deben sufrir por el beneficio público, pues de lo contrario se quedarian los acreedores sin poder cobrar sus créditos, y los deudores consumirian los bienes embargados. Si son raices, ó juros, censos, ú otros efectos redituables, no hay que hacer depósito formal, excepto que sea de los frutos que tengan pendientes, y redituen, y lo que se debe practicar, es: *Requerir á los arrendatarios, y demás que deban contribuir con sus rentas al deudor, las retengan á ley de depósito á órden del Juez que conoce de la causa, ú otro competente, y no las entreguen á persona alguna sin su mandato, baxo la pena de volverlas á pagar de su caudal no lo cumpliendo*, cuyo requerimento han de firmar los requeridos, si saben, acreditar con recibos lo que pagan, y están debiendo, anotandose por el Escribano al pie de ellos; de modo, que se traba la execucion en la alhaja, y se mejora en sus alquileres, réditos, y pensiones, y así á estos como al depositario de los muebles, debe dar testimonio expresivo, é individual del embargo, si se lo piden, para su resguardo sin necesidad de auto judicial.

130 Tambien puede el Alguacil entregarlos al acreedor, no en concepto de tal, sino en calidad de depósito, otorgandolo á órden, y disposicion del Juez que conoce de la causa, sino halla depositario de las qualidades referidas, pues no hay prohibicion legal, ó si no, hacer que aquel por su cuenta, y riesgo busque quien lo sea, lo qual expresara el Escribano en la diligencia, haciendo que la firme para que se sepa que lo eligió, y en ello se portara de suerte, que ni él, ni el Alguacil queden descubiertos,

(1) Ley 1. tit. 30. lib. 11. Nov. Rec. Rodrig. dicho cap. 5. n. 31.

pues en estas diligencias, y otras semejantes ambos están expuestos.

131 Manifestando la muger del deudor su carta de dote si es legítima, por concurrir en ella las circunstancias expresadas en el cap. 4. de mi primera parte §. 2. núm. 50, si su importe iguala, ó excede al débito, y debe ser preferida á éste por los motivos allí expuestos, y que expondré en el cap. 3. de este libro núm. 88. se la ha de nombrar depositaria de los bienes executados, con obligacion de responder de ellos, y tenerlos á disposicion del Juez de la causa, y no hacerle la extorsion de sacarlos de su poder, respecto de que en contradictorio juicio ha de ser pagada en ellos ántes que el executante; lo qual se entiende, ya esté, ó no amparada, como en esta Corte se practica, porque el amparo ningun vigor, ni prelacion la dá, y solo sirve para que los executores no toquen á los conocidos de la muger, que consten en el instrumento dotal, y existan. Pero no siendo legítima la dote, ó aunque lo sea, si la muger está obligada con su marido en el contrato executivo, ó éste debe ser preferido al dotal, no se la ha de constituir depositaria de ellos, ni tampoco quando manifiesta instrumento; v. g. una hijuela, ó adjudicacion en que constan los bienes parafernales que adquirió despues de casada, porque estos no son tan privilegiados como los dotales, y el acreedor tal vez será preferido á ella por su credito.

132 Hecha la traba, se ha de notificar al deudor en persona pudiendo ser habido el estado de la execucion, ya esté ó no preso, y haya dado, ó no la fianza de saneamiento, sin que el acreedor necesite dar pedimento, pues es visto contener el mandamiento executivo virtualmente la circunstancia de hacersela sin nueva providencia, en aquellas palabras: *hacedla conforme á derecho.* Además de no prohibirlo la ley, es diligencia subsidiaria, y consiguiente á la traba, y util al acreedor, porque le escusa de gastos y dilaciones; bien que lo mejor es que en el mismo mandamiento se ordene, para evitar dudas, al modo que se hace en las requisitorias de execucion, que son para lo mismo. Si no parece, se debe hacer saber á su muger, hijos, criados, ó vecinos mas cercanos (1); para lo qual, precedidas tres diligencias en su busca, como en el juicio ordinario para la citacion, ha de acu-

(1) Leyes 14. cerca del fin, y 17. tit. 30. lib. 11. Nov. Rec. Rodrig. ibi, n. 32.

dir el executante al Juez, haciendoselo presente, y pretendiendo se le dexe memoria por escrito con expresion de los efectos de la notificacion, á lo que debe deferir, y el Escribano se la ha de dexar, expresando en el borrador y nota que ponga en los autos, el nombre, y apellido que dixo tener la persona á quien la entregó, quién era, y á qué hora se la dió, para que desde ésta le pare el perjuicio que haya lugar, cuya hora pondrá tambien en la memoria.

133 No pagando el deudor la cantidad por que se le executó dentro de setenta y dos horas siguientes á la en que se le notificó el estado de la execucion, (que son tres dias naturales) incurre en la pena de satisfacer la décima parte mas (1) en donde hay estilo de exîgirla, y no de otra suerte, y si mostrare contenta del executante dentro de viente y quatro horas, ó depositare llanamente dentro de ellas la deuda en persona lega, llana, y abonada ante un Alcalde, y por su ausencia ante un Regidor, y no ante otra persona, haciendose saber á su costa el depósito al executante dentro de tercero dia, está libre de pagar décima, y otro derecho de execucion, no habiendo obligacion de hacer la paga en algun lugar particular, mas no, si la hay (2). Pero por esta contenta, ó recibo de haber pagado que manifieste á los Ministros executores, no han de suspender la traba ni demás diligencias, porque no les toca conocer si es, ó no legítimo, y debe producirlo á su tiempo en juicio, pues si se verificase ser legítimo, y que el acreedor pidió indebida, y maliciosamente le condenará el Juez en las costas, y décima. La paga del débito ha de ser real, efectiva, lisa, y llana, para no incurrir en la pena de la décima, pues aunque consigne, y deposite dentro del término referido su importe, si contradice su entrega, y pide los autos, pretestando tiene que excepcionar, y probar, no se exîme de su satisfaccion, á ménos que pruebe excepcion que elida la execucion; y la razon es, porque la consignacion con esta qualidad no es la paga que se solicita, sino solamente seguridad de ella, y así se le habrá por opuesto por el mismo hecho, y encargarán á ambos litigantes los diez dias de la ley, sin que haya necesidad de citarle de remate, como á mi instancia se executorió en pleito que seguí, pues con la consignacion qualificada se que-

(1) Ley 17. tit. y lib. dichos. (2) Leyes 15. y 16. tit. 30. lib. 11. Nov. Rec.

dan el deudor, y el débito en el mismo estado que tenian ántes de hacerla, y los autos en su fuerza, y vigor para su prosecucion, hasta que por la sentencia se terminen; lo que es al contrario haciendose llanamente, pues en este caso se comunica al acreedor, y éste en su vista pide se le entregue el dinero consignado baxo de resguardo, y se acaba la via executiva, y el motivo de continuarla con el reintegro de su deuda. Lo mismo procede quando al tiempo de requerirle con el mandamiento de execucion los ministros, les paga la cantidad por que se despachó, y contradice su entrega al acreedor, pues no se han de suspender las diligencias, ántes si proseguirse del mismo modo que si no la entregára, lo que tendrá presente el Escribano.

134 Para que el executado mayor de 25. años no alegue ignorancia, tiene obligacion el Escribano de hacerle saber la referida pena al tiempo que le notifica el estado, apercibiendole con ella, y con las costas, si no paga la deuda en el termino de las 72. horas; y asimismo la tiene de expresar en la notificacion la hora en que se la hace: no practicandolo así, debe pagar al acreedor el daño que se le cause, y es nula la execucion (1) Lo propio debe hacer en la memoria, ó cédula que le dexe quando no pudo ser habido, como queda advertido al fin del n. 132. pero si en el Pueblo no hay estilo de exîgir la décima, no ha de mencionarla en la notificacion.

135 Le ha de preguntar al mismo tiempo: *Si dá, ó no los pregones de la ley por dados, y quiere gozar de su término, ó que se den, ó si los renuncia con su término tambien*, y poner la respuesta que dé; bien entendido, que si responde que los renuncia, y tambien su término, debe hacer que firme la diligencia, y si no quiere, ó no sabe escribir, decirle que haga la renuncia del término por pedimento ante el Juez, y de esta suerte queda á cubierto el Escribano, y no puede alegar el executado que es supuesta la renuncia del término; pero en quanto á la de los pregones, protestando gozar de éste, bien puede admitirsela el Escribano, aunque no firme, porque de ello no se le sigue perjuicio, ántes sí beneficio en evitar los gastos de darlos, si dentro de él paga. El menor, y los que gozan del privilegio de menor edad, no pueden renunciarlos, por estarles prohibido renunciar los be-

(1) Ley 14. tit.30. lib.11. Nov. Rec.

neficios que les concede el derecho (1), y así interviniendo estas personas, no se deben omitir los pregones, para evitar la nulidad que por su defecto puedan alegar.

136 Los bienes executados se deben vender en pública subasta, ó almoneda por pregones, segun la ley, y estos han de darse luego que se hace la traba, y notifica el estado de la execucion, no habiendolos renunciado el deudor, como puede, pues á ninguno está prohibido renunciar lo que está establecido en su privativa utilidad (2), y deben ser tres en esta forma. Si son raices, en cada nueve dias uno, de modo que se pasen treinta dias, los veinte y siete que han de mediar en tres nueves de pregon á pregon, y los tres en que estos se han de dar: si son muebles, en nueve dias, cada tres uno (3), con los quales componen doce, pues la práctica ha introducido que los dias en que se dan, no se cuenten, y en los pregones se han de especificar los bienes que se venden, y las posturas que se hacen á ellos, como tambien en los carteles, ó edictos que se fixen. Si la execucion se despacha contra derechos, y acciones, se han de dar de tres en tres dias, en caso de que estas pertenezcan á bienes muebles, y si á raices, de nueve en nueve, porque las acciones siguen la naturaleza de los á que competen, y se juzgan por las propias reglas (4): todos los en que se dén, han de ser utiles, y no feriados, ni colendos, pues dandose en estos, son nulos, por estar prohibido en ellos todo juicio civil sin causa urgente, como tengo expuesto en el cap. 1. de este libro n. 12. Lo mismo digo de los en que se fijen edictos, ó cédulas para la venta, ó para emplazar, ó llamar judicialmente en causa civil á parientes, acreedores, ú otros, y de ello se debe poner fé expresiva, é individual en los autos. Pero si la deuda es fiscal, ó de casos de hermandad, se han de pregonar los bienes raices por solos nueve dias tambien utiles, en cada tres un pregon, y los muebles por tres, en cada uno el suyo (5), y aunque de lo expuesto se deduce que los bienes se deben valuar primero que se pregonen, é inmediatamente que se notifica el es-

(1) Ley 5. tit. 19. Part. 6. (2) Ley Si quis in conscribendo 29. Cod. de Pactis. (3) Ley 19. dicho tit. y lib. (4) Ley Qui actionem, ff. de Reg. jur. ley Si legatum, §. Si quis bona, y ley Secundum, §. Diversa, ff. ad Senat. Consult. Trebellian. ley Id apud 143. ff. de Verbor. signific. y ley Rem in bonis 52. ff. de Acquir. Rer. domin. Pariad. lib. 2. Rer. cap. fin. part. 5. § 3. n. 15. Olea de Cession. jur. tit. 2. q. 1. n. 30. (5) Leyes 4. y 8. tit. 24. lib. 7. Nov. Rec.

tado de la execucion, pues ignorandose su valor, nadie se moverá á hacer postura, no se observa en esta Corte, porque durante el término de los pregones, y el de los diez dias, podrá tal vez el deudor facilitar el pago de la deuda, ó acreditar no serlo, y no es justo gravarle con expensas de tasacion, y pregones inútiles; y asi hasta que la causa se sentencia de remate, ni se tasan, ni pregonan, sin embargo de lo que dispone la ley, cuya práctica como mas equitativa, y arreglada, es la que observaré en la extension de las diligencias de este juicio. Los pregones se deben dar á las puertas del Oficio del Escribano originario, ó de la Audiencia, ó en los parages públicos que haya costumbre en el Pueblo, para que llegue á noticia de sus vecinos, pues la ley ninguno señala, y aunque el Pregonero es persona pública, y por esta razon parece bastaria su certificacion jurada, y expresiva de quantos dió, y en qué dias, y parages, mejor es que los presencie el Escribano para que pueda dar fé de ello, los estienda en los autos con separacion de cada uno, y no se dude de que se dieron, pues asi se practica en esta Corte, porque en el Pregonero ninguna autoridad reside como en el Escribano, y por consiguiente no hace la fé que éste.

137 Existiendo el executado con sus bienes en otra jurisdicion, ó en Pueblo diverso de el del juicio, aunque sea de la misma, se han de dar quatro pregones, el primero en el lugar en que habita, y los demás en el del juicio (1). Si se dan en menor tiempo que el mencionado, es preciso que se vuelvan á dar de nuevo, no obstante que para ello intervenga consentimiento del executado, en cuyo caso es nula la execucion; mas nó, dandose en mayor (2).

138 Quando se trabó la execucion en bienes muebles, y raices, se deben dar los pregones en los treinta dias prefinidos para éstos, sin ser necesario darlos tambien en los nueve de aquellos, porque en el término mayor se incluye, y comprehende el menor. Si se mejoró, ó hizo de nuevo en otros, que no se pregonaron, es indispensable hacer con ellos lo que con los primeros, segun sean (3). Si se trabó en muebles, y amplió, ó mejoró en raices, se han de dar en los treinta dias, porque esta mejora es conti-

(1) Ley 13. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec. Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 8. n. 6. (2) Covar. lib. 2. Var. cap 11. n. 3. Parlad. §. 8. cit. nn. 7. y 8. Rodrig. dicho c. 5. n. 81. (3) Cur. Philip. part. 2. § 18. nn. 5. y 6.

nuacion de la traba, ó embargo, y es lo mismo que si se principiára por ellos, pues lo mas digno atrae á sí lo menos digno, por lo que en ninguno de los casos en que hay bienes raices, basta pregonarlos solamente en los nueve dias; todo lo qual se entiende aunque se haya trabado en una alhaja en voz, y nombre de las demás que se embargáren, y parecieren pertenecer al deudor al tiempo del remate, porque como los pregones se dirigen á que llegue á noticia pública la venta, y á llamar á los compradores para que hagan postura, y mejora en los bienes executados, sino consta especialmente quáles son, y sus tasas, mal podrán moverse á comprarlos, ponerles precio, ni pujarlos.

139 No obstante que el executado renuncie como puede, y dé por dados los pregones, es preciso que se pase su término, sino lo renunció tambien (1), porque la ley 12. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec. lo pone por forma, segun se prueba de sus palabras, ibi: *Y dados los pregones*; lo qual procede, aunque se omita la protesta referida en el n. 135, porque ésta se pone por estilo, y para desvanecer qualquier escrúpulo que puede ofrecerse, y todo motivo de cabilacion maliciosa, y dilatoria, y así por carecer de ella, no dexará de pasar el término, ni la execucion se anulará. Los dias de término se deben contar, como si se dieran los pregones, y por consiguiente han de ser utiles todos los treinta, respecto querer gozar de ellos el executado y es lo que se practica en esta Corte.

140 No deben darse quando la execucion se trabó en dinero existente en poder del deudor, ó está depositado en el de un tercero, porque como no se ha de vender, ántes bien con él se ha de hacer pago al acreedor que lo pretende, cesa la razon de la ley, y por consiguiente su precepto, que se dirige á los bienes vendibles; y así se le ha de citar de remate luego que se le notifique el estado de la execucion, sin preguntarle si los dá, ó no por dados, para que se oponga á ella, excepcione, y pruebe en el termino legal lo que le convenga, y seguirse la via executiva en igual forma, á excepcion de la subasta y pregones. Lo mismo debe practicarse por idéntica razon, quando la obligacion del executado es de pagar en especie determinada, v. g. trigo, aceyte, &c. y la execucion se trabó en ella, porque en la propia especie se ha

(1) Paz part 5. Prax. cap. 2. n. 39. Rodrig. cap. 5. y n. 81. dichos Covar. ibi.

de hacer el pago (1), y así no hay que que dar pregones, respecto de que no ha de haber venta, ni en la sentencia se debe mandar *que se haga trance, y remate de los bienes executados, sino que se vaya por la execucion adelante, y con los bienes executados se haga pago al acreedor*, porque lo contrario seria un error.

141 Si no hay Pregonero en el Pueblo como en muchísimos sucede, basta fixar edictos, ó cédulas en los parages publicos de el del juicio, y de el en donde están sitos los bienes executados, en los dias utiles expresados, poniendo el Escribano, ó Escribanos respectivos fé de su fijacion en los autos con insercion literal de la cédula, y especificacion de los sitios en que se fijaron, celebrandose publicamente á su tiempo con la solemnidad legal, y sin fraude la venta, y remate ante el Juez del Pueblo del juicio, si alli existen (2), y si no, en virtud de su especial comision, y no de otra suerte, ante el del territorio en que estén.

142 No solo se ha de hacer la traba, y notificar al deudor el estado de la execucion, sino que ántes, ó despues de notificarselo debe requerirle el Alguacil que afiance de saneamiento de los bienes executados, aunque sean raices, y que no lo haciendo le pondrá preso (3); y aunque parece muy duro, y rigoroso que al que tiene bienes para pagar, se le prive de su natural libertad, no se debe dispensar al que no sea privilegiado, porque así lo manda la ley, á fin de evitar el daño del acreedor si los bienes no son tal vez de el deudor, ó aun quando lo sean, si se hallan gravados con otras deudas anteriores, y así no lo omitirá el Alguacil, porque se expone á ser condenado, ó multado; advirtiendole que no basta que dé caucion, porque ésta es una nuda promesa sin prendas, ni fianza (4). Si se le manda darla *plena, y suficientemente*, debe asegurar con bienes, ó fiadores abonados (5). Esta fianza es de substancia del juicio, segun se prueba de la ley 12. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec. que dice: *Mandando por él* (habla del mandamiento de execucion) *que se haga la execucion en bienes muebles, y á falta de ellos en bienes raices, con fianzas de sanea-*

(1) Ley A Divo Pio 15. § Sed etsi pecunia 11. y §. Præterea pecuniam 12. ff. de Re judicat. Carlev. de Judic. tit. 3. disp. 2. n. 1. Cur. Philip. Pá n. 8. (2) Avendañ de Ex-quend. mandat. part. 2. cap. 12. n. 2. vers *Et advertè* Parlad. dicho §. 8. n. 5. Rodrig. ibi n 80. vers. *Nec etiam.* (3) Baez de Inope debitore, cap. 1 n. 27. Parlad. lib 2. cap fin. part. 5. §. 5. n. 1. Rodrig cap. 5 cit. n 33 (4) Ley Sancimus, Cod de Verb. significat. (5) Ley Si mandato Titii 57. ff. mandati.

miento, y que en defecto de las dichas fianzas sea preso el deudor. Debe ser dada por sugeto lego, llano, y abonado, que no goce de fuero y sea facil de ser reconvenido, y por consiguiente que exîsta en el Pueblo del Juicio, ó al menos dentro de la Provincia, y no en otra, y asi ha de tener bienes conocidos, y no ser Clérigo, Noble, Soldado, Muger, Menor, ni otro privilegiado (1), ni tampoco Labrador, sino por otro Labrador (2); y asegurar *que los bienes executados son libres, y propios del deudor, y serán suficientes al tiempo del remate para la satisfaccion del principal, decima, y costas; y en su defecto obligarse á satisfacerlo todo, ó lo que falte con los suyos, hecha previa excusion en los del deudor; y no lo haciendo, que le apremie á ello por todo rigor de derecho, y via executiva del Juez de la causa.* De esta fianza, sus efectos, quién debe, ó no recibirla, y cómo se ha de estender, traté con bastante difusion, y claridad en el cap. 7. de mi primera parte, §. 5. n. 136. y §. fin. n. 182. en donde podrá instruirse el principiante; previniendo que de ella se ha de hacer protocolo, y poner copia en los autos, y no estenderse *apud acta* con ellos, porque la ley manda que de todos los instrumentos se haga. El fiador idóneo no ha de estár preso durante la execucion del principal.

143 Sin embargo de que esta fianza es de substancia del juicio executivo para que no quede ilusorio, y no dandola el executado, ha de ser preso, aun quando presente testigos que aseguren que los bienes son suyos, ó constituya la de la *Haz*, ó de estár á derecho (3), de que tambien traté en dicho capitulo, y §§. el Alguacil no debe remitirla, ni en su defecto dexar de prenderle, ya sean muebles, ó raices sus bienes, por las razones expuestas en el número anterior, excepto en el caso que expresaré en el 167, porque de no hacerlo se expone á ser condenado al pago si luego salen fallidos en todo, ó parte, como lo vi executoriado en esta Corte, reservandole, y al Escribano la repeticion contra el deudor. No obstante, aunque el Escribano no es para

(1) Ley Fidejuss. 2. ley Si Fidejuss. 7. §. Si necesaria: ley D. die 8. §. Qui mulieren: §. Tutor: y § Jubet, ff. Qui satisdare cogunt. ley Milites, Cod. de Locato y ley 2. tit. 12. Part. 5. Rodrig. ibi. Jul. Clar. Pract. criminal. § fin. q. 46. n. 13. Addict. decis. 137. Parlad. dicho § 5. n. 4 al 7. (2) Ley 8. tit. 19. lib. 7. : 7. tit. 14. lib. 10. y 16. tit. 31. lib. 11. Nov. Rec. (3) Parlad. part. 5. dicha, §. 6. n. 7. Cur. Philip. part. 2. §. 17. n. 2.

otra cosa que para autorizar qualquiera acto que presencie, como testigo de execucion con autoridad pública, y real, á fin de que no se dude de él, para que le aconseje lo que ha de practicar, y ninguno de los dos quede en descubierto, debo prevenirles que hay personas, que si no dan la citada fianza, han de ser presas: hay otras, que absolutamente hablando, ni deben darla, ni por consiguiente ser encarceladas por deuda puramente civil; y hay otras, que tampoto deben darla, ni ser presas, ni reconvenidas por mas de lo que puedan pagar, porque gozan del beneficio que llaman de la competencia.

144 Las que deben darla, y de lo contrario ser presas, son todas las que no gozan del privilegio de nobleza, ú otro que de ello las exima, ya sean mozas, ó ancianas, porque la ley 12. citada, habla indistinta, y absolutamente, y á ninguna edad exceptua; pero esta prision no se debe entender rigurosamente como suena, quiero decir, que no se ha de afligir, ni molestar al deudor con prisiones, sino solamente detenerle en la carcel sin ellas hasta que pague, ó se le mande soltar: lo contrario, ademas de ser injusto, porque la carcel no fué establecida para castigar, sino para custodiar á los presos mientras se substancian, y determinan sus causas, está prohibido por la ley 8. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec. bien que acerca de lo que sobre esto pasa en los Pueblos, especialmente si intervienen resentimientos, hay mucho que decir, y mucho mas que corregir, pues llega el tiempo de la venganza, y se presenta la ocasion para usar de ella á medida del deseo.

145 No deben ser presas por deuda puramente civil, ni por consiguiente están obligadas á dar fianza de saneamiento las que gozan del citado privilegio, pues están exceptuadas por la referida ley 12. que dice: *Mandando por él* (habla del mandamiento) *que se haga la execucion en bienes muebles, y á falta de ellos en bienes raices con fianzas de saneamiento; y que en defecto de las dichas fianzas sea preso el deudor, no siendo tal que conforme á las leyes de estos Reynos no pueda ser preso por deuda*::: y son los hijosdalgo, y nobles, constando serlo, y estár recibidos por tales en el Pueblo del juicio, ó en el que habitan. Pero lo podrán ser, si la deuda procede de delito, ó quasi delito, ó por ocultacion probada de sus bienes, y alzarse con ellos, ó por pechos, y derechos pertenecientes al Rey, y no á otro, ó por rescate suyo, y de sus

consanguineos cautivos (1), ó por haber negado ser nobles al tiempo del contrato, pues por el engaño no les sufraga el privilegio para aquel caso, ántes bien le quebrantan, y el que niega la qualidad, ó privilegio concedido á su persona, lo pierde (2), ó por dimanar el débito de mala, y fraudulenta administracion de tutela, si se prueba, porque es delito (3), ó por cometer hurto, ó exercer algun oficio vil, pues mientras lo usan, se consideran en la clase de viles (4), ó por ser hijos espurios, á los quales, aunque su padre sea noble, no compete el privilegio de nobleza, ántes bien son reputados por infames (5), pero los nacidos de legítimo matrimonio, y los naturales reconocidos por su padre gozan de él (6), ó por cometer infamia, pues el que se hace infame pierde todos los honores que obtenia, y no puede obtener otros, si se le prueba la infamia (7), ó por fiar á alguno en causa criminal por la condenacion aplicada al fisco, y no á la parte; bien que sobre esto hay variedad de opiniones, y la negativa es la mas segura en mi concepto, porque aunque este débito dimane de delito, no lo ha cometido el fiador, que es del que habla la ley, y así debe ser personal. Aunque algunos interpretando á su arbitrio la citada ley, dicen que ésta exime al noble de la prision por la deuda, mas no por dar la fianza, no debe seguirse esta voluntaria interpretacion por ser contraria á la misma ley, pues en este caso se verificaria que no debiendo ser preso por lo principal, que es la deuda, lo era por lo accesorio, que es la fianza, ó seguridad de ella, que se constituia en este caso igual al plebeyo que debe ser preso, si no la da, y que de consiguiente de nada le servia su privilegio.

140 *La* nobleza, exencion, ó hidalguía de estos Reynos de Castilla es de dos clases, á saber, de privilegio, y de sangre. La de privilegio es la que los señores Reyes, como fuente de toda honra civil por la potestad que tienen (8), conceden á algunos

(1) Ley 4. tit 32. lib. 11. y leyes 2. y 10. tit 2. lib 6. Nov. Rec. Cur. Philip. part 2. § 17. n 7. al 10. y otros que cita. (2) Ley 1. Cod. ad Macedonian. ley Quicumque. ff. de Re judicat. y leyes 1. y 2. Cod. Si minor se majorem dixerit. & ibi DD. Gom. en la 79. de Toro, n. 4. y lib. 2. Var. cap. 11. n. 54. (3) Bald. in leg. 1. § 1. vers. Tutores. ff de Falsit. ley 3. § Tutores, ff de Suspect. tut. Cur. Philip. lib. 11. n. 12. (4) Leyes 12. y final tit. 11 Part 2. (5) Leyes 1. y 3. tit 15 Part 4. (6) Ley 1. tit. 11. Part. 7. (7) Ley 7. tit. 6. Part. 7. ley unic. Cod. de Infam. ley Infamia, Cod de Decurion. ley 2. Cod. de Dignitat. y regul. infamibus, de Regal. jur. in 6. (8) Ley 6. tit. 27. Part. 2.

en remuneracion de los méritos, y servicios hechos á su Real Persona, ó á su Corona, para que la gocen en los términos contenidos en los títulos, ó cartas que se les expiden, como lo dice la ley 7. tit. 2. lib. 6. Nov. Rec. ibi: *Es nuestra merced, y voluntad que gocen de ellos, y de las dichas hidalguías, y exenciones, segun se contiene en nuestras cartas que sobre ello les dimos* :::: De modo que no basta hacer los servicios, pues de esta suerte hubiera infinitos nobles, sino que es menester que el Príncipe los estime, y declare por tales para gozar la franqueza, y privilegio.

147 Estos títulos, ó cartas se llaman *Privilegios de nobleza*, y se dividen en tres clases (1). La primera es una concesion de exencion de determinados tributos, y cargas personales, y de las franquezas, y libertades que gozan los hijosdalgo con ciertas condiciones, y restricciones (2). Los que obtienen estos títulos, sus hijos, y descendientes no son, ni se deben llamar *hidalgos*, sino propia, y adequadamente *exentos* (3). La segunda clase es la en que los señores concedentes dicen *que los concesionarios sean tenidos por hijosdalgo*, y así gozan sus personas de todas las honras concedidas á éstos (4). Y la tercera es, quando dicen expresamente, *que los hacen hijosdalgo, y á sus descendientes, y que sean habidos, y tenidos por tales, &c.* con las demás firmezas que se acostumbran poner en semejantes rescriptos. Los que obtuvieren este privilegio, y su posteridad legítima, y natural, gozarán de las inmunidades, distinciones, y franquezas que los hijosdalgo llamados *de sangre* (5), y se les debe sentar entre los hijosdalgo del Pueblo en que habitan, copiandose en los libros de Padrones el privilegio para que jamás se dude de su concesion, y aunque éstos son hidalgos de privilegio, sus descendientes lo serán necesariamente de sangre, porque en ellos es hidalguía heredada, y no adquirida, como adelante diré.

148 Hay otra clase de privilegios de nobleza, que rigorosamente no lo son, sino una declaracion de hidalguía, en que el Rey dispensando en uso de su potestad soberana las escrupulosas

(1) Moren. de Vargas de Nobilitat. discurs. 7. n. 4. Garcia de Nobilitat. glos. 1. §. 1. n. 51. (2) Ley 10 tit. 18. Part. 3. y ley 7. tit 2. l. b. 6. Rec. Gutierr. lib. 4 Pract. q 1. n 11. Garcia, ibi n. 1. (3) Moren. ibi n. 5 al fin. (4) Ramir. de leg. Reg. § 33. n. 14. Manch. de Succes. lib 3. part. 3. § 30. n. 291. Moren. ibi n. 6. (5) Alex. in leg. 1. ff. de Vulg. n. 9. Garcia ibi n. 50. y glos. 35. n. 3. Moren. ibi n. 7.

formalidades que la ley de Córdova prescribe para probarla, expresa *hallarse certificado de que el padre, abuelo, y demás ascendientes del pretendiente son hijosdalgo de sangre de solar conocido, y que por tener entera noticia de sus personas, y nobleza, los declara por tales, y manda se les guarden las esenciones que les corresponden, &c.* cuya declaracion no les concede nueva nobleza, y solo aclara la que tenian, para que no esté encubierta, obscura, ni confundida, como hasta entónces, segun á muchisimos sucede por su pobreza, y otros acasos; ántes bien conste en adelante que son nobles de solar conocido por tal (1). Para conseguir esta declaracion, lo qual es bastante arduo, y dificil, debe el pretendiente presentar á S. M. en derechura por la Via reservada de Gracia y Justicia, y no á la Cámara, no solo informacion judicial de testigos que declaren á lo ménos por fama pública, y oídas á sus mayores, y éstos á los suyos, que desciende de aquella casa, y familia por linea varonil legitima, sino las partidas, testamentos, y demás documentos que acrediten su derivacion, y testimonios de los empadronamientos de nobleza de la familia, y sugeto con quien quieren entroncar, sacado, y hecho todo con la respectiva citacion de Procuradores Síndicos, del mismo modo que si litigára en la Chancillería sin encontrar provision para sacarlos. Si se le admite, debe hacer el competente servicio, al modo que si solicitára privilegio de nobleza, por no tenerla, cuyo servicio segun el Arancel actual es de 40ⓓ, rs. por cada interesado, los que atendiendo á la mas ó ménos justificacion, é inmediacion del entronque, puede reducir la Cámara (á quien S. M. lo remite todo para que le consulte) á 30ⓓ. ó á 25ⓓ. y ademas de este servicio hay que hacer otros gastos crecidos.

149 La nobleza, esencion, ó hidalguía de sangre, (que se llama asi, porque por voluntad, ó permision del Soberano se deriva de los ascendientes á sus descendientes, y asi se queda en la esfera de esencion puramente civil, y positiva, porque de otro modo no podria quitarla el Príncipe, ni hacer infame al que cometiese delitos por los que debiese perderla, y los nobles no necesitarian probar su esencion, porque en todas partes serian conocidos por tales, como que se veia su nobleza), es la que se hereda de aquellos á quienes se concedió, y en quienes tuvo prin-

(1) Ley adeo, §. Cum quis ex aliena, ff de Acquirend. rerum domin. ley Heredes palam. §§. 1. y 2. y ley Duo sunt, ff. de Testam. Moren. ibi n. 15.

cipio, como se prueba de la ley 3. tit. 21. Partid. 2. que dice: *Fidalguía es nobleza que viene á los omes por linage: é por ende deben mucho guardar los que han derecho en ella, que no la dañen, ni la menguen; cá pues que el linage face que la hayan los omes así como herencia, non debe querer el fidalgo que el haya de ser de tan mala ventura, que lo que en los otros se comenzó, e heredaron, mengue, ó se acabe en él.* La nobleza obtenida en el dia, y la heredada de mil años ha, como proveniente de una fuente, y concedida con iguales prerrogativas, es la misma en la esencia, y solo se diferencia en la antiguedad, y en que para el sugeto á quien se concede, es de privilegio, porque no precediendo éste, no puede haberla, y para sus hijos, y descendientes es de sangre, por haberla heredado, y en que ni sus hijos ni el concesonario podrán cruzarse, si el estatuto la pide de padres, y abuelos; pero tan nobles son en el efecto distintivo de la plebe los unos como los otros, respecto gozar de iguales franquezas. Esta nobleza ha de provenir precisamente del padre, por lo que si éste la goza, aunque la madre no la tenga, serán hidalgos sus hijos legítimos, y naturales, pero no al contrario, porque la muger es el fin de la familia, y á nadie ennoblece por sí sola. Si la madre la tiene tambien, serán nobles, como expresa la misma ley, ibi: *Pero la mayor parte de la fidalguía ganan los omes por honra de los padres: cá maguer la madre sea villana, é el padre fidalgo, fidalgo es el fijo que dellos nasciere, é por fijodalgo se puede contar, mas non por noble. Mas si nasciere de fija fijadalgo, é de villano, non tobieron por derecho que fuese contado por fijodalgo:* y la 1. tit. 11. Part. 7. que desde el medio dice: *E fijodalgo es aquel que es nacido de padre que es fijodalgo, quier lo sea la madre, quier non; solo que sea su muger velada, ó amiga, que tenga conocidamente por suya. Esto es, porque antiguamente la nobleza ovo comienzo en los varones, é por ende la heredaron los fijosdalgo, é non les empesce, maguer la madre non sea fijadalgo.* El hidalgo, y el noble no se diferencian en el goce de esenciones.

150 Como no puede haber nobleza, esencion, ó franqueza civil sin que el Príncipe la conceda, tampoco se presume, sino se se prueba, y así debe justificarla el que alega tenerla (1). La

(1) Ley 4. tit. 27. lib. 11. Nov Rec. Cov. lib. 1. Var. cap. 16. n. 10. Gutier. lib. 3. Pract. q. 14. n. 4. García de Nobil. glos. 12. n. 5. y glos. 13. n. 1. Escob. de *Iurit.* part. 1. q. 8. §. 1. n. 22.

prueba Real de la concedida se califica por el título, ó privilegio de su concesion, y de ésta no se debe dudar, porque el mismo título lo acredita; y aunque el concesionario es hidalgo de privilegio, lo serán necesariamente de sangre sus hijos, y descendientes, porque la heredaron y sucedieron en su goce por permision del Soberano, como dexo expuesto, y lo insinúa la ley 1. inserta en el número anterior. La prueba de la que llaman de sangre, cuya concesion no consta, por lo que se duda de ella, bien que tuvo su principio de la voluntad del Soberano, ó de intrusion por amaño, y negociacion con los Pueblos, se concibe baxo de tres especies, que son: *Posesion local, posesion general, y propiedad posesoria.* Para la posesion local es suficiente probar que el pretendiente, y su padre han estado en posesion de hijosdalgo por espacio de veinte años (1), y al que lo justifica, se manda guardar la posesion *vel quasi* de hijodalgo en el lugar donde vive solamente, por lo que se llama vulgarmente *hidalgo de canales adentro ó local*, dando á entender, que en saliendo de él, ya no lo es. Para la posesion general es necesario probar de tres personas, á saber: del pretendiente, su padre, y abuelo por igual tiempo de veinte años continuos, y cumplidos; y al que asi probáre, se manda amparar en la posesion *vel quasi* de hidalguía, y que generalmente le sea guardada; bien que no queda declarado hijodalgo en el sér, y propiedad, porque este litigio se reserva al Procurador Fiscal, y al Concejo colitigante para que sigan su derecho; y si obtienen despues, se manda despojar de la posesion al pretendiente, (como lo he visto) pero entretanto goza de todos los honores, é inmunidades que los hijosdalgo en propiedad posesoria, en virtud de la sentencia primera de amparo (2). Y para la propiedad posesoria, aunque en lo antiguo era preciso justificar la posesion de quatro personas, que son, el pretendiente, su padre, abuelo, y visabuelo (3), hoy es suficiente probarla de sí, su padre, y abuelo, con tal que además se pruebe la inmemorial (4), y probando en estos términos,

(1) Ley 8. cit. Otalor. part. 2. cap. 5. n. 9. Garcia glos. 7 n. 20. glos. 12. n. 11. y glos. 40. n. 1. y sig. Moren. discurs. 6. n. 5. (2) Dicha ley 4. Garcia glos. 11. y 12. n. 10. y glos. 28. Otalor. part. 2. cap. 10. n. 1. Faria ad Covar. lib. 1. Var. cap. 16. nn. 16. y 61. Moren. discurs. 6. cit. n. 4. Sesé, tit. 1. decis. 2. n. 12. y decis. 3. n. 1. 13) Ley 2. cerca del fin, verb. *E por ende*: tit. 21. Part. 2. (4) Leyes 3. tit. 2. lib. 6. y 4. tit. 27. lib. 11. Nov. Rec. Garcia, glos. 7. n. 16. y 27. glos. 12. n. 1. y glos. 18. n. 7. Otalor. part 3. cap. 6. n. 1.

se expide executoria, por la qual se declara hijodalgo al pretendiente, y causa tanta notoriedad, que no se debe dudar ya de la posesion de su hidalguía, y nobleza de sangre, porque induce perpetuo silencio, y civil seguridad, y como cosa juzgada se tiene por verdadera, y sus viudas mientras conserven castidad, y no se casen, gozan de la misma hidalguía (1). Esta es la mayor parte de la nobleza que hay, y viene á ser nada mas que posesion declarada de ella, pero no propiedad, porque para esta es menester, ó acreditarla por medio del privilegio expedido al primero que empezó á gozarla, el qual es el verdadero título de ella, y sin él no puede haberla, sino solamente posesion de su goce, ó justificar descender de casa, y solar conocido por noble, cuyas dos clases de nobleza, ó esencion civil son las verdaderas, y no la de mera posesion, porque para adquirir esta en los Pueblos, hay muchos amaños que la facilitan. El dinero hace valer todas las pretensiones del que lo tiene, y si se hiciera presentar á cada uno el privilegio concedido á su persona, ó ascendencia varonil, no quedaria la tercera parte de los que indebidamente la gozan, ni por consiguiente causarian tantos daños en los Pueblos como causan, pues no hay valor para sufrir á un hidalgo necio de mala crianza, lleno de orgullo, vanidad y soberbia; y como dixo nuestro *Séneca en el lib.* 21. *epist.* 116 y la experiencia nos lo enseña, tanto es, y tanto vale cada uno, quanto tiene, y así la nobleza es una continuada riqueza, y esta surte varios, y admirables efectos que explica *Hermosill. en ley* 44. *tit.* 5. *Partid.* 5. *glos.* 6. á quien podrá ver el que quiera saberlos, pues con ella todo se consigue, y se vencen las dificultades por árduas, é insuperables que se presenten.

151 Están comparados los hijosdalgo de executoria en quanto al goce de esenciones á los de *solar conocido*, *infanzones*, ó *Gentiles*, que son aquellos cuya nobleza, é hidalguía es notoria á todos los de la Provincia en que habitan. La notoriedad se causa por ser descendientes de casa, y solar, que de todos es conocida por noble, y no existe en tierra llana, que poblaron los Sarracenos, sino en la Montaña, ó en Galicia, Asturias, Guipúzcoa, Vizcaya, Navarra, en donde se refugiaron, y reunieron

(1) Ley 2. tit. 27. lib. 11. Nov. Rec. Otalor. part. 2. cap. 9. an. 6. y 11. Garcia glos. 8. §. 1. n. 16.

las reliquias de los Católicos, para defenderse de los Mahometanos quando hicieron su irrupcion en estos dominios, y exterminarlos de las Castillas, y demás Provincias de que se apoderaron; y aunque la concesion de su nobleza no conste, ni se pueda probar por el gran transcurso del tiempo, y calamidad que se padeció, hasta que se consiguió la total expulsion de éstos, se presume haberse concedido al que edificó el solar, por los servicios hechos á la Corona, y á la patria, y como digno por ellos de remuneracion se le distinguió, y permitió edificarlo, poniendo en él sus armas, y distintivo, lo que de lo contrario no se le permitiria (1), y asi los que de él descienden, pueden llegar á la suprema dignidad, y soberanía de Emperador, ó Rey (2), porque esta hidalguía por su antiguedad es mas excelente, segun lo dice al fin la ley 2. tit. 21. Partid. 2. *Pero quanto dende en adelante* (viene hablando, y haciendo referencia á los visabuelos) *mas de lueñe vienen de buen linage, tanto mas crecen en su honra, é en su fidalguía.* Bien que el nombre de *solariego*, ó *hidalgo* es mas antiguo que los de *Infanzon*, ó *Gentil*, aunque se entienden en una misma cosa. (3).

152 Esta palabra *solar* (de donde se deriva el nombre de *solariego*) aunque no consta de su origen, no obstante no haber cosa mas comun en esta materia, se supone, y la entienden por el suelo en que está edificada la casa del que ganó, y sacrificandose, obtuvo la nobleza, y por la misma casa, ó edificio primitivo, cuyos dueños se denominaron *Señores Solariegos*, que quiere decir *Señores de Vasallos*, y sus descendientes por linea masculina *Hijosdalgo de solar conocido*, para denotar la nobleza de sus progenitores, que en los edificios propios que habitaron dexaron signos demostrativos de ella, perpetuando su memoria en cosas permanentes (4); pero han de ser poseidos por herencia, y varonía, y sin particion, por lo que sin embargo de que los compre el que no goza de la nobleza, no se titulará noble, al modo que el que compráre la casa del Decurion, no se denominará

(1) Garcia glos 18. nn 3. 4. 33 y 34. Otalor. part 2. cap. 4 n.6. Acev in Rubr. tit. 7. lib. 6. Rec. n. 198 Moren. discurs. 5. n. 1. y discurs. 6. n. 2. al fin. (2) Ley 23. al fin. tit. 21. Part 2 y ley 1. en las de los Godos, cap de la Eleccion de los Principes. (3) Salazar de Mendoza Origen de las Dignidades Seculares, cap. 7 y dicha ley 1. de los Godos. Moren discurs. 4 n. 1. al 10. (4) Garcia glos. 18. dicha, n. 10. al 24. Moren. disc. 5. nn. 4 y 5.

Decurion (1), de todo lo qual trata con mucha mas extension *García de Nobilitat. glos.* 18. á quien puede ver el aplicado.

153 Aunque la nobleza civil como derivada del Principe temporal es buena para los concesonarios, y sus descendientes tengan distintivo externo, y accidental, y gocen de algunas esenciones y franquezas, mas que los que carecen de ella, hay otra que como substancial, inherente al alma, y concedida por el Soberano Criador de Cielos, y Tierra, la supéra, y excede en sumo grado. Esta es la de bondad, y virtud, segun lo significa la ley 6. tit. 9. Partid. 2. por estas palabras: *E nobles son llamados en dos maneras, ó por linage, ó por bondad: é como quier que el linage es noble cosa, la bondad pasa, é vence: mas quien las há amas, este puede ser dicho en verdad rico ome pues que es rico por linage, é ome cumplido por bondad.* Asi lo dicen varias plumas (2) doctas, pues el verdadero noble debe ser virtuoso, *y cumplido, ó cabal*, de donde viene la palabra *Caballero*, y no solamente de andar á caballo, bien que hoy muchos fundan su nobleza en el empleo, ó goce de ella, no en sus méritos ni proceder, porque son muy agenos y contrarios á la verdadera, y por ser cabales aquellos heroes dignos de eterna memoria, y alabanza, que á esmeros de su virtud, y servicios, y de sacrificarse por la Religion, por el Rey, y por su Patria, obtuvieron, y se les concedió justamente la nobleza, y distincion civil, no solo se les llamó hidalgos, ó nobles, sino que se les escogió, y colocó entre los Caballeros, entresacando de mil uno, para condecorarle con la insignia de Caballero; de lo qual instruye perfectamente el tit. 21. de la Partid. 2. y por no ser prolijo, omito explicarlo. Asi habiendo pedido un plebeyo al Emperador Segismundo que le hiciese noble, le respondió: *Yo te puedo hacer franco, pero no noble*, porque la nobleza propia es la virtud, y la civil es esencion, ó franqueza, y no otra cosa.

154 La nobleza de bondad es la real, y verdadera, la celebrada en divinas, y humanas letras, y la estimada, y amada de Dios,

(1) Ley 2. Cod. de Prædiis, & omnibus reb. navicularior. Lucas de Penn. in leg. Cum neque al fin. Cod. de Incol. García glos. 18. cit. n. 25. al 29.
(2) Greg. Nacianz. lib. 1. Orat. 18. Ovid. Epist. ad Nass. Casiodor. lib. 5. Var. Epist. 12. Platon apud Bruson. lib. 7. Aristot. lib. 4. Polit. Abb. Joann. Alexand. apud Baron. tit. 8. annal. ann. 620. Euripides indict. Socrates apud Sthob. Serm. 84. y otros muchos.

y de los buenos (1); y el que la tiene, el que es, y se debe llamar con propiedad noble, porque está adornado de la qualidad mas preciosa que hay; y á la verdad solo éste debia gozar de ambas. La civil puesta en paralelo con ella, y haciendo juicio comparativo entre las dos, no es mas (hablando con pureza, é ingenuidad imparcial) que humo, y un ente imaginario, cuya esencia consiste unicamente en un papel, ó pergamino que no tiene eficacia para sacar al hombre de su mísera esfera, y condicion en cosa alguna, y como dixeron Solón, y las plumas mas doctas, y juiciosas, mas noble es el que por sus méritos se hace, que el que nace con el aëreo, y accidental distintivo de nobleza, pues á muchos que indigna, é injustamente la gozan, se alaban de la heredada, y publican la agena por no tenerla propia, se podia responder lo que Ciceron á Verres, que le arguia de ménos ilustre: *Tu casa acabó en tí, porque perdiste el honor con la conjuracion: mas la mia empieza en mí, que lo acredité con las letras, y con la lealtad*: lo mismo respondió Socrates al baldon de que era hijo de un Zapatéro. No hay mas honra, ni nobleza verdadera que la que se adquiere por la virtud, y buen proceder, ni mas clases de hombres que dos, una de buenos, y otra de malos. Si fuera personal, y solo á los buenos se concediera, y permitiera gozarla, todos se esmerarian en serlo, y en imitar á los ilustres Heroes que la adquirieron, sería felicísima la República, como compuesta de individuos llenos de bondad, y virtud, que es la propia, y verdadera nobleza, segun queda expuesto, y no habria tanta maldad en el mundo, ni los que están destituidos de méritos propios, ni son capaces de adquirirlos, harian en oprobio y para confusion suya como hijos espurios de los que la ganaron, y merecieron justamente, alarde de los agenos, para manchar los, y borrarlos con sus indecorosas acciones, que como dixo Seneca, las personas á quienes falta la virtud, aunque se conozcan por los escudos y hazañas de sus mayores, son mas notadas que nobles. No me detengo mas en esta materia que es propiamente de ayre, humo, y vanidad odiosa. El que quiera instruirse en ella, lea los AA. citados, y otros, y la obra que en el año de 788. dió á luz en Valencia Don Mariano Madramany y Calatayud, titulada: *Tratado*

(1) Sapient. cap 4. Eccles. cap.10. Aristot.1. Æthicor. cap.8. S. Pablo ad Corinth. cap. 15. Tiraquel. de Nobilitat. cap. 21. n. 34.

de la Nobleza de la Corona de Aragon, comparada con la de Castilla, pues me ha separado demasiado de mi instituto, y así vuelvo á tomar el hilo de él, que es lo que importa al Escribano principiante.

155 De la nobleza del executado puede conocer sumaria, é incidentemente el Juez que entiende en la execucion, y determinarla, oyendo al executante, cuya determinacion á nadie mas perjudica que á éste, y durante el litigio ha de ser suelto el executado baxo la fianza de la *Haz*, sin ser necesario remitir la causa sobre este artículo á los Alcaldes de Hijosdalgo de la Chancillería. No dando esta fianza, ha de subsistir en la carcel; pero si la nobleza del executado es notoria, y por tal la alega, en este caso recibida informacion de su notoriedad, y posesion, debe ser suelto sin fianza alguna (1), y por consiguiente queda libre de dar la de saneamiento.

156 Sin embargo de que el executado manifieste al Escribano, y Alguacil que ván á executarle, papeles que acrediten haber gozado nobleza sus ascendientes en otro Pueblo, ó les conste por otro medio que lo es, no deben por eso dexar de ponerle preso, si carece de bienes, ó teniendolos, no afianza de saneamiento, á ménos que exhiba mandamiento de amparo de algun Juez de aquel Pueblo; (como en esta Corte lo solian dar los Alcaldes de ella, lo qual ya les está prohibido) ó executoria que haya obtenido; ó que conste publicamente estar admitido por tal en el mismo Pueblo; pues en los dos casos primeros ha de poner testimonio de lo que resulte del mandamiento, ó executoria, devolviendoselos, y dar cuenta al Juez, suspendiendo la prision hasta nueva providencia, y en el tercero poner diligencia de estar recibido por noble, y no haberle requerido por esta razon que diese la fianza.

157 Entre los fueros, y leyes que para su gobierno hicieron antiguamente los Vizcainos, es uno el de que todos los vecinos, y domiciliados en su territorio, y sus descendientes han de gozar del privilegio de hidalguía, no solo dentro de él, sino en qualquiera partes, lugares, y Provincias de estos Reynos, con tal que los domiciliados fuera de Vizcaya prueben que su padre, ó abuelo

(1) Acev. en la ley 4. n 30. y en la 19. tit. 21. lib. 4 Rec. que en la Nov. son las leyes 4. tit. 17. y 12. tit. 28. lib 11, n. 64. Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 15. n. 6. Rodrig. de Execut. dicho cap. 5. n. 45.

paterno nacieron de él, y por fama pública que sus anteriores progenitores por linea paterna fueron naturales Vizcainos, y todos ellos tenidos, y reputados por tales; y aunque no prueben mas, basta para que les sea guardado el privilegio (1); por lo que no deben ser atormentados, sino por los delitos de lesa Magestad, heregía, falsa moneda, ó pecado nefando (2), ni ser presos, ni executadas las casas de sus moradas, armas, ni caballo por deuda que no dimane de delito *vel quasi*, aunque hayan renunciado su hidalguía (3). Estas esenciones, y privilegios (que ellos se concedieron, por lo que se ennoblecieron á sí mismos) y otras que contienen sus fueros, están confirmadas por los Señores Reyes de estos dominios, porque con motivo de haberse extinguido la descendencia de su Conde Don Lope Diaz de Haro, decimo octavo Señor de Vizcaya, se entregaron al Señor Rey Don Juan el primero de Castilla con el pacto expreso de que se les habian de guardar sus fueros nativos, como hasta entonces, y confirmarlos los Señores Reyes sus succesores, á lo que asintió por justos motivos que á ello le impelieron, por cuya razon se les guardan, y así es privilegio de Vizcaynía concedido al País, y á los que nacen, y descienden de él, y no otra cosa, excepto que acrediten ser nobles, y descender por linea legítima varonil de casas solariegas, ó infanzonas (de los que son la menor parte) como los de las demás Provincias, segun ya oy se les precisa justamente para recibirse por tales fuera de Vizcaya, y Encartaciones, pues á la verdad mirando las cosas como en sí son, es fanatismo, y demasiada preocupacion el querer que el País, que es incapáz fisicamente de contraer mérito, y gozar de privilegio, pueda ennoblecer, ni privilegiar al que nació, y no vive en él para que goce por solo su nacimiento del privilegio en otro ageno.

158 Gozan del privilegio de nobleza, aunque no la tengan, para no ser presos por deuda puramente civil, los Jueces durante su oficio, los graduados de Doctores, ó Licenciados en qualquiera facultad por Universidad aprobada, y los Abogados, aunque tengan solamente el grado de Bachiller, por lo que tampoco están obligados á afianzar de sancamento (4). Pero esta no es nobleza,

(1) Ley 16. tit. 1. de los Fueros de Vizcaya (2) Ley 9. tit. 9. de los mismos fueros. (3) Leyes 3. y 4. tit. 16. de ellos. (4) Ley 3. tit. 10. y ley 8 tit. 21. Part. 2. ley 14. y 15 tit. 18. lib 6. Nov. Rec. ley Advocati, y ley Laudabile, Cod. de Advocat. divers jud. Rodr. de Exec. dicho cap. 5. n 48. al 52 y otros que cita.

sino esencion concedida al oficio, grado, y facultad, por lo que no transciende á la posteridad del que la exerce, y lo propio milita para con los Oficiales Militares, si no han nacido con ella (1); bien que en quanto á estos me parece (aunque no he visto declaracion Real) deberá limitarse á los subalternos, y no á los Coroneles, y demás de grados superiores.

159 Los Maestros de primeras letras aprobados en esta Corte para dentro, ó fuera de ella, que obtuvieren título del Consejo, tampoco pueden ser presos por deuda puramente civil, y gozan de las esenciones personales que los que exercen artes liberales de la carrera literaria, así en quintas, levas, y sorteos, como en las demás cargas concegiles, y oficios públicos, de que se exîmen los que profesan facultad mayor, segun Real Cédula expedida en el Real Sitio de San Ildefonso á primero de Septiembre de 1743. refrendada de Don Francisco Xavier de Morales y Velasco. Iguales esenciones gozan los que exercen las Artes de Arquitectura, Escultura, y Pintura, porque están declaradas por nobles.

160 La muger no puede se presa por deuda, á menos que dimane de delito, ó quasi delito, ó que se prostituya, siendo conocidamente mala de su persona (2). Si es casada goza de la nobleza de su marido aunque ella no la tenga, y conservandose viuda del noble, ó del Oficial de Casa Real, y viviendo castamente, la competen los privilegios de su marido, al modo que quando casada (3). En quanto á las esenciones de los Caballeros de las Ordenes Militares, criados, y Secretarios del Rey, Labradores, y otros, vease lo que expliqué en el cap. 7. §. 4. n. 94. al 103. de mi primera parte, pues por evitar repeticion omito explicarlo aquí.

161 El menor de veinte y cinco años no debe ser preso por deuda civil, sino que tenga la libre administracion de sus bienes. La razon es, porque así como no puede tratar, ni comparecer en juicio, tampoco puede causar contumacia que motive la prision, y asi no se debe hacer execucion en su persona (4); ni

(1) Ley Miles, ff. de Re judicat. Garcia de Nobilit. glos. 48. §. 4. n. 9. Cur. Philip. part. 2. dicho §. 17. n. 17. al 19. (2) Ley 62. de Toro que es la 4. tit. 11. lib. 10. Nov. Rec. ley 3. tit. 7. Part. 3. ley 1. y Authent. Hodie novo jure, Cod. de Custodia Reor. (3) Ley 2. tit. 27. lib. 11. y ley 4. tit. 13. lib. 6. Nov. Rec.
(4) Rodrig. dicho cap. 5. n. 53. Parlad. lib. 2. part. 5. §. 6. n. 15. Bobadill. lib. 3. Polit. cap. 15. n. 29.

en el enfermo hasta que sane (1): ni en el Pregonero mientras vá pregonando (2): ni en el heredero que aceptó la herencia con beneficio de inventario, si lo hizo en el término, y con la pureza legal sin ocultacion, y manifiesta todos los bienes de que se compone, pues solo está obligado por su importe, y cumple con su entrega, pero sí al contrario (3). Quando los legatarios, y acreedores del difunto no presenciaron la formacion del inventario, y dudan, ó sospechan si el heredero ocultó algunos bienes, le pueden hacer que jure si lo hizo, ó no fielmente, y sin engaño, y lo mismo pueden inquirir por los testigos presenciales, y siervos del testador en dicho caso (4).

162 Tampoco deben ser presos el tutor, factor, ó administrador por la deuda de su tutela, y administracion; excepto que no manifiesten los bienes de éstas (5), ni los Procuradores de Cortes durante el tiempo de su encargo, á ménos que sea por contrato, ó delito hecho en la Corte, ó por débitos reales, entendiendose lo mismo con los de los Pueblos que ván á ella á negocios de éstos (6), ni el que tuviere tres años continuos doce, ó mas yeguas de vientre, por deuda contraída despues de tenerlas, excepto que toque al Rey, á quien corresponden otras esenciones que le franquean las tres leyes del tit. 20. lib. 7. Nov. Recop.; ni tampoco los Labradores, operarios de fábricas de estos Reynos, ni demás artesanos, segun la Real Pragmática de 27. de Mayo inserta en el cap. 3. n. 9. de este libro.

163 Los que no han de ser convenidos en mas de su posibilidad por deuda puramente civil, que no pertenezca al Rey, y ántes bien se les ha de dexar congrua sustentacion segun su condicion, y familia, tampoco deben ser presos por ella, ni por consiguiente están obligados á afianzar de saneamiento (7), y son el Clérigo ordenado de órden sagrado, ya sea por lo que debe á otro Clérigo, ó á lego; el de menores órdenes, si obtiene bene-

(1) Salg. de Reg. part. 2. cap. 4. n. 213. Farinac. tom. 1. tit. 4. de Carcerib. q. 27. n. 27. (2) Bart. y Jason en la ley 2. ff. de In jus vocand. Tallad. de Carcer. cap. 11. §. 4. al fin. (3) Leyes 5. 6. 7. y 10. tit. 6. Part. 6. Carlev. tit. 3. disp. 9. Rodrig. de Execut. cap. 4. nn. 5. y 6. Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 4. §. 1. (4) Ley 9. tit. 10. Part. 6. cit. y ley fin. §. Donec, Cod. de Jure deliberand. (5) Parlad. dicha part. 4. §. 3. n. 1. al 4. (6) Ley 4. tit. 3. Part. 3. y leyes 5. tit. 8. lib. 3. y 8. tit. 31. lib. 11. Nov. Rec. (7) Ley Sunt qui 16. hasta la 22. ff. de Re judicat. regla In condemnatione 173. ff. de Regul. jur.

ficio Eclesiástico, y no de otra suerte (1); el socio por la de su compañía singular, ó universal, á ménos que renuncie este beneficio (2), como puede; el ascendiente, descendiente, suegro, yerno, marido, y muger, por la de unos contra otros respectivamente (3); bien entendido, que aunque la madre, y abuela sean alcanzadas en la tutela de sus hijos, y nietos, y renuncien el auxîlio concedido á las mugeres, y el de no poder ser reconvenidas sino en quanto puedan, no deben ser presas por el alcance, porque esta esencion se les concede por la reverencia que aquellos las deben, y por su renunciacion no se quita (4): el marido por la dote de su muger, ó por otra deuda de ésta, aunque renuncie este beneficio, y pacte que pueda ser convenido por su total (5), de cuyo privilegio gozan igualmente sus hijos, y padre, ó suegro de la muger, pues no se extingue con la muerte del marido (6), pero no sufraga á los herederos extraños de éste (7): ni al suegro que ofrece dote á su yerno, sabiendo que no puede pagarsela, pues por su dolo, y malicia pierde el privilegio (8): el que por accidental, é inculpable infortunio, v. g. guerra, naufragio, incendio, &c. perdió sus bienes (9): el Juez residenciado (10): al señor por la deuda de su liberto, ni éste por la de aquel; el donante por la donacion que hizo (11), pues de lo contrario le sería demasiado gravosa su liberalidad; y el Soldado que sirve al Rey (12).

164 Tampoco debe ser convenido en mas de su posibilidad, ni está obligado á responder en juicio el que con la pureza legal hizo cesion de sus bienes, ó concurso de acreedores por la deuda de alguno de éstos, á cuya satisfaccion no alcanzaron los que

(1) Cap. Odoardus, tit. de Solutionib. y ley 23. tit. 6. Part. 1. & ibi glos. (2) Ley 15. tit. 10. y ley 1. tit 15. Part. 5. Greg. Lop. en la primera, glos. 4. y 5. (3) Dicha ley 1. tit. 15 Part. 5. Baez. de Inope debitore cap. 17. Salg. part. 1. Labir. cap. 24. (4) Menoch. de Arbitr. lib. 1. q. 88. n. 12. Matienz. en la ley 10. tit. 3. lib. 5. Rec. glos. 1. n. 3. & ibi Acev. Rodrig. dicho cap. 5. nu. 56. y 57. (5) Ley ultim. tit. 11. Part. 4 dicha ley 1. tit. 15. y ley Alia causa 14. §. Elegantes, ff. Solut. matrimon. (6) Leyes Rei judicatæ 15. Quia parentis 16. Etiam filios 18. y Sicut autem 21. ff. de Re judicat. (7) Leyes Maritum, 12. Quia tale 13 y Sciendum 25. ff. eod. tit. (8) Ley penult. ff. de Jure Dot. Baez. dicho cap. 17. n. 57. (9) Olea de Cesion. tit. 6. q. 11. n. 46. Salg. dicho cap. 24. n. 2. Baez de Inope debitore, cap. 4. n 5. y sig. Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 5. § 6. n. 9. 10 Avilés in cap. Prætor. n. 20. Salg. de Reg. part. 2. cap. 4. n 93. Parlad dicho § 6. n. 18. Cur Philip. part. 2. § 17. n. 28. (11) Ley 4. tit 4 y ley 1. tit. 15. Part 5. y ley Inter eos, ff. de Re judicat. (12) Ley Miles 6. y ley Item miles 18. ff. de Re judicat.

tenia, pues aunque venga á mejor fortuna, se le ha de dejar congrua sustentacion de los que despues de la cesion adquiera (1), porque éste, y los expresados en el número precedente gozan del beneficio que llaman *de la competencia*, y así se les debe dar, y pueden pedir alimentos de sus propios bienes, excepto que tengan arte, oficio, ó otro modo con que alimentarse, ó que el acreedor por ser pobre carezca de lo preciso para su conservacion, en cuyos dos casos se ha de pagar toda la deuda (2).

165 Lo propio milita para con los Duques, Condes, Marqueses, y otros Magnates, y Señores jurisdicionales si forman concurso de acreedores, pues por costumbre inconcusa de estos Reynos se les deben subministrar alimentos de las rentas de sus estados concursados, con preferencia á sus acreedores, para evitar que se vean precisados á mendigar, ó á exercer ocupaciones indignas, é indecorosas, que cedan en oprobio, y desdoro de su dignidad; pero no para con los poseedores de mayorazgo simple, á que ninguna dignidad pública de título, varonía, ó jurisdiccion está anexa, pues éstos aunque sean nobles, no tienen derecho á ser alimentados en el caso que los Señores jurisdicionales, porque la nobleza sola no es dignidad, sino mera esencion, privilegio, ó franqueza para ciertas cosas, cuyo goce está concedido, ó permitido al que la tiene (3). Ni tampoco se deben de justicia á los inmediatos succesores, y si se les conceden, es por gracia, equidad, y en reconocimiento de la inmediacion, con tal que tengan conocida indigencia, y el mayorazgo pueda sufrirlos, sin privar de los indispensables, y decentes al poseedor, y su familia, y no en otra forma; excepto que el fundador lo mande expresamente.

166 Litigando los referidos privilegiados unos contra otros, si el uno pretende evitar su daño, y el otro adquirir utilidad, no gozará éste del privilegio de no ser convenido en mas de lo que pueda, ni quando el uno lo tiene genérico, y el otro especifico (4), ni tampoco gozan de él sus fiadores, porque como personal está concedido solamente á los principales deudores (5).

(1) Ley Qui bonis 6. ff. de Cession. bon. y ley 3. tit 15 Part.5. (2) Ley 15. al fin, tit 10. Part.5. & ibi glos. 8. glos in leg. Si maritus in id, ff. Solut matrim & in leg. Si quis argentum, §. 1. Cod. de Donat Cur. Philip. dicho § 17. n. 24. (3 Salg. part.1. Labir. cap 24. Rodrig. dicho cap 5 n.72. Pariad. lib 2. cap. fin. part.5. y § 3. cit n 32. (4) Ley Verum, §. fin. ff. de Minor. Carlev. tit 1. disp. 2. q. 6 sect. 7 n 626 Pariad lib 1.Rer.cap 17. n.28. (5) Ley Etsi fidejus. 24. ff. de Re judic. & ibi Bart. y Alex. Salg. part.2.Labir.cap.39 n.35.

167 No incurrirá en pena el Alguacil por exercer con los contenidos en los números 163, y 164. el rigor de la ley, porque ninguna se la impone, si el mandamiento executivo se dirige contra sus personas, y bienes, pues quien debe mirarlo, es el Juez al tiempo de expedirlo. Si no gozan del privilegio expresado, ni de otro los deudores, y se expide unicamente contra sus bienes, no debe ponerlos presos, aunque carezcan de ellos, ó teniendolos no afiancen de saneamiento, hasta que se le mande por nueva providencia, pero dará cuenta inmediatamente al Juez de lo que ocurra, para que la tome, pues por el hecho de no dirigirse contra sus personas, es visto no querer que se proceda contra ellas, y el Alguacil como mero executor carece de potestad, y facultades para alterar, y excederse de lo que expresa, y literalmente le manda, ó prohibe el Juez.

168 Pasado el término de los pregones, y no ántes, y de mandato expreso por escrito del Juez á instancia del acreedor, y no de otra suerte, habitando el executado en el Pueblo del juicio, se le ha de citar en persona, (pudiendo ser hallado en su casa, ó en el mismo Pueblo) para dos fines, el uno para que se oponga á la execucion, y excepcione contra ella si quisiere, y el otro para en su defecto proceder á la sentencia, venta, y remate de los bienes executados, y pregonados. Quando el Escribano le haga la citacion, debe apercibirle con arreglo á derecho (1) *que si dentro de tres dias primeros siguientes al de la citacion no compareciere en el juicio á mostrar paga, quita, ó razon legítima que impida el remate, se procederá al de los bienes executados sin mas citacion, y para ello á sentenciar la causa por el importe del débito, su décima, y costas causadas, y que se causen hasta el real, y efectivo pago de todo*, dando fé en la citacion de haberle hecho este apercibimiento; y aunque no falta quien diga que no es necesario nuevo auto para citarle, no me conformo con este dictamen; lo primero, porque la ley 14. tit. 4. lib. 11. Nov. Recop. dice: *Y mandamos que de aqui adelante ningun Escribano, ni Portero, Pregonero, ni emplazador, ni otro oficial que tenga cargo de emplazar, no sea osado de emplazar, ni emplace á persona alguna sin que primeramente lo sea expresamente mandado por nuestras*

(1) Ley 12. y 13. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec. Parlad. dicho cap. fin. y part. 5. §. 9. n. 1.

Justicias. Lo segundo, por no ser esta citacion consiguiente á la traba. Lo tercero, porque el deudor puede estar convenido con el acreedor, y así se ha de hacer á instancia de éste, y en virtud de precepto judicial nuevo, ó puesto en el mandamiento. Y lo quarto, porque la ley 13. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec. dice: *Y que despues un dia antes que se haga el tal remate, se dé otro mandamiento para emplazar á las partes para el dicho remate*, por lo que no se debe citar sin nueva providencia que lo mande, excepto que la cosa en que se trabó la execucion, sea dinero, ó no necesite venderse, porque es la que se pide, y con ella se ha de hacer el pago, pues entonces puede ser citado luego que se le notifica el estado de ésta, como sentè en el n. 140. sin ser necesario observar la forma de la execucion, porque cesando la venta, cesa la subasta, y cesando el fin, cesan los medios concernientes á conseguirlo (1). Lo mismo debe hacerse quando renunció expresamiente por escrito (como puede) no solo los pregones, sino tambien su término, pues renunciandolo todo, se le puede citar inmediatamente, y no es necesario dexarlo pasar como quando renuncia solamente los pregones.

169 No dexandose ver el executado, se deben practicar para citarle de remate las mismas diligencias que para notificarle el estado de la execucion, expresando en ellas no poder ser habido, y dexandole cédula, ó memoria por escrito con la relacion competente, y expresion de los efectos de la citacion, sin ser necesario buscarle por la Ciudad, ni Provincia, en cuyo caso le perjudicará la citacion como si fuese hecha en su persona; bien que si acreditare que la citacion hecha en su casa no llegó á su noticia, no le perjudicará. Teniendo dos casas, se le ha de citar en la que habita. Siendo vagamundo, en el lugar que asiste con mas freqüencia. Y constando por informacion previa en el juicio su ausencia de la Provincia, é ignorancia de su paradero, y pronto regreso, se le citará por edictos, y nombrará defensor con quien se entiendan las diligencias de venta, y remate, y tambien se le nombrará, quando el difunto no dexó heredero, por cuya razon está yacente la herencia, sin conocerse á quien toca (2).

(1) Dicha ley A Divo Pio 15. §. Sed & si pecunia 11. y § Præterea pecuniam 12. ff. de Re judic. Carl tit 3. disp. 2. n 2. Cur. Phil. part. 2 §. 18. n. 8. 12) Rodrig. dicho c 5. n 86 al 89 Paz tom. 1 part 4. c. 2. n 43. y 44 Gut. lib. 1. Pract. q. 133. Acev. en la ley 19. tit. 21. lib. 4. cit. nn. 120. y 121. Parlad. dicho §. 9. n. 6. al 14.

170 Existiendo fuera del territorio, ó jurisdiccion del Juez que entiende en los autos executivos, ha de librar requisitoria al de su domicilio. Esta requisitoria debe ir documentada con insercion de la declaracion, y sentencia, ó executoria que trae aparejada la execucion, y si se pide en virtud de escritura, ha de ir inserta esta con la nota, ó toma de razon de la Oficina de hipotecas para que no se le deniegue el cumplimiento, porque la escritura hipotecaria sin la nota no tiene vigor executivo, si es especial, como diré en el núm. 257, y ha de ser no solo para trabar, y mejorar la execucion, notificarle su estado, prenderle en defecto de bienes equivalentes, ó de fianza de saneamiento, y hacer deposito de éstos á disposicion del requirente por cuenta, y riesgo del requerido, sino tambien para citarle de remate á su tiempo, (que es despues de haber espirado el término de los pregones, y no ántes, porque de lo contrario habrá que volver á citar como lo he visto, por no haberse observado el órden, y forma de la ley, prefiniendole en ella el competente segun la distancia, á fin de que comparezca á excepcionar, y probar lo que le convenga, baxo el apercibimiento insinuado, como en el juicio ordinario (1); para todo lo qual basta una requisitoria, pues de lo contrario se causan dilaciones, y gastos superfluos, y asi se practica en esta Corte. Si la execucion se trabó en réditos de censos, ó en deudas, derechos, y acciones tocantes al executado, convendrá sean citados los deudores, como si estuvieran executados, para que dentro del propio término aleguen lo que les convenga en exclusion de lo que debian satisfacer al executado, y no haya que hacer con ellos nuevos autos. Lo mismo procede para los pregones, apercibiendoles que corren tambien para con ellos, pues de esta suerte quedan expeditas las diligencias, y ciertas las deudas, y se puede proceder contra los deudores con apremio, si el executado no paga.

171 Quando los bienes en que se trabó la execucion están poseidos por terceros, ó por acreedores conocidos, se les debe citar tambien en sus personas, pudiendo ser hallados; pero si se ignora su paradero, ó son inciertos, acreditando el executante por informacion sumaria en el juicio, se les ha de hacer la citacion por edictos, ó proclamas, y nombrar defensor, con quien

(1) Ley 3. tit. 4. lib. 11. Nov. Recop.

se practíquen las diligencias referidas, para evitar su nulidad, y la de la venta (1). Si el reo executado es Ciudad, ó Universidad, se ha de citar al Procurador Síndico, y á un Regidor de ella (2).

172 Compareciendo por sí en el juicio el executado, ú oponiendose ántes que se le cite de remate, (ya esté, ó no pasado el término de los pregones de que dixo queria aprovecharse, quando se le notificó el estado) es ociosa la citacion, y no se debe dar auto, ni mandamiento para hacerla, como lo ordena la ley 13. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec. ibi al fin: *y que si oviere oposicion, despues de ella no se dé otro mandamiento para el dicho remate*: la razon es, porque por su comparecencia en él, es visto no solo que sabe se le ha de citar, sino que renuncia tácitamente como puede, el término de los pregones, que falta que correr; y asi se le ha de haber por opuesto, encargar á ambos litigantes el de la ley, á fin de que aleguen, y justifiquen lo que les convenga, y entregar los autos al executado, como que este término está establecido para evitar su indefension, aunque es comun á los dos (3); y es lo que se observa en esta Corte.

173 No siendo suficientes los bienes executados para la satisfaccion de la deuda, su decima, y costas, si por esta razon se hiciere nueva execucion, ó la despachada se ampliare, ó mejorare en otros, debe ser citado segunda vez el deudor para el remate de éstos, aunque la traba se hubiese hecho en voz, y nombre de los demás, que pareciesen pertenecerle (4). Si el pleito quedó suspenso en estado de citacion, ú otro, y ha intermediado un año, ó mas, sin continuarse, se le ha de volver á citar, ó hacer saber por retardado el que tenga, y de ningun modo proseguir las demás diligencias sin este previo requisito (5), que es el efecto que produce la omision del actor: lo mismo se debe practicar, y practíca en el juicio ordinario por la propia razon.

(1) Bart. Ang. Paul. y Alex. en la ley Si eo tempore, Cod. de Remission pignor. Parlad. § 9. cit. nn. 15. y 16. Rodrig. ibi n. 90. (2) Parlad. dicho §. 9 n. 17. Montalvo en la ley 4. tit. 17. lib 3. del Fuero Real. (3) Avend. in Dicion. v rb. *Alguazil*: Parlad. dicho §. 9. nn. 2. y 3. Rodrig. ibi n. 92 (4) Rebuf. in Comment. tit. de Litter. obligator. art. 5. glos. 3. nn. 2. y 3. Rodrig. ibi n 85 Acev. en dicha ley 19. n. 95. al fin. (5) Menoch. de Arbitr. cas. 202. n 14. Lancelot. de Attent. in præfat. cap. 4. num. 276. Cancer. part. 3. Var. cap. 15. num. 197.

§. IV.

De la oposicion del executado; excepciones que se le deben, ó no admitir en la via executiva; término en que las ha de probar, para elidir la execucion; y si el Juez requerido podrá, ó no conocer de ellas, y difinirlas.

174 Hecha la citacion de remate, y pasado el término en ella prefinido al deudor, puede oponerse á la execucion por sí, ó por medio de Procurador con poder bastante, pues no está obligado á comparecer personalmente, como sentè en el cap. 1. de este libro num. 132. (cuya oposicion sirve de contestacion) ú omitir su comparecencia en el juicio. Si no ocurre á producir sus defensas, puede el Juez sin mas citacion llamar los autos, y sentenciar la causa á la primera rebeldía que el executante le acuse, y no de otra suerte, pues aunque la ley 12. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec. dice: *Y no haciendo la oposicion dentro de los dichos tres dias, mande el Juez hacer remate, y pago á la parte*, ::: esto se entiende pidiendolo ésta, y no en otros términos, porque no debe interponer de oficio su autoridad á la utilidad privada; pero si ocurre, entónces como que su opinion surte el efecto de que se suspenda la sentencia, y venta de los bienes executados por diez dias hasta que el Juez declare que debe llevarse adelante la execucion (1), se le ha de haber por opuesto, y entregar los autos; lo qual procede, aunque haya espirado el término de la citacion, y muchó mas en caso de no estar proferida la sentencia, á fin de que se aclare la verdad, y no se condene al inocente (2), porque quando se prefine dia para hacer alguna cosa, ninguno se constituye moroso hasta que evacua el acto (3). Si ántes que espire el de los pregones, se opone por medio de Procurador, no se le ha de haber por opuesto, entregar los autos, ni tener por parte, excepto que el poder contenga esta especialidad, y la renuncia del término; lo que no sucederá si comparece por sí mis-

(1) Ley A Divo Pio, cit. §. Si rerum, & ibi Doctor. y dicha ley 19. tit 21. Rodrig. ibi nn. 91. y 92. (2) Parlad. libro 2. cap fin. part. 5. y §. 9. cit. nn. 4. y 5. Rodrig. dicho cap 5. n. 95. Acev. en la ley 19. cit. n 127. (3) Ley Citia, & ib. Doctor. ff. de Acusat cap Si tibi absenti, de Præbend. in 6. glos & Doctor. in cap. fin. de Elect. in 6. Bart. in Authent. Ad hæc, Cod. de Usur. Parlad. ibi.

mo en el Juicio, como en el num. 172. dexo expuesto, pues asi se practica en esta Corte.

175 Sin embargo de que algunos afirman que el executado al tiempo que se opone á la execucion, y pide los autos, debe expecificar la excepcion que tiene para enervarla, á fin de que se le admita la oposicion, se observa en la práctica lo contrario, por no haber ley que tal mande, y asi basta que alegue genéricamente que tiene que excepcionar, y justificar, y pida los autos para que se le manden entregar, y haya por opuesto á ella, encargando á ambos litigantes el término de la ley como comun, del qual trataré en el num. 259. y siguientes.

176 Tres clases de excepciones puede oponer el executado en la via executiva para desvanecerla, eludirla, é impedir la sentencia de remate. La primera, es de las que llaman *directas*, por hallarse expresadas en la ley 3. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec. y son seis, á saber: *paga, pacto, ó promesa de no pedir la deuda, falsedad, usura, fuerza, y miedo.* La segunda es de las *útiles*, cuyo nombre se las dá, porque aunque no hace mencion especifica de ellas, se coligen de su contesto, y de otras leyes, y por derecho pueden admitirse en juicio, segun se prueba de las palabras de la citada ley, ibi: *y tal que de derecho se deba recibir*: de la 1. del propio tit. y lib. ibi: *Salvo si dentro de diez dias mostrare la tal paga, ó legitima excepcion*: de la 3. siguiente ibi: *Alegasen paga, ó otra excepcion que sea de recibir*: de la 12. del mismo tit. y lib. ibi: *Y hecha la dicha citacion, si dentro de tres dias se opusiere, y alegare excepcion legítima conforme á la ley primera y segunda de este título*: y de la 3. tit. 32. lib. 12. que dice: *Y aunque en algunos casos procedan sumariamente, no dexen por eso de recibir las excepciones legítimas*, y *probanzas necesarias.* Estas dos clases de excepciones se admiten en la via executiva, y probandolas el executado en tiempo, y forma, eliden la intencion del executante. La tercera clase es de las que por su naturaleza exigen mas pleno, y escrupuloso examen, y conocimiento, y no se infieren de las leyes citadas, por lo que en este juicio, ni en los demás sumarios no se deben admitir, excepto que se prueben, y liquiden incontinenti, que es en el término legal (1), y de todas

(1) Ley 3. §. Ibidem, ff. Ad exhib. ley fin. Cod. de Ordin. cognit. ley pen. & ibi Bart. Cod. Dispositi. Parlad. lib. y cap. cit. part. 5. §. 11. nn. 40. 61. y 62.

trataré por su orden en este §. para instruccion del principiante.

177 No es otra cosa la paga, que satisfaccion de la deuda, y probandola el executado, enerva la execucion; pero es menester saber en qué forma la ha de probar, y la solucion está en la ley 12. citada que dice: *Salvo si dentro de diez dias mostráre la tal paga, ó legítima excepcion sin alongamiento de malicia por otra tal escritura como fué el contrato de deuda, ó por albalá que haga fé, ó por confesion de la parte, ó por testigos*, de que se deduce, que si por uno de estos quatro medios no la prueba plenamente, no debe deferirse en el juramento supletorio, porque quando la ley prescribe cierto género de prueba, no se defiere en él la que falta (1). Pero si se pacta expresamente que el deudor ha de pagar en el mismo género de moneda que recibe prestada, debe cumplirlo asi, no obstante que se acostumbre pagar en qualquiera, pues se debe seguir mas lo que se estipula, que lo que es costumbre, como dice el derecho (2).

178 Puede hacerse tambien la prueba de la paga por presuncion de derecho, y debe admitirse, porque se estima por prueba completa (3), y asi el que manifiesta los recibos de las pagas hechas en los tres últimos años, se entiende haber satisfecho las pensiones de los precedentes (4), é igualmente quando el deudor tiene en su poder el instrumento que acredita el débito, porque se presume su pago, ó al ménos haberle remitido al acreedor no solo la accion de pedir executivamente contra él, sino la misma deuda (5), no justificando éste la substraccion del instrumento. Y porque á veces suelen algunos hacer las pagas, y despues protestando haberlas hecho indebidamente por yerro, intentan revocar, y repetir lo pagado, y su contrario lo niega, para saber qual debe probarlo, vease la ley 29. tit. 14. Partid. 5. que dice: *Duda podria avenir sobre la demanda que alguno ficiese á otro diciendole*

(1) Part. in leg Ait Prætor 5. §. Si judex. ff. de Re judic Bald. in leg Bonæ fidei. Cod. de Jure jur. & in cap. Cum contingat. eod. tit. Socin. reg. 204. fallentia 1. 3. y 5. Parlad. lib 2. part. 5. cap. fin. § 11. n. 35. (2 Ley Semper in stipulationibus, ff de Verb oblig Parlad dicha part. 5. §. 17. n 21. (3. Auth. Et si necesse, Cod. de Donat ante nupt. ley Imperator 70. ff. de Legat. 2. y cap. 1., qui fidem de Sponsal. (4 Ley Quicumque, Cod. de Apochis public Jason en la 2 Cod. de Jure emphit n 75. Decio cons 650. vol 5. Parlad. dicho § 11. n 33 (5 Ley Habeo, ff de Pact. ley Si chirographum, ff. de Probat. ley Credidit 4, Cod de Remiss. pign. y leyes 40. tit. 13. y 9. tit. 14. Part. 5. Parlad. ibi, n. 34.

que pagaria por yerro lo que non debia, si el otro dixese que non era asi; qual de las partes debe probar lo que dice el demandador, ó el demandado. E por ende decimos que si aquel á quien facen la demanda, conoce la paga, diciendo quel fue hecha verdaderamente, é non por yerro; que estonces el demandador debe probar el yerro, é si lo probare, debele ser tornado lo que pagó. Mas si el demandado negase la paga, é el demandador probase tan solamente que la habia fecho, maguer non probase el yerro, tenudo es el demandado de tornarle aquello quel pagó; fueras ende si quisiese luego probar que la paga le fuera fecha verdaderamente. E este departimiento que facemos en esta ley há logar entre todos omes, fueras ende en el menor de veinte cinco años, é en la muger, é en el labrador simple, é en el caballero que vive con caballo, é armas en servicio del Rey, ó de la tierra: cá qualquier destos que demandase á otro en juicio, que habia fecho paga como non debia, é el otro otorgase la paga: estonce tenudo sería el que la paga rescibiere, de probar que fué verdadera, é que la debe haber por derecho. E si esto non probase, tenudo sería de tornar lo que asi oviese rescibido. Con esta ley concuerda la 6. tit. 14. Partid. 3. vease tambien sobre otras especies útiles el tit. 14. de la Part. 5.

179 *El pacto, ó promesa de no pedir la deuda*, se entiende no solo en quanto á su remision íntegra, sino tambien á la dilacion de pedirla el acreedor al deudor hasta cierto tiempo (1), y asi es excepcion legitima, que probada en legal forma, impide el curso de la via executiva: lo propio sucede con la aceptilacion, pues se entiende incluida en el mismo pacto (2). Este pacto pasa á los herederos aunque de ellos ninguna mencion se haga, excepto que se pruebe que fué personal, porque en duda se presume real (3).

180 Para admitirse en la via executiva la excepcion de *falsedad* ha de ser contra la substancia del instrumento, porque si es contra alguna cosa accesoria de él, v. gr. la hipoteca, ó pena, no es admisible (4). Lo propio milita si se opone contra el instrumento, en cuya virtud se dió sentencia condenatoria, y ántes de

(1) § Apellantur 8. Instit. de Exception. (2) Ley Si unus, § Pactus ne peteret ff. de Pact. y §. Si scriptum, Instit. de Inutilib stipulation Bald. in leg. Si non sortem, §. Indebitum, ff. de Condition. indebiti, Parlad. dicho § 11 n 36. y 37. (3) Ley 11. tit. 14. Part. 3. leyes Idem in duobus 25. y Tale pactum 40. ff de Pact. (4) Ley Jubemus, Cod. de Probat. ley Ubi, Cod. ad leg. Cornel. de Fals. ley 111. tit. 18. Part. 3. y cap. Inter dilectas, de fide instrum.

ésta nada se tocó de aquella, pues no obsta á la execucion, porque requiere mayor examen, é indagacion, á ménos que se pruebe en el término legal, en cuyo caso impedirá que se execute la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada (1).

181 La excepcion de *usura*, ó de que el contrato fué usurario, impide tambien la execucion, probandose en los diez dias de la ley, y respecto á que expliqué lo bastante acerca de ella en el cap. 7. de mi primera parte §. 2. núm. 15. al 40 para instruccion del Escribano, y tratarlo mas bien *Parlad. lib. 2. cap. 2.* omito molestarle aquí con su repeticion.

182 Anulan el contrato, y eliden la execucion la *fuerza, y miedo*, que intimidan, y acobardan á los hombres constantes, no á los niños, v. g. si para que el deudor otorgase el instrumento, le amenazó de muerte, mutilacion de miembro, ó cosa semejante el acreedor; ó si injustamente hizo que le prendiesen, y lo otorgó en la carcel (2); y en otros casos semejantes, en los quales probando la fuerza, ó miedo dentro de los diez dias legales impedirán el progreso executivo, pero no de otra suerte, porque requieren mas escrupuloso exámen, y especulacion.

183 Las excepcioness de segunda clase llamadas *utiles*, (bien que todas las que enervan la via executiva, y la accion de el demandante lo son) tienen diversos nombres. La una se denomina *compensacion*, la qual es materia tan util, sutil, y dificil como frequente en la práctica de los Tribunales, segun exponen varios AA. (3) y respecto no hallarse explicada de intento por los nuestros en latin, ni en castellano, para que el Escribano principiante, y aplicado tome alguna nocion, y tintura de ella, ya que se toca en este capítulo como coherente á él, procedo á tratar de lo que es, y de sus clases de los motivos porque se introdujo, efectos que causa, y á quiénes pasa, de las cosas en que se diferencia de la *reconvencion*, *retencion*, *y solucion*, de las que son necesarias para que se haga rectamente, en qué parte del juicio, y ante qué Jueces se puede oponer, qué personas podrán,

(1) Ley Satis aperte, & ibi glos. verb. *Objicitur*: Cod. Ad leg. Cornel. ley ult. Cod de Fide instr. y ley final, Cod. de Ordin. cognit. Paz tom. 1. part. 4. cap. 3 n 1 (2) Ley Qui in carcerem, ff de Eo quod metus causa. Gutier. de Juram confirm. part. 1. cap. 57. Parlad. dicho lib. 2. cap. fin. part 5 y § 11. n. 39. (3) Montan in pract. lib. 5. cap 5 Tind. de compensat. in fine hujus tract. Torre de amb. lib 1. disp. 2. q. y n. 8 Cast. lib. 4. controv. cap. 40. n. 65. al fin. Bersan: de compens. cap. y q. n. 1. al 5.

ó no usar de ella, y contra quáles, y de qué créditos, y débitos se debe, ó no admitir. Es pues la compensacion *mutua contribucion del crédito, y débito entre sí*; ó un descuento, y modo de satisfaccion con que el executado, y demandado pretende enervar, y desvanecer la execucion, ó demanda que el actor le puso (1).

184 Se divide en varias clases y la dan diversos nombres los AA. La una se llama *relativa* entre el deudor, y el acreedor. Otra de delitos (2). Otra *propia*, que es la que se hace entre los dos referidos, ó *ipso jure*, ó mediando oposicion. Otra *impropia*, la qual tiene lugar en las ultimas voluntades, v. g. quando el testador instituye heredero, ó legatario á su acreedor (3). Otra *necesaria*, y es la que hace el Juez en los casos permitidos contra la voluntad de una de las partes, de la qual trataré. Otra *voluntaria*, y es la que hacen espontaneamente los interesados, la qual se admite aun en los casos no permitidos en derecho (4). Otra *directa*, que es la verdadera, y otra *indirecta*, que se titula así la de que usa aquel á quien se niega la directa, y la dan el nombre de *retencion* (5). Otra *oculta*, la qual toca al fuero interno, y no á este tratado, y para que sea licita, deben intervenir los ocho requisitos que especifica *Ferraris* en su Biblioteca, verb. *Compensatio*. Otra *extrinseca*, que se deduce de causa separada del crédito del actor. Otra *intrinseca*, porque proviene de la misma fuente, hecho, y causa de donde se toma la peticion del actor, que mejor se puede llamar calculo, ó cuenta de lo recibido, y pagado, ó cargo, y data, que compensacion. Y la otra *legal*, la qual se hace por la ley sin que intervenga ministerio del hombre (6).

185 La compensacion trae su origen de la equidad natural (7), y se introduxo con el fin de cortar los pleitos, y de

(1) Ley Compensatio 1. y ley Quod in diem, §. Etiam, ff. de Compens. ley Qui invicem, ff. de Condit. indeb. y ley 20. tit 14. Part. 5. Bersan. de compens. cap. y q. 1. n 6. al 8. y cap. 3 q. 1. Ferrar. Bibl. verb. Compens. n. 1. (2) Bald. in leg. fin. n. 15. Cod. compens. Medices de compens. part. y q. 1. n. 3. (3) Bruneman in leg Verum, ff. de Compens. (4) Bald. in leg. Si constet. n. 13. Cod de compensat. Medices de compensat. part. 2 q. 17. n. 3. (5) Medices dicha part. 2. q. 16. n. 15. Bruneman in dict. leg. Verum: Molignat. de Retent. q. 5. (6) Bersan. dicho cap. 1. n. 19 al 25. (7) Ley Amplius, ff. Rem ratam haberi. Ley Compensat. Cod. Rerum annotat. y ley Neque scriptura. Cod. de compensat. Bersan. cap. 1. q. 3. Ley fuso 3 ff. de Compensat. ley 1. ff. Quod quisque juris, ley Etiam 1, y ley Neque scriptura. Cod. de compensat.

evitar círculos supérfluos, y viciosos (1). Pasa activa, y pasivamente con excepcion real peremptoria inherente á la cosa, á los herederos, y singulares sucesores de el deudor á prorrata de lo que debía, y asi aunque éste no la haya opuesto, pueden oponerla para pagar, mas no por su privativa deuda; y tambien pasa contra los que simultaneamente son acreedores, por lo que es recíproca entre todos (2). La primera obligacion, y las accesorias se acaban una vez hecha la oposicion judicial (3). Se numéra entre las especies de paga, y tiene el vigor, y efecto de verdadera (4). Impide *ipso jure* el curso de las usuras, ó intereses ya se deban por una parte, ó por ambas (5). Liberta al deudor de la nota de moroso, y disuelve la obligacion pignoraticia (6). Produce accion pignoraticia contraria para reivindicar la prenda, que existe en poder del acreedor (7). Infringe el derecho de éste, y absuelve al deudor de lo pedido contra él hasta la concurrente cantidad (8). Tiene fuerza de transacion, si se opone judicialmente (9). Obliga al acreedor á recibir la solucion de su crédito, aunque sea en parte mínima (10). Y produce otros efectos hasta el número de veinte y quatro que pueden verse en *Bartolomé Bersano* en su tratado *de Compensationibus cap. 1. quæst.* 20. Y respecto ocupar el lugar de la paga, pues aunque en el acto no se hace, ántes bien se finge, en el efecto es real, y verdadera, porque ya está hecha, y produce plena liberacion (11), y ser ésta una de las excepciones expresadas en la ley, se debe estimar como tal, é impedirá la execucion de sentencia, instrumento, ú otra cosa que la traiga aparejada, si lo que se pretende compensar, está líquido, ó se liquída en los diez dias legales, y no de otra suerte (12).

(1) Ley Dominus, ff. de Condit. indebiti. Mæste de compensat. q.1. nn 1. y 2. (2) Ley Si pater Cod. de contrario indicio tutel. Bers. dicho cap.1. q. 19. Bruneman in leg. Si cum militi, ff de Compensat. (3) Stryck in usu mod. Pand. lib.16. tit.2. §.2.Bersan. cap 1. dicho q.20 n.6. (4) Ley Si debitor, ff. *Qui potior.* in pignor. hab. ley Dedisse, ff. de Verb. oblig. ley Vel permutavit, ff. de Liberal caus. y ley Si constat, Cod. de compensat. (5) Dicha ley Si constat, y ley Cum alter alteri, ff. de Compensat. (6) Ley Invicem debit. Cod de compensat. Merlin de pignor. lib.5. tit.1. q 6. n.1. (7) Barbos. in dict. leg. Invicem, Marc. dec.148. part.2. n.3. (8) Scacia de Re judic. glos. 7. q. 4. Spec 3. n.7. (9) Ror. part 1. tom.9. dec.125. n.4. (10) Ley Si constat. Cod. de compensat. y ley Ejus quantitatis Cod. de solut (11) Rub dec.334. n.14. tom.1. Bersan. de Pupillis, cap.2. q 25. Conciol. allegat 23 n 48. (12) Ley Si debitor al fin, ff. Qui potior in pignor. ley Dedisse, ff. de Verb. signific ley Ex causa, Cod. de compensat. ley Permutavit, ff de Liberal caus. y ley 20. tit. 14. Part. 5. Rodrig. de execut. cap.6. n.8. Parlad. lib.2. cap. fin. part 5 §.11. n.3.

Al deudor que niega su débito, y despues se le convence de mendáz, no se le admite por derecho la compensacion de su crédito (1), pero sí por equidad (2), porque la mentira deroga los privilegios, y la compensacion se tiene en lugar de paga.

186 Se diferencia la compensacion de la reconvencion en lo que dexo explicado en el cap. 1. n. 226. de este libro. Asimismo se diferencia de la *retencion* que es *reservacion de el derecho antiguo que alguno tiene, sin concederle cosa nueva* (3), y tambien se llama compensacion, lo primero, en que por esta se disuelve, y extingue el débito; mas por la retencion no, pues solo se trata de su extincion, y disolucion, y mientras se declara, retiene el acreedor en su poder la prenda que tiene de su deudor, por cuya razon, y porque nace de la prenda, ó otra cosa de éste poseida por aquel, no se da sino al poseedor (4). Lo segundo, en que la compensacion se hace por derecho en algunos casos, y la retencion á pedimento, por excepcion de parte solamente (5). Lo tercero, en que la compensacion se limíta á ciertos casos, y cosas permitidas por derecho, y solo en ellas tiene lugar, pero la retencion en qualquiera se admite, y asi excluida la compensacion directa, entra la indirecta, qual es la retencion, hasta contra la execucion de la sentencia, si el crédito está ilíquido (6), y aunque de el dinero á la cosa no se admite compensacion, porque quando se elige á alguno para que execute cierta cosa, es visto elegir su industria (7); no es asi con respecto á la retencion (8), por lo que ésta es mas propicia al acreedor, que aquella (9), y es indudable que todo el que compensa, retiene, mas no que todo el que retiene, compensa (10). Y lo quarto, en que la compensacion tiene naturaleza de accion, como en el número anterior queda dicho; pero la retencion es al contrario, porque se

(1) Ley ult. Cod. de compensat. glos. in leg. Nemo ex iis, lit. E. in fin. ff. de Reg. jur. Bersan. cap 3. de compensat. q. 18. (2) Calvin. de Æquitat. lib. 3. cap. 222. n. 7. Cost. de Ratione data q. 61. n. 11. (3) Molignat. de Retent. q. 1. (4 Federic. Scot. lib. 4. resp. 39. n. 18. vol. 2. Ognat. de Contract. tit. 1. disp. 8. n. 140. Capic. dec. 139. n. 1. Molignar. ibi, q. 2. Gracian. discept. cap. 356. n. 30. (5 Larrea, decis. 87. n. 4. (6 Menoc. consil. 110. n. 13. Cencio de censib. part 2. cap. 2. art. 2. n. 43. in addict. Medices Exam. 16. n. 6. Federic. Scot. ibi, n. 9. capic. Galeot. controv. 41. n. 22. lib. 1. (7) Bersan de Compensat. cap. 2. q. 38. y otros. (8) Gracian. ibi. n. 29. (9) Ley Per Retentionem, Cod. de usur. ley 1. & ibi Bald. Cod. de fideicom. Medic. de Compensat. part. 2. q. 28. n. 5. (10) Annot. ad Fabr. in C. lib. 4. tit. 23. defin. 14. n. 5.

funda en la cosa poseida, sin la mas leve participacion de accion, y asi mejor es poseer la cosa, que tener accion á pedirla, y mas seguridad hay en ella, que en la persona del deudor (1). De muchos casos en que se permite la retencion, tratan *Niger de Re judicat. cap.* 24. §. 2. *Medices de Compensat. part.* 2. *quæst.* 16. *Molignat. de Retent. quæst.* 417. y otros á quienes puede ver el Jurista, pues por no ser materia concerniente á este capítulo, ni precisa al Escribano omito explicarlos. Igualmente se diferencia de la solucion, en que en esta qualquiera tercero se admite á pagar por otro, y el acreedor puede ser compelido á recibir de él lo que le satisface por el deudor (2); pero á compensar no es admitido, como adelante diré.

187 Asi como quando se paga una cosa por otra, no tiene lugar la verdadera solucion, asi tampoco la tiene, regularmente hablando, la fingida, ó imaginaria, qual es la compensacion (3), porque la palabra *paga* puesta en la ley comprende toda satisfaccion (4), por lo que para que haya lugar á la compensacion, y se pueda hacer rectamente, lo primero que se requiere, es que las cosas que se piden, y pretenden compensar, consistan en número, peso, ó medida, y sean líquidas ambas, v. g. dinero con dinero, trigo con trigo, vino con vino, &c. (5) pues de el dinero con la especie no se admite (6), á ménos que parezca ésta, y se venga á su estimacion, en cuyo caso no se juzga de la especie como tal, sino como cantidad (7), ni quando ambas partes deben dinero, la una como cantidad, y la otra como especie, v.g. si en un bolsillo cerrado, y sellado existe alguna sin contar, pues entónces mas será permuta, que paga (8); ni de genero con especie (9); ni tampoco de género con género siendo diversos, pero

(1) Regla plus cautionis 125. ff. de Reg. jur. Ursel. conclus.37. n.27. Bersan. cap.1. q.12. de Compensat. (2) Ley Solvere 53 ff. de Solut. & ibi, glos. & DD. y ley 3. tit.14. Part. 5. (3) Mynsinger. in §. In bonæ fidei n.21. Institut. de action. (4) Ley Solutionis verbo 176 ff. de Verb. signific. (5) Ley 2. §. Mutius, ff. Si cert. petat. & ibi DD. ley 21. tit.14 Part. 5. Barbos. in leg. si constat, n.4. Cod. de Compensat. (6) Ley Si convenerit, ff. de Pignorat. action. Bersan. cap. 1. q. 4. n.3. (7) Ley Neque Cod de Compensat. Medices part. 2. eod. tit. q.28. n.4. (8) Ley Si convenerit, citada Bersan. cap.1. q.4 nn.2. y 3. Medices de Compensat. part. y q.1. n 3 Beguudel Biblioth. verb. compensatio. n.7. (9) Ley 21. tit.14. Part.5. y en ella Greg. Lop. glos. 1.2. fin. ley fin. Cod. de Compensat. ley Si non sortem §. Si certum, ff. de condit. indebiti, y ley Si ex pecunia, Cod. de reivindicat. Bersan. cap. 1. q.4. y cap.2. q.1. nn. 17. 18. y 21. de Compensat.

si es uno mismo v. g. trigo con trigo, y ambos tienen igual bondad, es admisible (1). Lo segundo, que la cosa que se intenta compensar, tenga la propia estimacion, y bondad que la que se pide, por lo que si uno debe cierta porcion v. g. de trigo á otro, y éste á él otra tanta, pero de mejor calidad, no se admitirá la compensacion por defecto de identica bondad (2), por cuya razon, y porque es incierto su valor, y no se puede liquidar brevemente su estimacion, y á mas de esto se consideran la aficion á la cosa, y otras circunstancias precio estimables, que constituyen á la una mas cara que á la otra, no se debe compensar la especie con la especie, ni el género con otro género, v. g. la casa con el fundo, un caballo con una mula, trigo con vino, &c. (3) pues las cosas que se eliden por la excepcion, no son compensables (4). Lo tercero, que el crédito, y el débito concurran en una misma persona, de suerte que ambos litigantes sean acreedores, y deudores, actores, y reos, pues con el crédito de un tercero no se admite la compensacion por favor del deudor (5), ni se puede obligar á éste á que contra su voluntad compense lo que debe á otro que á su deudor (6). Lo quarto, que el crédito, y el débito se pidan en nombre propio, y no en el de un tercero, por lo que el tutor que es acreedor de alguno, no puede compensar con él lo que debe en nombre de su Pupilo, ni con el acreedor de éste lo que el mismo debe por sí (7). Lo quinto, que aparezca de la substancia del crédito, y conste liquido, ó se pueda liquidar brevemente, que segun nuestro derecho es en el término de diez dias, por confesion de la parte contraria, ó por otro medio legal, pues en otros términos no se admite compensacion de lo liquido con lo ilíquido (8). Lo sexto, que el débito provenga de causa justa, y titulo legítimo, y no de mera, ó pura gratitud (9). Lo séptimo, que intervenga la voluntad del deu-

(1) Tyndor de Compensat. art.6. n.8. Regnudel ibi n.29. Bersan. cap.1. y q. 4. cit. (2) Jason in § In bonæ fidei,n.62. (3) Dicha ley 21. ley fin. Cod.de Compensat. & ibi Cin. & Bald Barb. in leg. Si constat. Cod. de Compensat. n.9. Mynsing. ibi n.32. (4) Ley Quæcumque per exceptionem, ff. de Compensat. (5) Ley Ejus, Cod. de Compensat. ley 2 y ley In rem suam, ff. eod. tit. (6 Salg. Labir. part.3 cap.6. § unic. n.18. Bersan. dicho cap 1. y q.4 nn.10. y 11. (7) Ley Id, quod, ff. de Compensat. Bald in leg. Ejus Cod. eod. tit. (8) Dicha ley 21. tit.14 Part. 5. y ley ult. Cod de Compensat. & ibi glos & DD. Regnudel ibi n.6. Medices de Compensat. part.1. q.13. n.1. al 4. (9) Moron resp.53 n.00. Bersan. dicha q 4. n.14

dor en querer la compensacion, pues en su eleccion está el pretenderla, ó satisfacer á su acreedor lo que le debe (1). Y lo octavo, que el débito sea puro, y no alternativo (2), ni condicional, ni á dia cierto, porque hasta que éste se verifique, y la condicion se cumpla, no se considera como tal (3). Concurriendo estos requisitos, al modo que el que tiene á su favor muchas prendas, ó bienes obligados, puede elegir el que quiera, para que se venda, y se le haga pago (4), y el fiador reconvenido compensar el débito con su crédito, ó con el del principal deudor (5), como en el n. 192. diré, del mismo modo el acreedor, aunque lo sea por muchas causas, que es deudor de su deudor por una sola, puede elegir el crédito que mas bien le parezca, y compensarlo con su propio débito (6), y esto en qualquiera parte no obstante que hubiese prometido pagarlo en lugar determinado porque no le está prohibido, y porque en este caso mayor efecto causa la accion mixta de excepcion, que la pura accion (7); y asi no solo se amplia, y estiende á las cosas que se deben por derecho de accion, sino tambien por el oficio noble, ó mercenario del Juez (8). Pero asi como no se admite reconvencion de reconvencion por las razones expuestas en el cap. 1. de este libro n. 224. tampoco compensacion de compensacion en todos casos (9). En quanto á lo que debe hacerse quando la compensacion se hace en los casos prevenidos por la ley, ó es necesaria la oposicion de parte para inducirla, vease á *Bersano* en el cap 1. quæst. 6. *de compensationibus*, que examinando las razones de las dos opiniones que hay, explica los casos en que ambas tienen, ó no lugar.

188 No solo puede oponerse la compensacion ántes de la sentencia en qualquiera parte del juicio ya sea sumario, ó plenario, sino despues de pasada en autoridad de cosa juzgada, por ser excepcion perentoria que no la impugna, sino que la modifica (10).

(1) Surd decis. 191. n. 18. (2) Ley Si debeas, ff de Compensat. (3) Ley Quod in diem, ff. de Compensat. ley Debitor, y ley Cedere diem, ff. de Verb. obligat. Thesaur. q 21. n.1. lib 4. Bersan. cap 1. y q 4. dichos nn.1[illegible]. y 17. (4) Ley Creditor, ff. de Distrat. pignor. (5) Ley Si quid à fidejussore, ff. de Compensat (6) Medices de Compensat. part 2. q.12. Bruneman in leg. Verum est, ff. de Compensat. Bersan eod. tit. cap 3. q 11. 7) Castr. in leg. Si pecuniam. ff de compensat. n. [illegible]. Tyndor. eod. tit. art. 4. n. 24. Medices eod tit. part 1 q.7 n.2. Bersan. eod. tit cap 1 q 18. nn 5. y 6. (8) Ley Si ambo, §. fin ff de Compensat Bersan. loi n.7 (9) Bald. in Authent. & consequuntur col 1. de sentent. Greg. Lop. en la ley 20. tit. 14. Part.5. glos.5. (10) Ley 2. ley Si

Tambien puede hacerse la oposicion por el que tiene facultad de tratar, contratar, y comparecer en juicio, ante el Juez ordinario, el delegado, el de apelacion, el árbitro en la causa compromisaria, y el mero executor (1), por via de excepcion aunque esten pasados los diez años que la ley 63. de Toro prescribe para pedir executivamente, pues se debe admitir conteniendo los requisitos expresados, porque lo que es temporal, y limitado para demandar, es perpetuo para excepcionar (2). Asimismo puede hacerse por via de reconvencion. Si el demandante la opone como excepcion, entónces como que alega no ser deudor, y pretende que asi se declare, y que se le descuente su importe de lo que el acreedor le pide, debe admitirse, y descontarsele; pero si no la justifica de suerte que no se dude de ella, debe pagarle ante todas cosas, y luego seguirse el pleito, recibiendose á prueba por via de justificacion. Lo mismo se ha de practicar quando la opone por via de reconvencion como mutua peticion (3); y para que no sea perjudicado, ni la compensacion que intenta surta el efecto de reconvencion, ha de pretender se le absuelva de lo pedido por el actor, mediante la compensacion deducida (4). Pero el que opone la compensacion, puede pedir se compela á su contrario á la ediccion, ó manifestacion de los papeles, ó instrumentos que existen en su poder, para probarla, quando es intrinseca, que es la que proviene de la misma causa y fuente de que se origina su peticion, ó demanda, no asi quando es extrinseca (5).

189 El heredero á quien pasa activa y pasivamente la excepcion de compensacion segun en el núm. 185. queda sentado, tiene facultad de compensar con el acreedor del difunto su causante lo que debe á éste, si aquel le demanda por lo que el difunto le debia (6), porque la compensacion como excepcion real es inherente á la cosa, y no á la persona. Si son muchos herederos, ha

constat. y ley Ex causa Cod. de compensat. ley Unusquisque, ff eod tit. ley Ejus quantitatis, Cod. de solutionib. § in bonæ fidei, y § Compensationes, Institut. de action. Bersan de Compensat. cap 2. q.41. y cap. 4. q.1. y 2.

(1) Bersan. dicho cap.4. q 3.4. y 5. y otros. (2) Ley Pure, § fin. ff. de Doli exception. Parlad. lib. y cap.1. § 13. nn.16. y 17. (3) Ley 20. tit. 14. Part.5. & ibi glos.3. y 4. y ley 1 tit 28. lib.11. Nov. Rec. Rodrig. dicho cap. 6. Parlad. § 11. cit n.31. (4) Bersan cap. 1. q.13. n 27 de Compensat. (5) Chartar. de iis 93. n 20. Adicionat ad Oleam de cesion jur. tit.6. q 11 Bersan cap 1. q 21. nn. 7. y 8. (6) Ley 3. ff. de Contrario indicio tutel. Medices part.2. de Compensat. q.19. n.3.

lugar tambien entre ellos la de los débitos hereditarios, v. g. si uno posee la parte de herencia que corresponde al otro, y éste la que se debe dar á aquel, en cuyo caso si uno de ellos quiere reivindicar la suya, le obsta la excepcion de compensacion de la que retiene, y pertenece al otro partícipe (1); pues aunque de la especie á la especie no se admite en derecho, cesa la prohibicion con la voluntad de las partes. Pero el coheredero no puede excluir á su acreedor por lo que éste debe á otro heredero, cuyo débito no dimana de parte de la herencia (2).

190 Igual facultad tiene el deudor demandado por el heredero acerca de lo que debia al difunto, pues puede excepcionar la compensacion no solo de lo que éste le debia, sino tambien de lo que el mismo heredero le está debiendo, porque despues de la adiccion, ó aceptacion de la herencia se confunde ésta con los bienes del aceptante, por cuya confusion los débitos de éste se consideran y gradúan como de aquel para el efecto de compensarse, especialmente siendo lisa, y llana la aceptacion, pues siendo con beneficio de inventario es opinable, á causa de que la herencia aceptada de esta suerte, se distingue del heredero, el qual en este caso es un mero depositario, y no está obligado *ultra vires hæreditarias* (3). Pero si los herederos son muchos, y tratan de cobrar el crédito perteneciente al difunto, les puede oponer el deudor demandado la compensacion á prorrata de lo que el difunto debia á éste; mas no de lo que cada uno de aquellos le debe por su propia persona, pues esta no es admisible (4).

191 Carece de accion el socio para compensar lo que debe á la sociedad, con lo que peculiar, y privadamente le debe su consocio; y así la debe satisfacer lo que resulte á su favor, y luego podrá usar de su derecho contra el consocio deudor suyo (5); bien que si el crédito, y el débito pertenecen á la sociedad en comun, y no á otra particular en la que no son partícipes todos, no se halla

(1) Ley 1. §. Item. si eum, ff. Si pars hæreditat. petat. y ley Mævius, §. Arbiter, ff Familiæ erciscund. Greg. Lop. en la 21. tit. 14. Part. 5. glos. 2. Bersan. cap. 3. q. 7. n. 18. al 21. (2) Medices de Compensat. part. 2. q. 6. n. 1. Bersan cap. 3. q. 1. n. 1. al 9. y q. 7. nn 17. y 18 (3) Bruneman. in leg. Si cum militi, ff de Compensat. Calvin. de Æquitat. lib 3. cap. 244. n. 20. Olea de Cession. jur. in addict. tit 6. q. 11. n. 3. Bersan. cap 3. q. 7. n. 2 al 8. (4) Bersan. dicha q 7 nn. 14. y 15. Bruneman ibi. (5) Ley Actione 65. § Si communis, ff. Pro socio. Greg. Lop en la 24 tit. 14. Part. 5. glos. ult. Escobar de Ratiocin. cap. 36. n 6. Bersan. cap. 3. dicho q. 9. n. 4.

repugnancia exclusiva de la compensacion (1). Los que tienen compañia, ó poseen comunalmente alguna cosa, pueden descontarse mutuamente el daño, y deterioro que por su negligencia se hayan irrogado, con tal que sea igual, y el crédito de la sociedad no consista en especie, y si consiste en esta que se estime previamente. Si es desigual, pueden hacer el desquento con el lucro de el que lo haya causado, hasta la concurrente cantidad (2); lo qual no sucede con el que un socio causó por su culpa, y no por caso fortuito á la sociedad, pues no se compensa con el lucro que en ella adquirió, porque este se constituye de ella en comun, y el daño se atribuye solo al que lo causó, por lo que no se comunica á los consocios. El intentar compensar el daño con el lucro en este caso, es querer hacer compensacion del propio débito con el crédito ageno, lo qual no permite el derecho (3), y asi no milita en dicho caso la razon legal de que todos los contratos se aceptan con la comodidad, é incomodidad, porque se compensa la una con la otra (4), y que quien percibe el lucro debe sufrir el daño (5).

192 Como á todos está permitido usar de los derechos que protegen á su tutor (6), y á los fiadores competen las excepciones que á los principales deudores, especialmente si miran á la obligacion de la causa (7), se sigue de aqui, que si el fiador es demandado por la fianza que constituyó, puede compensar no solo la suma que el acreedor, ó demandante le debe, sino tambien la que éste debe al principal deudor á su eleccion, como en el núm. 187. expuse (8). Lo primero, porque asi como puede pagar por éste, puede tambien compensar (9). Lo segundo, porque al modo que puede satisfacer de el dinero de su principal, del mismo modo oponer la compensacion de la cantidad á que este es acreedor, porque el fin, y efecto de la compensacion es hacer la paga (10).

(1) Ley Si duo, ff. de Dolobus reis. Bersan. q. 9. cit. n. 2. (2) Ley Si ambo, ff de Compensat. y ley 22. tit. 14 Part. 5 Bersan. dicha q. 9. n. 8. al 13. (3) Ley De illo, ff. Pro socio, Bersan. q. 9. dicha nn. 17. y 18. (4) Ley Cum quæritur, ff de Adminis. tutor (5) Ley Secundum naturam, ff de Regul jur. ley Si duorum, ff de Action. empti, y ley Si negotio, ff. de Negot gest. (6) Ley Invitus 156. §. Plerumque, ff. de Regul jur. (7) Ley Defensiones, Cod. de exception. Gras. de exception. excepcio 16. n. 44 Coppel. de Compensat. cap. 3. n. 28. (8. Ley Ex persona, ff. de Fidejus ley Verum 4. y sig. ff. de Compensat. y ley 24. tit. 14 Part. 5. & ibi gl. s. 2. (9 Coppel. ibi. (10) Ley Si debitor, ff. Qui potiores in pignor. ley Si constat. Cod. de Compens. Mantic. de Tacit. lib. 16. tit. 15. n. 10.

y lo tercero, porque el fiador no debe ser condenado en mas que el principal obligado, y respecto no deber serlo éste por la cantidad que se compensa, tampoco aquel, ántes bien por favor suyo se debe considerar la razon de compensacion (1), por lo que puede excepcionar no solo la de su crédito, ó de el principal deudor separadamente, sino la de ambos á un tiempo, si el uno no alcanza á la total solucion de lo que éste debe (2), y esto aunque lo resista el mismo deudor (3), porque la compensacion es excepcion real inherente á la cosa, y no á la persona (4). Esto procede no solo quando el crédito compensable se originó ántes, sino despues de la fianza, ó sobrevino en el fiador, ó principal deudor despues de seguida la condenacion ó sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada (5), y aun en el caso de que el principal obligado esté impedido por derecho de usar de la compensacion, porque el fiador trata de evitar su daño, y no debe serle nocivo el delito de aquel (6), y tambien en el de que haya prometido pagar sin oponer excepcion alguna el mismo deudor principal, á ménos que haya renunciado específicamente la de compensacion (7). Pero se tendrá presente que si el acreedor executa al fiador simple ántes de hacer excusion en el deudor principal, y el fiador tiene que liquidar quentas con el mismo acreedor que resulta alcanzado, ha de oponer á éste la excepcion de la excusion, y no la de compensacion, porque esta requiere mas examen, y tiempo, no estando líquida, y confesada la suma, y por el hecho de omitir la otra excepcion, se constituye deudor principal, no siendolo, y asi se sentenciará la causa de remate, y se le reservará su derecho para otro juicio acerca de la compensacion; pero esto se entiende quando el crédito, y débito descienden de diversos contratos, mas no si se derivan de uno mismo que tiene causa individua, connexa, y correspectiva, v. g. la sociedad, tutela, y otro género de administracion, de la que se pueden dar á entrambos las acciones *directa*, *y contraria*, en cuyo caso la ex-

(1) Ley Verum 4. ff. de Compensat. Bersan. cap.3. q.2. n 1. al 7. (2) Ley Si quid a fidejussore, ff de Compensat. (3) Ley Si stipulatus, y ley Ex persona, ff. Fidejuss. Mantic. ibi n.15. (4) Medices de Compensat. part.2. q.4 n.3. Gras. exceptio 16. n 43. Bersan. dicho cap 3. y q 2 n 8. al 11. (5) Tynd de Compensat. art.8 n.35. Surd. decis.191. n.7 Athet decis 121. n.3. Bersan. ibi, n.12 al 14. (6) Hering. de Fidejuss cap 20 §.6 n.5 Maur. eod. tit. Sect.10. cap.9. n.5. Medices, part 2. de Compensat q.4 n.2. Bersan ibi, n.15. al 17. (7) Niger. de Except. cap.13. §.8. n.11. Bersan. ibi, nn.18 y 19.

cepcion de compensacion impide la execucion de lo líquido recibido, hasta que se liquíde la data, ó descargo (1).

193 Lo explicado en el núm. anterior no milita quando el fiador es deudor del deudor principal por igual suma que la porque le fió, y este le demanda sobre su satisfaccion, pues la fianza no le presta accion para intentar la compensacion. Lo primero, porque esta es mutua contribucion del crédito, y débito de tal suerte, que ninguno puede pretenderla, sino es acreedor, y deudor juntamente (2). Lo segundo, porque el principal deudor no se dice obligado en cantidad alguna á su fiador, á pretesto de la fianza que por él constituyó, y el crédito que por causa de esta puede conseguir contra dicho deudor, depende de la condicion, *Si pagáre por él*, y ántes que esta se purifique, no se debe llamar débito, ni el que de ella depende, deducirse para que se compense (3). Y lo tercero, porque no hay débito, ni cantidad ántes que se pague, y el peligro á que está expuesto, no es razon suficiente para la compensacion, y asi no es justo se permita esta, ni la retencion, al que todavia no es acreedor; lo qual se limíta en caso que pague por él, pues entonces se constituye verdadero acreedor suyo, y se le debe admitir (4).

194 Sin embargo de que el padre, y su hijo son dos personas realmente distintas segun la naturaleza, y de que por esta razon parece no se debe admitir, ni tener lugar con el uno la compensacion de lo que un tercero debe al otro, no obstante, como en derecho, y para los efectos civiles se reputan por una, tendrá lugar entre ellos en varios casos; y por lo tocante al padre, digo que está obligado á admitir la de su crédito con el débito de su hijo existente en su dominio, en los siguientes. El primero, quando le concedió peculio, y trata de exigir el crédito del mismo hijo contraído con ocasion del referido peculio, pues si el hijo se halla deudor de su deudor, podrá oponer rectamente éste á su padre la compensacion, no solo por lo que importe el peculio, sino por el total débito; lo qual no sucederá, si el padre intenta recobrar su propio crédito, pues entónces se admi-

(1) Escobar de Ratioc. cap. 21 n. 22. (2) Ley Unusquisque, ff. de compens. ley Si constat, cit. y ley Qui invicem, ff. de Condict. indebiti (3) Ley 1. ff. de Condit. & demost. Medic. de Compensat part. 2 q. 30 n. 26. Urceol consult. lib. 2. cap. 61. n. 34. Castill. lib. 4. controv. cap. 40. n. 73 (4) Bruneman in leg. Verum n. 4. ff. de Compensat. Bersan. cap. 3. q. 3.

tirá la compensacion al acreedor de su hijo hasta en el importe del peculio asignado á éste, y no mas (1); pues lo que muchas veces no se puede conseguir como actor, ó por derecho de accion, se consigue como reo, o por derecho de excepcion (2). La razon de diferencia consiste en que quando el padre intenta exigir el crédito que su hijo contraxo con motivo del peculio, es visto que lo aprueba, y respecto usar de su derecho por solo el mismo contrato, es justo que por esta causa sufra *in solidum* la compensacion que se le objeta (3); mas no, quando usa de él por su privativo débito, y no por el que proviene del contrato de su hijo (4). El segundo, quando el padre aprobó el contrato de su hijo, y se le opone la compensacion de el débito de éste dimanado del propio contrato (5), pues por el hecho de aprobarlo, se sujeta á las leyes de él sin consideracion ni limitacion á su importe (6). El tercero, quando el padre mandó al hijo que contraxese con alguno, y de este contrato resultó deudor el hijo; pues si el acreedor de este fuere reconvenido por su padre como deudor por aquella causa, podrá deducir la compensacion de lo que el hijo le debe por razon del mismo contrato (7). El quarto, quando el hijo convirtió en utilidad de su padre lo que recibió de su acreedor, y el padre le dió facultad para contraer, pues habrá lugar la compensacion de lo invertido en su provecho, porque así como por la accion *in rem verso* puede pedir y obtener el acreedor contra aquel en cuya comodidad se convirtió su crédito (8); asi tambien compensar lo que se le debe (9). Y el quinto, por los alimentos necesarios que alguno suministró al hijo estudiante, pues puede el padre ser reconvenido á cerca de ellos por el mutuante, ó alimentante, y se debe admitir á éste la compensacion contra él hasta en su importe (10), bien que si el hijo se halla emancipado, no está obligado su padre á pagar sus débitos, ni por consiguiente á la admision de la compensacion, por-

(1) Ley Si cum filio famil. ff. de Compensat. & ibi DD. Coppel de Compensat. cap. 4. Tynd. eod. tit. art. 7. n 7. (2) Glos en dicha ley Si cum filio verb per Compensat. (3) Coppel. dicho cap. 4 n 6. (4) Donel Comentar. jur. lib. 16. cap. 15 col. 7. n. 20. (5) Mdices de Compensat. part 2 q. 5. n. 2 Tynd ibi. (6) Addict ad Oleam de ces. jur. tit 6. q. 11. n. 3. y 27. (7) Ley 1. ff Quod jusso Zanger de except. part 3. cap. 6. n 16. 8. §. Præterea Institut. Quod cum eo. 9) Zanger ibi Barsan. cap 3 q 4 n 11. (10 Surd de alim. tit 6 q 5. n. 22. Bos. de Anim. cap. 16. n. 904. al fin Michalor. de Fratrib. part. 1. cap. 26.

que ésta es solucion (1). Por lo respectivo al hijo existente en la patria potestad, si demanda á su deudor, es indudable que este puede compensar con él lo que su padre le debe hasta el importe de su peculio, mas no en lo que adquirió con su arte, ó industria (2). Pero si el hijo es demandado, no se le permite compensar su deuda con el crédito de su padre, excepto que afiance de que este le habrá por firme, y no reconvendrá á su deudor por ella: lo propio milita quando el padre es demandado, y el hijo sale al juicio á defenderla sin su poder, y con otros aunque no sean hijos ni parientes, que sin su respectivo poder quieren defenderse judicialmente, pues precediendo la fianza referida pueden oponer la compensacion de lo que el demandante debe al que quieren defender (3); y la razon en quanto al hijo es, porque está impedido de comparecer en juicio por su padre, á ménos que se lo mande, y como el que compensa, demanda, y mueve pleito, respecto pide lo que pretende se compense, por eso es preciso que dé la caucion, ó fianza de *rato* (4).

195 Dos especies, ó clases de Procuradores se distinguen en el derecho, la una se llama *propia*, que es la de el que evacua los encargos, y negocios de otro; la otra *impropia*, porque hace los suyos, y se llama en latin *Procurator in rem suam*, y en castellano Procurador en su misma causa (5). En quanto al primero, digo que si es demandado para que pague la deuda de el que le dió el poder, ó excepciona la compensacion del crédito de este, ó del suyo privativo. Si del crédito de su principal, es inqüestionable que se le debe admitir, afianzando de que éste lo habrá por firme, y no lo pedirá á su deudor, cuya fianza se llama *de rato*, entre los Jurisconsultos (6); lo qual se entiende, excepto que el mismo principal hubiese opuesto ántes la compensacion, en cuyo caso no necesita afianzar, porque no es quien la opone, y solo la renueva (7): lo propio milita en los casos en que *ipso jure* se hace (8). Si la excepcion es de su mismo crédito, aunque no falta quien afirme que puede, obsta sin embargo á este

(1) Panger ibi Bersano ibi n. 15. (2) Zanger ibi Bersano ibi n. 15. Tynd. dicho art. 7. n 8 (3) Dicha ley Si cum filio: y ley 25. tit. 14. Part. 5 Tynde dicho n 8. Conpel. de Compensat. cap. 3. n. 27. Medices eod tit. parti. 2. q 5 n. 3. (4 Ley Amplius, ff. de Rem ratam haberi 5 Glos in leg 1. verb. Aliena, ff. de Procurat 6 Ley 24. tit 14. Part. 5 7 Medices de Compensat. part 2. q 13. n. 5. Sanmiæ Controv. forens. 32. n. 26. Tynd. dicho art. 7. n. 6. (8) Bersan. cap. 3. q 14. per tot.

dictamen la razon legal de que para admitirse la compensacion, deben ser ambos acreedores, y deudores, reciprocamente uno de otro, y no intervenir el crédito de tercero, como dexo expuesto, y así no habrá lugar á ella. Lo mismo procede quando es demandado por su privativa deuda, y opone la compensacion del crédito de su constituyente, ó poder dante, advirtiendose que por el ausente que ningun Procurador tiene, qualquiera del Pueblo puede oponer la compensacion del débito porque se procede contra él, con el crédito del mismo ausente (1), a cerca de lo qual, y otras especies vease á *Bersano cap.* 3. *quæst.* 14. *per tot.*

196 Por lo tocante al Procurador en su misma causa, ó cesonario, digo que como se constituye acreedor por su propia persona, y no por la del cedente despues de hecha la cesion (2), de tal suerte que á nadie mas que al cesonario está obligado el deudor cedido (3), y despues de la oposicion se retrotrae la compensacion al dia del contrato del débito, segun se prueba de la ley 4. *Cod. de Compensationibus* (4), por estas razones el acreedor cesonario, que es deudor de su deudor cedido, y por él es reconvenido á cerca de su débito, está expedito, sin impedimento alguno para excepcionar la compensacion con el crédito adquirido por virtud de la cesion (5); lo qual se entiende, aunque el cesonario no haga saber al deudor que no pague á otro (6). Pero se limita en caso que la cesion se haga con fraude, ó el crédito cedido esté afecto á algun vicio, ó carga, por el que no puede pretender el cedente su exaccion (7). En quanto á si el deudor cedido puede oponer la compensacion contra el cesonario, como podia contra el cedente, vease *á Bartolomé Bersano* en el *cap.* 3. *quæst.* 6. de este tratado, que propone cinco opiniones, las que omito referir por no importar al Escribano. Y por lo respectivo á si el acreedor posterior podrá compensar su débito con el deudor comun en perjuicio de los anteriores que tienen obligados los bienes de éste, vease la *quæst.* 10. de dicho cap. que siguiendo á *Carleval* en la *disp.* 27. *del lib.* 1. *tit.* 3. y alegando otros funda-

(1) Castr. Palao in suis oper moral tract 32. disp. 1. punct. 16. n. 14. § 2. Bersan di ha q. 13. n. fin. (2) Ley In rem suam, ff. de Compensat. Salg. de Labir. part. 1. q 11. n. 2. Castill. lib. 4. controv. cap. 40. n. 75. (3) Ley Procurator 55. ff. de Procurat. (4) Donnel. In commentar. jur. lib. 16. cap 15 col. 10. vers. tertium: Bersan cap 1. q 8 de Compensat. n 5. y sig. (5) Dicha ley In rem suam, & los glos. Castill. in Bersan. cap. 3. q 5. nn 2. y 3. (6) Bersan ibi nn. 10. y 11. Copel. cap. 3. n. 14 de Compens. (7) Bersan. cap. 3. y q. 5. dichos n. 12. al 17.

mentos, impugna á sus contrarios, y defiende que puede.

197 Dicen algunos que la renunciacion del beneficio de la compensacion, ó de no poder oponerla, no vale, porque es contra la equidad natural, y buenas costumbres, y que aunque el deudor jure en el contrato no usar de ella, se debe admitir, no obstante el juramento, porque todo lo que se debe hacer de oficio por el Juez, no se entiende excluido en el contrato. Pero otros afirman que en nada es admisible sin embargo de que los contratos de ambos sean jurados, porque quando el juramento se puede observar sin detrimento de la salud eterna, se ha de estar á él; y siempre que interviene el de hacer la paga, no há lugar la compensacion, porque le obliga á pagar en forma especifica, y su renunciacion no es contra la equidad una vez que la parte lo hace espontaneamente (1), y que lo propio milita para con su heredero, porque aunque no pasa á éste en quanto al reato de perjuro, le incumbe la obligacion en lo tocante á la observancia del contrato (2), fuera de que cada uno puede renunciar lo que está establecido en su privativo beneficio, no habiendo legal prohibicion (3), teniendo presente que á quanto se obliga el hombre, á tanto queda obligado (4), y así en pagando puede usar de su derecho acerca de lo que quiere se compense con lo que debe. Pero es de advertir, que porque el deudor haya pedido término, ó la ley se lo conceda para pagar, no es visto renunciar la compensacion, ni haber perdido la facultad de hacerla (5), y así puede oponerla.

198 De los ocho requisitos que segun lo expuesto en el n. 187. deben intervenir para que la compensacion se haga rectamente, la una es que el crédito, y el débito sean de un sugeto, y no de un tercero, y se pidan en nombre propio. De este principio se sigue que no se debe admitir al acreedor que no por sí, sino por otro quiere compensar, porque el crédito, y débito deben concurrir en una misma persona (6), y así de nada servirá al deudor demandado el excepcionar contra su acreedor de lo que éste debe á otro

(1) Covar. cap. Quamvis pactum part 1. §. 4. n 9. Acev. en la ley 1. tit. 21. lib. 4. Rec. n. 129. Gutier. de juram confirm part 3. cap y n. 6. Gallerat. de Renunt. Centur. 1. renuntiatio 83. Bersan. de Compens. cap 1. q. 24. y cap. 2. q. 11. (2) Addict. decis. 381. nn. 8. y 9. Ludovis. decis. perusian. 15. nn. 11. y 12. (3) Ley Si quis in conscribendo 29 Cod. de Pact. (4) Ley 1. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec (5 Bersan. cap. 3 q 19 n. 4. hasta el fin. (6) Ley 2. y ley In rem suam, ff. d. Compensat. ley Si constat. Cod. eod. tit. y ley Qui invicem, ff. de Condition. indebiti.

que á él, para eximirse por este medio de la solucion de su deuda, aunque aquel cuyo crédito se deduce para que se compense, lo consienta (1), ni aun quando sean dos deudores mancomunados, puede el reconvenido oponer contra el actor la compensacion de la cantidad que éste debe al correo, ó mancomunado, porque versa identidad de razon (2).

199 Lo propio se entiende para con el Prelado, Rector, ú otro que gobierna, ó administra los bienes de la Iglesia, pues no está obligado á admitir la compensacion de su propio débito con el que el demandado debe á la Iglesia (3). Tambien debe observarse la misma regla con el poseedor del mayorazgo que pide los créditos de éste, pues no se compensarán con lo que él debe, porque el mayorazgo que está baxo la administracion del poseedor, se semeja al Pupilo que vive baxo de la tutela, y á la Iglesia que se administra por su Prelado (4).

200 Los créditos de el tutor, y curador no se deben compensar con los de su menor, porque el tutor representa dos personas que no deben confundirse, y así no están obligados á admitir la compensacion, pues quando intenta el cobro del crédito del menor su tutor, se dice que aquel lo solicita por medio de éste (5). Pero entre muchos tutores de un menor se ha de admitir la compensacion, aunque la tutela, ó administracion esté dividida entre ellos, con tal que el crédito en que aquella se funda, pertenezca al menor, y no privativamente al tutor (6), porque no obstante ser diversas las administraciones, es una sola, é individua la tutela (7). Lo mismo sucede al tutor reconvenido en nombre del Pupilo por lo que éste debe, con lo que el demandante está debiendo al mismo Pupilo, porque está obligado á defenderle, y tambien con su propio crédito en favor de éste (8). El que nombra los tutores, reconvenido que sea por el Pupilo á causa de no

(1) Ley Ejus Cod. de Compensat. dicha ley In rem suam, verb. creditor, & ibi glos. & DD. (2) Ley Si duo, ff. de Duobus reis. (3) Bruneman in leg. Id, quod, ff. de Compensat. Salg. Labir. C. edit. part. 2. cap. 32. n. 98. (4) Salg. ibi, n. 97. Carol. Anton. de Luca de Pluralit. hom. legal. cap. 7. nn. 4. y 5. (5) Dicha ley Id, quod, & ibi Bruneman. Bersan. cap. 5. q. 17. de Pupillis. (6) Donel. In Commentar. jur. dicho lib. 16. cap. 15. n. 40. Melices de Compens. part. 2. q. 13. n. 5. Bersan. ibi. n. 13. (7) Ley inter, ff. de Administ. tutor. Bersan. cap. 2. q. 8. de Compens. y cap. 5. q. 17. cit. de Pupillis n. 10. (8) Coppel. de Compens. cap. 9. n. 15. Bersan. dicha quæst. 8. n. 13. al 17. y de Pupillis cap. 5. quæst. 18. nn. 8. y 9.

haberlos elegido idoneos, puede compensar con éste la cantidad que pagó utilmente por él (1).

201 Si el vendedor instare por la solucion del precio de la alhaja que vendió, puede el comprador oponerle la compensacion del crédito que tiene contra él, y se le debe admitir, no siendo el vendedor el Fisco (2); lo qual se entiende, á lo que el comprador pagó por razon de la alhaja vendida, v. g. si la vendió como libre, y luego resulta gravada (3), aunque el vendedor no expresase que era libre, ó si éste prometió reintegrarle de lo que por su culpa, y por razon de la alhaja satisfaciese, pues así como el comprador puede repetir las expensas (4), así tambien compensarlas con el precio no pagado. Se amplía igualmente á las usuras recompensativas del precio no pagado de que habla la ley *Curabit Præses* 5. Cod. *de Actionibus empti.* porque el que tiene causa, ó accion para compensar, no se llama deudor, ni de él se debe exîgir la cantidad compensable (5). Asimismo se amplía á lo comprado en pública subasta (6).

202 Siendo, como es axîoma constante de derecho, que la accion se repele por la legítima excepcion, es tambien indudable que al comprador, á quien el vendedor reconviene por el el precio de la cosa que le vendió, se socorre con la admision de la compensacion de la que se le quitó por eviccion (7). Lo propio milita, si le reconviene por otra suma fuera del precio, á causa de que tal vez ya estaba pagado ántes que se le quitase la alhaja (8). No solo por el precio, sino por el interés de el que se obligó á eviccion, se puede deducir la compensacion; pero sino se obligó á aquella, solo tendrá lugar esta por el precio, porque este siempre se debe, á ménos que otra cosa se haya pactado (9). Lo mismo procede para con el comprador que reconviene al vendedor de eviccion por la cosa que se le quitó, pues éste le puede oponer la compensacion del precio de ella que no le pagó (10).

(1) Ley Si tutores, Cod. de Compens. Bersan. ibi n. fin. (2) Ley Si ex venditione. Cod. de Compens. (3) Ley Quoniam libertum, Cod. de Compens. & ibi Ciriac. (4. Ley Cum tibi, Cod. de Evict. (5) Ley Ejus quantitatis, Cod. de Solut. (6) Posth. de Subast. insp. 39. n. 26. Bersan. cap. 3. q. 24. n 1. al 19. (7) Ley Vindicantem, ff. de Evict. (8) Bart. in leg. Eleganter, n. 2 ff de Pignorat. action. Mangil. de Evict q. 83. n. 24. Medices de Compens. part. 2. q. 25. n 5. Caroc. de Except. except. 27. n. 13 (9) Ley Actorem, §. Qui autem, ff de Act. empt Palma cons 12. Uiscol. cons. 2. n. 43. (10) Glos. in leg. Res, verb. consistere, Cod. de contrahend. empt.

203 No sucederá lo expuesto en el núm. anterior para con el evincente, si el comprador le opone la compensacion de la cosa que le quitó en juicio, por el precio pagado por ella, y así no se le debe admitir, porque por este no debe proceder contra él sino contra el vendedor (1), pues de lo contrario resultaria que se le admitia de lo que un tercero debia, lo qual no permiten las disposiciones legales (2). Pero si el comprador hizo mejoras en la alhaja, se le permite usar por ellas de la retencion de esta con el evincente, porque ceden en su utilidad, y nadie debe lucrarse en detrimento de tercero (3); bien que en este caso el evincente podrá replicarse de la compensacion de las mejoras con los frutos percibidos de la alhaja, como lo dice la ley *Sumptus* 48. ff. *de reivindication. ibi: Impensas, quas ad meliorandum rem vos erogase constiterit, habita ratione fructuum, restitui vobis jubebit*; lo qual se entiende, reduciendo los frutos á cantidad, mas no si existen, porque esta no se compensa con la especie (4).

204 Sin embargo de que la compensacion, que en el acto es solucion imaginaria, y fingida, no se diferencia en el efecto de la verdadera, si en el retracto de la consanguidad manda el estatuto que lo permite, que el retrayente pague real, y efectivamente en dinero al contado el precio de la finca que retrae, no se le debe admitir la compensacion de su crédito (5). Pero si el estatuto habla simplemente en quanto al precio, se puede admitir la compensacion por dos razones; la primera, porque esta equivale á la verdadera paga, y satisface á la restitucion del precio (6), y la segunda, porque el consanguineo hace las veces del comprador, y éste las del vendedor, al qual se puede objetar la compensacion del precio que pide (7), como en el n. 201. queda sentado. Lo mismo procede, quando el crédito que se quiere compensar, fué cedido sin fraude al consanguineo (8).

205 Aunque por derecho antiquisimo no surtia sus efectos

(1) Ley Super empti, & ibi Brunemm Cod. de evict. (2) Ley ejus Cod. de Compens. y ley In rem, § Creditor, ff. Eod. tit. (3) Ley Sumptus 48. ff. de Reivindicat. (4) Bersan. de Compens cap 2. q 35. per tot. y cap.3. q.24. n.24. y sig. (5) Thusc. lit. C. conclus 488. n. 17. Maur. de Solut. cap. 2. § 5. n.4. (6) Tiraquel. de Retrate. §. 2. glos. 5. n Coppel. de Compensat. cap. 7. n 32. Bellon cap.17. n 3. Gracian. dicep.cap 728. n 9. (7) Ley Si ex venditione, Cod. de Compens. Tiraquel ibi §.3. glos.3 n.5. Bersan. cap 2. q.36. n 1. al 5. (8) Medices de Compens. part.1. q. 11. n. 2. Bersan. ibi n.12. Castill. lib.4. Controv. cap. 40. n. 75.

ipso jure la compensacion en los contratos *Stricti juris*, y si solo en los de buena fé, se ha suprimido esta diferencia por el posterior, por lo que generalmente hablando, todas las acciones reales, personales, y mistas, ya provengan de contrato, última voluntad, ó fideicomiso, y el crédito, y débito se deriven de una misma causa, fuente, y hecho, ó de diversas, el uno de mutuo, y el otro de venta, locacion, u otra cosa, y el uno conste en instrumento público, y el otro en privado, son habiles para ser admitidos (1); pues para que se admita la compensacion, basta el que por algun derecho se nos deba algo, ya sea por el natural, ó civil, ó por ambos juntamente (2), porque desciende de lo bueno y equitativo, y no es mera, ó para accion, sino mixta de accion, y excepcion (3).

206 Pero para su admision, ó inadmision debe tener presentes el Juez quatro cosas, á saber. Si el débito es, ó no compensable: si la obligacion es, ó no válida: si la cantidad está, ó no líquida, ó se puede liquidar brevemente: y si el que opone la compensacion, tiene, ó no facultad de compensar (4). Debe hacerse siempre á pedimento de parte, y no de oficio, excepto en los casos en que *ipso jure* se hace, en los quales debe declararla hecha total, ó parcialmente, segun sea el débito, y lo que se pretende compensar. Si el demandado la deduce de mayor suma que la que le pide el demandante, debe hacerla unicamente hasta la concurrente cantidad, y no condenar á éste en el exceso, á ménos que sobre él sea reconvenido por aquel, porque la compensacion no es propiamente reconvencion, y así no recae en ella la prorrogacion de jurisdiccion que en ésta (5); y sin embargo de que segun derecho no se debe admitir la paga que el deudor quiere hacer de parte de la deuda contra la voluntad de su acreedor (6), porque es contra equidad el que experimente incomodidad, y detrimento, el que hizo el beneficio, no milita esto en la compensacion, por-

(1) Ley Etiam si y ley ult. Cod. de Compens. y §. In bonæ fidei Instituta de Action. Bersan. de Compens. cap 2. q 1. nn. 1. 2 y 24. y q. 12. y 15. per tot. (2) Petr. Greg. Syntagm jur. lib. 1. cap 22. n. 3. Castill. dicho cap. 40. n. 73. (3) Wesenbec. tit. de Compens. n 7. Coppel eod. tit. cap. 6. n. 1. Bersan. dicho cap. 2. q 1. n. 35. y sig. (4) Bald. in leg. ult. n. 15 Cod. de Compens. Bersan. cap 1. q 10 n 5. Medices part. de Compens. q. 37. n. 2. (5) Angel. in §. In bonæ fidei, n. 21. Gilibert. de Reconvent. cap. 5. n 7. Bersan. dicho cap. 1. q 10. n 62 al 11. y q. 13. (6) Ley Ossignationes, Cod. de Solut, y ley Pure, ff. Familiæ erciscundæ.

que esta no es paga de presente, sino paga que ya está hecha, y y admitida por el acreedor espontaneamente, por lo que como cesa la razon expuesta, se debe admitir la parte que se quiere compensar (1).

207 De la regla general propuesta en el núm. 205. se exceptúan algunos créditos y cosas que no admiten compensacion. Uno es el depósito, ya consista en especie, ó en cosa numerada, medida, ó pesada, y así el depositario debe restituir las depositadas en él, y luego podrá usar de su derecho contra el deponente sobre la exaccion y cobranza de su crédito (2). Lo primero, porque de lo contrario se destruiria la confianza, y buena fé que debe intervenir en este contrato, y por la compensacion se impediria la restitucion del depósito, que sin excepcion se debe hacer al instante. Lo segundo, porque el que no observa la ley de él, se dice que despoja al deponente, y el despojado debe ser restituido ante todas cosas. Y lo tercero, porque la compensacion no se admite acerca de lo que se debe restituir, sino pagar, y el depósito debe ser restituido (3).

208 Esto se entiende, lo uno sin embargo de que el dinero se deposite como cantidad, pues no muda la naturaleza de el depósito (4). Lo otro, aunque éste sea irregular, quiero decir, que se constituya en términos que el depositario pueda usar de él, y se le transfiera su dominio (5). Lo otro, no obstante que sea confesado, porque por la confesion se prueba la verdadera numeracion, á ménos que se acredite que esta no se hizo, ó que intervino fraude (6). Lo otro, en el caso de que el depósito se deba por ambas partes (7). Y lo otro, aun quando provenga de contrato anterior, v. g. si uno debe ciento por razon de mutuo que de consentimiento de el acreedor quedaron depositados en el mutuario (8), pues donde no falta la substancial de la obligacion, el

(1) Bersan. cap. 1. de Compens. q.17. per tot (2) Ley 27. tit 14. Part. 5. ley penult. Cod. depositi, ley ult. Cod.de Compens. cap.Bona fides de deposito. (3) Bersan. cap 2 de Compensns q.22. n.2 al 4. 4 Dicha ley penult. Cod. depositi. Niger. de Except cap.13 § 12. n.19. Nata cons.438 n 7. (5) Purpurat. in leg 2. col.3 ff. Si certum petat. Niger. ibi n.10. Gras. except.16. n 71. Surd. cons.246. n.10.lib 2. (6) Bersan. cap 2. q 22. dichos n.S. al 13. y otros. (7) Barbos. in leg.8 §. Ob donationes, n 13. ff. Solut. matrim. Petr. Greg in Syntagm. jur. lib.21. cap 22. n 7. Medices de Compens part.1. q 19. n.3. Tyndor. de Compens. art 5. n 41. (8) Gras. except.16. dicha n. 73. Casta, cons. 170. lib.2. n.1. Nata cons. 438.

débito que proviene de una causa, se puede convertir indirectamente en otra (1), y asi no se debe admitir la compensacion contra el deponente, ni contra sus herederos, porque éstos le representan, y por la muerte de aquel no se muda la naturaleza del contrato (2).

209 Por no exceptuar de la compensacion la ley final *Cod. de Compensationibus* mas que la accion de depósito, parece que en la de *Commodato* no habrá lugar, pero como aquella excepcion no es privativa ni limitada para el depósito, ni por no admitirse en éste, excluye su inadmision en otras acciones, y la ley citada como conseqüente á las anteriores del propio titulo, habló solamente de las cosas fungibles en su género, que son las que se cuentan, miden, y pesan, y regularmente se depositan, y además la ley final *Cod. de Commodato* no exonera al conmodatario de restituir la alhaja conmodada, ántes bien lo manda asi segun se prueba de su tenor, ibi: *Prætextu debiti restitutio Commodati non probabiliter recusatur*, no debe admitirse la compensacion, porque no repugna una disposicion legal á la otra, á causa de ser diversa la razon, pues en el conmodato, como que se hace de especies que se prestan para usarse y se deben restituir, y no otras por ellas, no cabe dicha compensacion (3), por lo que esta se repele en él por la naturaleza de la cosa, y en el depósito por la de la accion (4); lo qual se limíta quando por deterioracion de la alhaja conmodada se viene á su estimacion, porque ésta no se gradúa como especie, sino como cantidad, y asi se constituye habil para la compensacion (5). Se limíta tambien quando se trata de oponer la indirecta (que es la retencion,) por las expensas hechas en la alhaja hasta que se paguen al conmodatario, pues donde no tiene cabimiento la directa, y verdadera, puede entrar la retencion (6).

210 Con los créditos pertenecientes al Fisco por razon de Al-

(2) Castr. in leg. Singularia, ff. Si certum petat. (2) Caroc de depos. part. 1. tit. de Cas. n. 19. (3) Glos. in §. in bonæ fidei, verb. Depositi, instit. de Action. Barb. in leg. Prætextu, n. 4. Cod. de Commodata. (4) Castill. lib. 3. controv. cap. 16. n. 11. (5) Glos. in leg. Prætextu cit. & in leg. in rebus, §. quod autem, verb. Compensationis, ff. Commodati. Arias de Mesa lib. 2. Var. cap. 34. n. 20. Calvin. de æquitat. lib. 3. cap. 222. n. 28. (6) Ley in rebus § possunt, ff de Acquir. posses. glos. cit. in leg. Prætextu, & ibi Bruneman. Bersan. de Compens. cap. 2. q. 23.

cabalas, y otros pechos, derechos, y contribuciones reales, ya sean personales, prediales, annonales, ó de otra clase, no se admite compensacion á su deudor (1); lo qual se amplía para con el conductor de las rentas de diversas Provincias, ó ramos, pues lo que anticipa por la conducion de una, no le sirve de pago para la otra, porque de permitirse esta aplicacion, se confundirian los oficios en perjuicio de los oficiales, y administraciones (2), excepto que haya costumbre contraria. Lo mismo se debe practicar con el administrador de bienes de qualquiera persona executado que sea por el alcance de una administracion, pues no se le admitirá compensacion de lo que resulta á su favor en otra administracion de la misma persona (3). Pero si es una sola la administracion, se le debe admitir de todas las partidas líquidas asi en la cuenta, como en la execucion (4). Se amplía igualmente para con la exaccion del precio que el Fisco pide de la cosa que vendió, y no se le pagó, pues no se debe compensar con lo que por otra causa debe al comprador, cuyo privilegio es especial en él, mediante que á qualquiera otro comprador se admite la compensacion, no solo del crédito que tiene contra el vendedor por el mismo contrato, sino por lo que fué obligado á pagar con motivo de la venta por culpa del vendedor, segun se prueba de la ley 7. *Cod. de Compensationib.* que dice: *Si ex venditione pretium venditori debetur; compensationis ratio opponitur. Adversus Fiscum enim solummodo emptores petitioni pretii compensationem objicere prohibentur* (5). Asimismo se estiende á las penas impuestas á los reos por la utilidad pública, á fin de que los delitos no queden impunes, mas no, si miran á la privada (6), y á lo que debe á otro que al compensante, excepto que aquel obtenga cesion de éste contra el fisco (7). Pero fuera de estos casos, de el de que suceda á su acreedor, pues entónces se confunden los derechos, y acciones, y de el que

(1) Ley in ea, Cod. de Compens. ley 26. tit. 14. Part. 5. glos. in §. In bonæ fidei cit. Medices de Compens. part. 1. q. 38. n. 34. Fontanel. decis. 466 n 16. vol. 2. (2) Bruneman. in leg. 1. Cod. de Compens. Amaya in leg. 2. Cod. Ne Fiscus rem quam vendidit. n. 18. al 20. (3) Leyes 1. y 3. Cod de Compens. Ad ct. decis. 19. n. 4. Escobar de Ratioc. cap. 34. n. 1. al 5. (4) Escobar ibi nn 1. y 2. Parlad. lib. 2. cap fin. part. 5. §. 11. n. 30. (5) Ley si ex venditione, Cod. de Compens. & ibi D. D. Bersan. cap. 2. eod. tit. q 35. n. 1. al 5. y cap. 3. q. 24. (6) Medices part. 1 de Compens. q. 36. n. 6. Bersan. cap. 2. eod. tit. q. 10. nn. 14. y 15. (7) Medices ibi n. 7.

explicaré al fin del número siguiente, debe haber lugar á la compensacion (1).

211 Tampoco admite compensacion lo que se debe á la República, ó Comun de algun Concejo, ó Pueblo por razon de censo, ó portazgos, ó siempre que trata de pagar al Rey sus contribuciones, ó de exigir repartimientos para reedificar muros, construir puentes, ó fuentes, comprar armas, dar raciones á los soldados, ú otros que están en el Real Servicio, ó en el del mismo Comun. Ni quando establece á otro por su heredero con la condicion de que despues de sus dias pase la herencia á la Real Cámara, ó á dicho Comun, ó le dá en fieldad, ó confianza dinero, ú otra cosa cierta para que se lo entregue (2); y asi en todos los casos propuestos en este número, y en el anterior, y otros semejantes debe pagar al Fisco, y á la República ante todas cosas, lo que les debe, porque de lo privado no se admite compensacion con lo público (3), y luego podrá usar de su derecho contra ellos por su crédito.

212 Al modo que no se debe retardar la solucion de lo líquido por lo ilíquido, del mismo modo no se debe admitir la compensacion de esto con aquello, porque surte el efecto de paga (4); lo qual se limita quando se puede liquidar brevemente, pues entónces es admisible (5); y la razon es, porque el débito que no está líquido, pero se puede liquidar brevemente, se reviste y constituye de la propia naturaleza que el que lo está, y tan líquido se dice el que al instante se puede liquidar, como el que por sí lo es (6). Se entiende un crédito por líquido de tres modos; á saber, por confesion del contrario, por el género de la qüestion, y por la celeridad de la prueba, ya conste por instrumento, ó sentencia (7), y por ilíquido lo que en quanto á la qüota, y no á la substancia de la cantidad debida padece muchas dificultades, y está embuelto en muchas dudas, pues la substancia necesariamen-

(1) Ley fin. ff. de Compens. ley Aufertur § qui Compensationem, ff de Jure Fisci Bersan dicha q. 10. n. 1. al 2. (2) Dicha ley 25. tit. 14. Part. 5 ley in ea 3. Cod. de Compens. (3) Fermosin. var. tract cap 2. de Ordin Cognition. q 7. n. 2. Fontanel. decis. 465. n. 21. lib. 2. (4) Ley fin. Cod. d. Compens. § in bonæ fidei, institut. de Action. & ibi DD. (5) Dicha ley fin & ibi DD Bersan. dicho cap 2. q 3. nn. 5. y 6 (6) Bellon de his quæ incontinenti lib. 1. cap 17. n 4. (7) Barb. in leg. Si constat, n. 10. Cod. de Compens. Zanger de except. part. 3. cap. 6. n. 32. Bersan ibi. n. 2.

te debe ser cierta, y la liquidacion sobre el mas, ó ménos es la qualidad (1).

213 Asi como no son exequibles los débitos condicionales, á dia cierto, ó incierto, ni alternativos hasta que se purifique, ó cumpla la condicion, ó llegue el dia, ó se haga la eleccion (2), tampoco son compensables, porque el débito cuya exaccion no existe, ni se puede hacer al tiempo que se pide, no se estima por tal (3). El débito litigioso aunque parece tiene la identidad de el ilíquido, admite compensacion; y la razon es, para que el acreedor mas diligente no se constituya de peor condicion que el que no es tanto, como lo dice la ley 8. ff. *de Compensationib.* ibi: *In compensationem etiam id deducitur quo nomine cum actore lis contestata est, ne diligentior quisque deterioris conditionis habeatur, si compensatio ei denegetur*, porque la litis contestacion lejos de hacer peor la condicion de el que contexta, la hace mejor (4), y el pleito no recae sobre la substancia de el débito, sino sobre su quantidad. Pero lo dicho se entiende quando se puede liquidar facilmente el débito litigioso, porque de lo contrario no se debe admitir la compensacion, á causa de obstarle lo dispuesto por la ley final. *Cod. de Compensationibus* (5).

214 Sobre si al demandado por los alimentos que está obligado á dar, se deberá, ó no admitir la compensacion, se ha de distinguir. Si la demanda está puesta por los futuros, no es admisible (6), y la razon es, porque éstos no sufren dilacion (7), y el que resiste darlos, parece que pretende matar al alimentario (8), lo qual se limita, quando se deben baxo de condicion, v. g. de que éste ha de practicar ciertas cosas, pues hasta que las execute, se le puede oponer la compensacion, porque segun la naturaleza de el contrato, (que es recíprocamente obligatorio) no se dá accion á una parte contra la otra, mientras ésta no cumple lo que debe (9). Pero los alimentos pasados

(1) Gracian. discept. Forens. cap.490.n.24.Bersan. ibi nn.3. y 4. (2) Ley 1. ff. de Condit. & demostrat. ley cedere diem, ff. de Verb. significat. ley quod in diem, y ley Si debeas, ff. de Compens. (3) Bersan cap.2. de Compens. q.4. y otros. (4) Ley Nemo enim 86. ff. de Reg. jur. (5) Bart. y Alberic. en la ley in Compensatione, ff. de Compens. Peguera, decis.175. n.2. Bersan. cap.2 dicho q. 5. (6) Ley in ea Cod. de Compens. Ciriac. controv. 34. n.26. Gracian. discept. cap.728 n.33 (7) Ley 2. ff de Feriis. Bos. de Alim. cap.19. n fin. Surd. eod tit. tit.8. prev.53.n.7. (8) Ley Necare, ff. de liber agnoscend. (9) Ley Julianus, §.Offerri, ff. de Aetion. Surd, ibi, n.9. Medices de Compens. part.1. q.14.n.4.

son compensables, porque como el alimentario está socorrido, cesan la razon de indigencia, y demás expresadas, y no gozan de los privilegios que los futuros, y asi no solo puede el reconvenido oponer la compensacion por lo que le debe el que los pide, sino por lo que éste debió hacer, y no hizo y se admitirá á prorrata (1). Por lo concerniente á las pensiones que se dan por via de alimentos, se debe observar lo explicado acerca de los futuros, porque versa identidad de razon; bien que si las pensiones son de cosa propia, v. g. la locacion de la casa ó fundo, habrá lugar la compensacion, porque no militan los fundamentos que en las otras (2).

215 Como para la execucion de alguna obra, ó hecho se consideran la industria de la persona y el lugar en que se debe executar (3), no tiene lugar, ni se debe admitir la compensacion del hecho, ni la del executado en otro lugar que en el que se pacta, lo qual se entiende aunque un tercero, v. g. el fiador cumpla por el promitente, pues este cumplimiento no basta, porque para dicho efecto debe ser personal (4): lo propio milita de un hecho con otro hecho (5). Pero si se trata del interés por defecto de cumplimiento de la obligacion, ó por no haberla cumplido en el lugar destinado, ó modo estipulado, entónces entra la compensacion con el crédito del reconvenido por el interés, porque en el efecto se hace de cantidad á cantidad, y no de cantidad á especie (6). Lo mismo procede quando por ambas partes consiste el débito en la obligacion del hecho, ó el de la una solamente, y el de la otra en cantidad, y por su mutuo consentimiento, ó de otro modo se convierte el hecho en interés (7).

216 Si se trata, ó intenta compensar el crédito con las obras ó servicios que alguno hace, aunque parece que éstas se estiman á manera de especie, y la especie ni con otra, ni con la cantidad se compensa (8), no obstante, se compensarán, como lo dice la ley 20. *Cod. de Solutionibus.* ibi: *Si operas certi servi pro pecunia sumpta sibi in debitum compensare placuit creditori, his secundum*

(1) Ciriac. controv. 34. n. fin. Calvin. de æquitat. lib. 1. cap 62 n. 5. Bersan. dicho cap. 2. q 7. (2) Bersan. dicho cap. 2 q 8. y otros. (3) Ley 2. §. Item, ff. de eo quod certo loco, Medices de Compensat. part 1. q 44 n. 2. 14 Ley Si debitor, ff. de Solut. (5) Bruneman in leg inter artifices. n. 3. ff. de Solut. (6) Faber in §. in bonæ fidei, institut. de Action. Medices de Compens q 44. dicho n 3. Thusc. lit. C. conclus. 490. n 27 (7) Oynot. indict. §. in bonæ fidei n. 29. Bersan. cap. 2. dicho q. 38. (8) Ley Si convenerit, ff. de Pignorat. action.

conventionis fidem præstitis, de mancipio restituendo pacti tenor servari debet; y la razon es, porque el que ha de recibir las obras ó servicios, no las pide, sino su estimacion, y asi no se trata de especie, sino de cantidad, al modo que con el alimentario: lo propio milita quando el débito de ambas partes consiste en las obras, si hay semejanza en ellas, de suerte que sea igual su estimacion (1).

217 No solo en los débitos, y acciones ha lugar la compensacion, sino tambien en los delitos, é injurias de una misma especie, y no de diversa, quando se trata de ellos civilmente por la utilidad privada de la parte, mas no, quando se intenta la accion criminal. Lo uno, porque en este caso quedarian impunes, y la vindicta pública ofendida, y en perjuicio de el derecho público no se admite compensacion; y lo otro, porque esta surte el efecto de paga, la qual no se debe hacer sino al verdadero acreedor, ó á otro de su mandato (2). Pero aun en dicho caso no se debe admitir al que por delito que cometió contra alguno, fué condenado judicialmente á pagarle la pena que se le impuso (3). Tambien se admite la compensacion del dolo malo con otro igual dolo cometido acerca de un mismo hecho, y en iguales términos si este fué diverso, con tal que aquel mire á un propio fin (4). Lo mismo procede en quanto á la culpa lata (que se equipara al dolo) con otra igual, y de la leve, y levisima con las que lo sean (5). Pero el dolo no se compensa con la culpa, ni la lata, ó grave con la leve, ni ésta con la levisima (6).

218 Por no deducir la compensacion de su crédito el que se constituye deudor de alguno, no es visto confesar que le está pagado, ni de su omision se prueba, porque respecto de él no es necesaria, sino puramente voluntaria, y á nadie se puede compeler á que use del privilegio que le está concedido, sino quiere (7), y asi le queda salvo su derecho para repetir su crédi-

(1) Zacharias q. moral. juridic. 71. n. 3. Medices, decis. 100. n. 3. y part. 1. de Cõmpens. q 46. n 2. Zavio in dict. §. in bonæ fidei. Bersan. cap. 2. q. 37. (2) Ley Quemadmodum 38. §. fin. ff. de Novalib. Action. ley Si ambo §. quoties, ff. de Compens. y ley Si publice, ff. ad leg. Jul. majestat. Bersan. cap. 2. dicho q. 25. n. 1. al 10. (3) Ley 27. tit. 14. Part 5. (4) Ley Si duo, ff de Dolo Malo. Bersan. dicho cap. 2 q. 37. n. 1. al 3 (5) Bersan ibi n. 10. y sig. (6) Leyes 13. tit. 10. y 23. tit. 14 Part. 5. Felic. de Societat. cap 37. n. 13. Medices. de Compens. part. 1. q. 21 n. 12. Bruneman in leg. si ambo, n. 3. ff. de Compens. Bersan. ubi proxime, nn. 14. y 15. (7) Ley Invito 69 y ley Invitus 156. ff. de Reg. jur.

to (1). Pero á fin de que se reintegre de él, se le socorre con dos medios, el uno es el de la condicion de lo indebidamente satisfecho, (que en el derecho, y por los Legistas se llama *conditio indebiti*,) por error de hecho, y no de derecho (2); pues siendo de derecho, no le protege, porque al modo que el que paga lo que sabe que no debe, no puede repetirlo, excepto que sea menor (3), del mismo modo el que sabe que puede compensar, si no obstante, paga por error de derecho, no le compete el beneficio, ó remedio expresado (4). El otro es el de la repeticion de su crédito, quando no puede usar del primero, como lo dice la ley 30. ff. *de Condit. indebiti.* por estas palabras: *Qui invicem creditor, idemque debitor est, in casibus, in quibus compensatio locum non habet, si solvit, non habet conditionem veluti indebiti soluti; sed sui crediti repetitionem.* La misma repeticion se concede al que paga dudando si es deudor, ó no, pues probando que no lo es, le debe restituir su presunto acreedor lo que recibió, porque el que duda, se equipara al ignorante (5). No me dilato mas en esta materia de compensaciones, por parecerme suficiente lo explicado. El que apetezca mas profunda instruccion, vea los autores citados, y especialmente á *Bartholome Bersano*, el qual en las 99 questiones de los cinco capítulos que acerca de ella escribió, la trata latisimamente con otras muchisimas especies.

219 Para enervar, y desvanecer la execucion, se admite tambien por excepcion legítima en la via executiva la *transaccion* hecha ante Juez, ó ante Escribano público, la qual impide sentenciar la causa de remate, acreditandose en bastante forma en los diez dias legales, porque extingue enteramente la controversia de los litigantes, y la accion que la motiva (6). Pero es de advertir, que aunque en virtud de ella se puede despachar execucion, segun la ley 4. tit. 17. lib. 11. Nov Rec. si se hace, ú otorga con una persona, no daña, ni se debe estender á otra (7); al modo

(1) Donel Commentar. Jure lib. 16. cap. 15. col. ult. n 20. Medices, part 2. de Compens. q. 31. n. 51. Gracian. discep. cap. 356. n. 42. Bersan de Compens. cap 5. q. 1. (2) Coppel de Compens. cap. 10. n. 6. Gaballin. de Totius univers. negotiat. tom. 2. lib. 5. cap. 2. act. 8 n. 5. (3) Ley Indebitum Cod de Condict indebiti. y ley 30. tit. 14. Part. 5. (4) Bruneman in leg. Si ambo, n. 3. ff. de Compens. Coppelo dicho cap. 10. n. 7. (5) Dicha ley 30. tit. 14 Part 5 verb. é otrosi: y leg fin. Cod. de Condict. indebiti. Bersan. cap. 5. de Compens. q. 2. per tot. (6) Ley fin. ff. de Usucapion. pro suo. Antonio Camario de Execut instrum. q. 12. Parlad. dicho §. 11. n. 13. (7) Ley 3. ff. de Transact. y ley Si suspecta, §. Quamvis, ff. de inofficios. testam.

que tampoco el pacto (1), ni aun á las que tienen derecho connexo (2), y asi la execucion se debe pedir por el mismo acreedor contenido en el de transaccion, y no por otro, aunque intervenga en ella, pero debe entenderse contra el principal deudor, y no contra un tercero (3).

220 La *novacion de contrato* (que se llama asi, porque produce nuevos efectos, y nueva accion) es transfusion, y translacion del primer débito, y obligacion en otra nueva obligacion civil, ó natural sin intervencion de nueva persona, de suerte, que la primera queda extinguida, se desvanecen la hipoteca, y prenda ligadas a ella, y cesan, ó dexan de correr los intereses en ella pactados, estando hecha legítimamente, y asi se puede oponer como excepcion en la via executiva (4). Es de dos maneras, *voluntaria*, y *necesaria*. La primera es la que se hace fuera de juicio, la qual siempre es privativa, y extintiva de la primera obligacion, por lo que impide el progreso de la via executiva, si se acredita en forma en el término legal, y por ella queda sin vigor el primer contrato (5), excepto que en el segundo se ponga la clausula: *De que queden salvos, y no sea visto innovarse el dia, é hipoteca de la primera obligacion, ni su prerrogativa* (6), pues entónces no se enerva, ni debilita. La segunda es la que se hace en juicio, la qual se llama *aumentativa*, ó *acumulativa*, porque no extingue la obligacion primera, ántes bien la robustece, y fortifica mas (7).

221 Y para que no ignore el principiante quando hay, y se induce, ó nó haber novacion, digo que para que se entienda hecha, es preciso que las partes lo expresen claramente, y no de otra suerte, como se prueba de la ley final *Cod. de Novation.* que dice: *Novationum nocentia corrigentes volumina, & veteris juris ambiguita-*

(1) Paul. in leg. Si unus, §. Ante omnia, ff. de Pact. (2) Ley 1. Cod. de Transact. y ley Si ex duobus, ff. de Tutel. (3) Bald. y Jason en la ley 3. ff. de Transact. glos. id Clement. 1. verb. *Contra*, de Re judicat. Jason in leg. Certi condìtio, § Quoniam ff. de Reb. credit. Socin. in leg 1. n. 93. ff Solut. matrim. Rodrig de Execut. cap. 1. art. 1. nn 18. y 19. (4) Ley 1. ff y ley ult Cod. de Novat. y §. Præterea, Institut. Quibus modis tollitur obligatio, y ley 15. tit. 14. Part. 5. Parlad. dicho § 11. n. 12. y part. 1. cap. fin. §. 12. limit. 6. nn. 41 y 42. (5) Ley 2. Cod. de Novat. ley Minor 25. annis, cui, ff de Minorib. y ley 2. Cod. de Execut. rei judic. (6) Ley Creditor acceptis pignoribus 3. ff. Qui potiores in pignore habeantur. Parlad. lib. 2. Rer. cap fin. part. 1. §. 11. limit. 6. n. 54. al 56. (7) Salg. part. 3. Labir. cap. 1. §. Unic. n. 24. al 31.

tes resecantes, sancimus : si quis vel aliam personam adhibuerit , vel mutaverit , vel pignus acceperit , vel quantitatem augendam , vel minuendam esse crediderit , vel conditionem , seu tempus addiderit, vel detraxerit , vel cautionem minorem acceperit , vel aliquid fecerit , ex quo veteris juris conditores introducebant novationes : nihil penitus prioris cautelæ innovari , sed anteriora stare , & posteriora incrementum illis accedere : nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem , & hoc expresserint : quod secundam magis pro anterioribus elegerint. Y tambien se prueba del §. *Præterea* Institut. *Quibus modis tollitur obligatio* : ibi : *Ideo nostra processit constitutio , quæ apertissime definivit tum solum novationem prioris obligationis fieri , quoties hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit , quod propter novationem prioris obligationes convenerunt.* Asi porque uno se obligue dos veces á una misma cosa, no es visto retraerse del primer contrato , infringirlo , ni mudar su causa, sino afirmarlo mas , añadiendo obligacion á obligacion (1) ; pues la pluralidad de actos , ó instrumentos no induce la de contratos, quando las cosas esenciales , y substanciales son las mismas , ántes bien se presumen continuadas , y no diversas ; y si la obligacion segunda es contraria á la primera , aunque ambas subsistan, puede el acreedor usar de la que quiera , de modo que por la eleccion de la una quede libre el deudor de la otra (2).

222 En conseqüencia de lo expuesto en el número inmediato , no se hace novacion por la intervencion de nueva persona en el contrato , á ménos que se pacte expresamente , ántes bien se ha de interpretar de suerte que se excluya , y principalmente si la obligacion segunda contiene menor suma, es mas nociva al acreedor , y los actos son compatibles entre sí , pues no se presume que éste quiso novar en su perjuicio , y asi siempre se excluye la novacion (3). Tampoco se hace quando la obligacion segunda se constituye por cautela , y mayor seguridad (4). Ni en la accion privilegiada de dote (5) , porque ésta tiene entre otros acree-

(1) Ley Aliam 29. ff. de Novat. ley Id quod, ff. de Constit. pec. Salg. de Reg. part. 3. cap. 1. part. 3. Labir. cap. 11. n. 78. y sig. (2) Ley Triticum, ley Scire debemus , ley Quibus, y ley Qui usumfructum, ff. de Verb. oblig. y ley Fundum Cornelianum, 28. ff. de Novat. Decian. cons. 11. Parlad part. 1. y limit. 6. cit. n. 44. al 47. (3) Sabelli in §. Novatio. n. 3. Altograd. cons. 4. n. 32. y sig. lib. 1. (4) Altograd. consil. 95. num. 102. lib. cit. (5) Gratian. Discept. cap. 509. nn. 13. y 21.

dores tal privilegio, que acerca de ella no se puede hacer novacion, ni delegacion en su detrimento, ni en el del marido, y de la muger, á quien compete (1). Ni por la mutacion de la finca hipotecada, ó acensuada, pues existe la obligacion primera, y no quedan libres los fiadores que haya (2). Ni por la estipulacion inútil, porque de ella ni nace, ni se origina nueva obligacion, y asi no es visto haberse retraido de la primera (3). Ni por el segundo contrato irrito, nulo, ó rescindido, pues aunque por él conste expresamente la novacion, no se extingue la obligacion primera, porque lo que por derecho no surte efecto, no causa impedimento. (4) Ni por la modificacion del contrato, pues esta lexos de acreditar su extincion, presupone su existencia. Ni por la prorrogacion del término pactado para la paga, no estipulando obligacion nueva. Ni aunque el fiador, siendo preguntado, preste su consentimiento, si falta el del acreedor (5). Ni por la dacion *in solutum* de algun vale, crédito, libranza, ú otra cosa, para que el acreedor se reintegre del suyo, si interviene la clausula, ó protesta de que no se ha de innovar en los derechos de la primera obligacion, hipoteca, y fiadores, ú otra semejante, pues en este caso es visto darse *causa solutionis*, para que se haga pago, y si no tiene efecto, poder repetir contra el dador, por no haberse contentado, ni tomado en sí, ni á su riesgo el acreedor la deuda, ó cosa cedida, y haber diferencia en recibirla *in solutum* por su cuenta, ó solamente *causa solutionis* por la de el que la dá, ó cede: lo mismo procede quando el acreedor la acepta con la condicion de que sea efectiva, y exequible, pues en estos casos no recibe en sí el peligro de su cobranza, y queda en su fuerza la deuda, y obligacion primera para repetir contra su deudor por ella. Ni tampoco en otros contratos, aunque se innoven, si por su incompatibilidad no pueden surtir efecto, ni dañar al primero (6).

223 Sin embargo de lo que en los dos números anteriores queda sentado, se induce la novacion en los casos siguientes. El

(1) Mart. Med. dec. 66. n. 56. y sig. cum addict. n. 13. & in §. Dos, n. 9. & in §. Pactum, n. 15. Sabelli, ibi n. 4. (2) Gratian. cap. 113. n. 81. (3) Rot. part. 14. decis. 114. Gratian. cap. 962. n. 12. Altograd. consil. 17. n. 28. lib. 1. (4) Ley 1. §. 1. y ley Novatione, ff. de Novat. Giurb. decis. 63. n. 4. Castill. tom. 4. controv. cap. 59. n. 48. Cancer part. 3. Var. cap. 3. n. 309. Salg. part. 4. Labir. cap. 14, (5) Sanfelic. dec. 258. Sabelli ibi, n. 14. (6) Casar. de Comerc. disc. 42. num. 6. y sig. Begnud. Bibliot. verb. *Novatio.*

primero, por la intervencion de nueva persona, v. g. quando se delega el crédito, y el acreedor acepta la delegacion, pues á ella se sigue la liberacion del deudor delegante (1); lo qual se entiende en los términos que explicaré en el núm. 199. El segundo, por la adiccion, ó imposicion de nueva pena, ó supresion, ó remision de la puesta en el primer contrato (2). El tercero, quando el hecho, ó pacto segundo es diverso del primero, ó en la obligacion segunda se prefiere mayor término para la paga (3). El quarto, quando se calcularon, y reduxeron á un cómputo todas las partidas del libro, y el deudor hizo á favor del acreedor un resguardo, reduciendolas á una suma, ó partida (4). El quinto, quando el primer acto, ó contrato era imperfecto, y el segundo es perfecto (5). El sexto, quando se altera la naturaleza del negocio en las cosas que son substanciales; v. gr. si se añade, ó disminuye el precio, ó si el pacto segundo es diverso del primero respecto de la cantidad, y modo de satisfacerla (6). El séptimo, quando el acreedor recibió parte de su crédito del que aceptó la letra, ó libranza, y acerca del residuo le fió, ó concedió plazo, ó trató con él sobre el modo, y tiempo de pagarselo (7). El octavo, quando la cosa locada fué subarrendada, ó enagenada á otro, pues el fiador del primer conductor no queda ya obligado (8). El noveno, quando en quanto á la solucion de la pension se variaron los pactos primeros, v. g. si estos fueron de pagar en grano, y los segundos en dinero, ó al contrario, en cuyo caso queda libre tambien el fiador (9). El décimo, quando concluida la locacion, sigue tácitamente en ella el conductor, pues en quanto á esta reconducion quedan libres los fiadores dados para la locacion, excepto que presten nuevo consentimiento (10). El undecimo, quando el contrato acabado, ó concluido se renovó tácita, ó expresamente, pues en este caso debe proceder el acree-

(1) Aflict. decis. 353. Altograd. cons. 6. n. 60. Gratian. cap. 64. y 290. Menoch. lib. 3. præsumpt. 134. (2) Gratian. dicho cap. 509. n. 36 Alderism. de Simbol. contract. tit. 1. cap. 6. (3) Bart. in leg. Pacta, Cod de Pact. Ludov. dec. 30. Gratian. cap. 290. n. 31. y cap. 509. nn. 3. y 17. Maur. de Fidejus. part. 2. § 4. n. 26. (4) Gratian. dicho cap. 509. (5) Gratian. ibi, n. 25. y 31. (6) Gratian. ibi, n. 3. (7) Gait. de Credit. tit. 7. cap. 2. n. 2416. Casa Reg. disc. 44. n. 9. Pereir. decis. 126. n. 7. Olea tit. 7. q. 3. n. 42. al fin, y sig. (8) Ley Novatione, Cod. de Fidejussor. Maur. §. cit. n 9. (9) Maur. ibi supr. n. 10. (10) Carroc. de Locat. q. 22. ad §. Qui impleto, n. 4. Maur. de Fidejussor part. 2. sect. 5. cap. 2. n. 9. y §. 33. n. 16. Gratian. cap. 68. n 36.

dor en virtud de éste y no del primero, excepto que en él se diga: *Que quedan salvas las prerrogativas del primero, y del dia, é hipotecas, y que no se entiendan renovadas*, porque entónces, aunque el contrato se novó, quedan salvas las hipotecas, y demás, como si no se hubiera novado (1). Y el duodecimo, quando los contratos son incompatibles, y contrarios, y no de otra suerte, pues se presume novacion (2), excepto que esté puesta la clausula: *Sin perjuicio de los primeros derechos*, ó que el segundo contrato sea nulo, ó quando no aparece el consentimiento del acreedor, en cuyos tres casos no se induce (3).

224 Se induce la accion executiva por el compromiso, y sentencia de árbitro con las clausulas de hecho, y de derecho correspondientes, de tal suerte, que si se pone en execucion la sentencia sobre el negocio principal se liberte el fiador, á ménos que el acreedor reserve su derecho contra él (4). Tambien se induce accion acumulativa, y no extinctiva de la novacion por la litis contestacion, y sentencia (5); y la necesaria para la transaccion, y concordia principiada entre el principal deudor, y el acreedor, de tal suerte que se liberte al fiador (6). Sobre todo esto, y otras muchas especies concernientes á la novacion, vease á *Tusch. lit. N. concl.* 119. *á Marco Antonio Sabelli, tom.* 3. §. *Novatio*, y á los que citan, y para saber quando un acreedor se subroga en el lugar de otro anterior vease á *Carleval, tit.* 3. *disp. fin.* en donde para la mayor claridad, é inteligencia distingue ocho casos, cuya explicacion omito por difusa, y no correspondiente á éste capitulo.

225 *La delegacion es dar el deudor en su lugar á su acreedor, ó á quien éste quiera, otro deudor, del qual exija su crédito. Ó novacion hecha por estipulacion con intervencion precisa de nueva per-*

(1) Ley Cum Hermes, Cod. de Locato, ley Item quæritur, §. Qui impleto, ff. Locati, ley 3. §. Cum quinquennium, ff. de Jure fisci, ley Si constante, Cod. de Donat. ante nuptias, ley Novatione, Cod. de Novat. y ley 3. ff. Qui potiores in pignore habeantur. Parlad. dicho §. 12. limit. 7. n. 54. al 56. (2) Menoch. lib. 3. præsumpt. 134. cit. n. 39. Maur. dicha part. 2. sect. 50 §. 4. n. 22. Gratian. cap 290. n. 17. cap. 509. n. 16. y cap. 553. n. 34. Altograd consil. 17. n. 30. y sig. lib. 1. (3) Thusc. litt. N. conclus. 119. Menoch. loc. cit. n. 45. Sabelli dicho §. Novatio, n. 11. (4) Sabelli, ibi, n. 8. Maur. part. 2. y §. 4. cit. n. 4. al 14. Gratian. cap. 557. n. 20. y cap. 672. n. 11. Menoch. ibi, n. 44. (5) Negusanc. de Pignot part. 6. membr. 3. n. 4. Gratian. cap. 291. n. 7. y cap. 509. n. 12. (6) Urceol. de Transact. q. 73. y 74. Maur. sect. 10. §. 4. n. 8. Menoch. ibi, n. 42.

sona (1). No se hace novacion por ella, á ménos que concurran cinco requisitos. El primero, que consienta el acreedor (2), porque contra su voluntad ninguno puede delegar en otro dos veces (3), ni el acreedor está obligado á mudar su deudor, aunque el que le ofrezcan, sea mas idóneo (4). El segundo, que consienta el deudor delegado (5). El tercero, que no solo consienta éste, sino que se obligue expresamente á favor del acreedor (6). El quarto, que constituya la obligacion, y promesa por mandato del delegante (7). Y el quinto, que el obligado delegado sea deudor del delegante, (bien que lo mismo es si de su espontanea voluntad quiere obligarse, aunque no lo sea, que en nuestro castellano antiguo se llamaba *Manero*, y en latin se llama *Expromisor*) y aquel á cuyo favor se constituye la obligacion, sea acreedor de éste (8).

226 De lo expuesto en el número inmediato se prueba lo primero, que por la delegacion no se hace novacion, á ménos que se exprese, ó que haya litis contestacion entre el cesonario, y el deudor, ó por haberle empezado á pagar éste la deuda, notificandole la cesion, y aceptandola (9), en cuyos quatro casos queda libre el delegante, ó cedente, y no puede pedir execucion contra su deudor, ni revocar la cesion, ni al Cesonario, ó Procurador en su misma causa la facultad de exigir el débito, como con legal apoyo senté en el núm 63. de este capítulo, y en el 14. de mi primera parte núm. 43; y asi en estos casos se debe limitar la ley 15. tit. 14. Part. 5. posterior á la 3. *Cod. de Novationib.* porque la ley nueva que habla generalmente, no corrige los especiales de la antigua (10). Si el cesonario es negligente en exigir el débito, es de su cuenta el riesgo, y peligro que haya en su

(1) Ley Delegare 11. ff. de Novat. y ley 1. Cod eod. tit. y ley 15. tit. 14. Part. 5. verb. ***E aun decimos*** Mans. in Appendic. ad § Præterea, n. 14. Mantic. de Tacit. lib. 17. tit 7. (2) Ley Eum, á quo 16. Cod. de Solut. (3) Ley Delegatio 1. Cod. de Novationib. (4) Ley Si mandavero 22. §. Item, ff Mandati. (5) Dicha ley Delegatio 1. y ley Nec, 6. Cod. Novat. (6) Ley Delegatio cit. (7) Mans ibi, nn. 11. y 12. (8) Leyes 2. y 15. tit. 14. Part. 5. Ley Si quis accepto 4. & ibi Alex. ff de Condit. caus. data, ley Aliquando 13. & ibi Francisc. de Aretio, ff. ad Velleyan. ley Et eleganter 7. § Servus, ff. de Dolo Pariad. lib. 2. cap. fin. part. 1. § 12. nn. 48. y 49. limit. 6. Mantic. ibi, Mans. ibi, n 13. (9) Ley Delegatio 3. Cod de Novat. Cur. Philip. lib. 2. Commer. terr. cap 6 n. 5. Pariad. different. 50. §. 2 n. 6. Olea, tit. 8. q. 2. per tot. (10) Glos. in leg 3. Cod. de Silentiar. lib. 10. Bart. in leg. Sed & posteriores, ff. de Legib. Jason in leg. Sciendum, n. 4. ff. Qui satisdare cogant.

cobranza, y no tiene regreso contra el deudor que se lo cedió, pues quedó libre de su pagamento (1) por la cesion, por lo que si el deudor dá á su acreedor otro deudor en su lugar, con pacto de que él ha de quedar libre de la deuda, y el delegado lo acepta, impedirá esta excepcion el curso de la via executiva; y aunque el deudor delegado se constituya insolvente, no tendrá repeticion el acreedor contra el delegante, ó primer obligado, pero si nada se pacta, ambos serán responsables, bien que pagando el uno, quedan libres los dos para con él, porque la deuda es una, y como tal solo una vez se debe cobrar, y pagar. Lo segundo, que si el deudor puro delega con condicion á otro deudor en su lugar, con ánimo de novar el contrato, se hace la novacion por esta delegacion, pero no cumpliendose la condicion, ó estando pendiente, si el delegado muda su estado, de tal suerte que no puede comparecer en juicio, v. g. por haberse hecho siervo, ó Religioso, ó vuelto loco, ó mentecato, ó sido deportado, no se desata la obligacion primera, y por lo mismo, aunque se verifique la condicion, no hay novacion, ni el delegado queda obligado (2). Y lo tercero, que si en la segunda obligacion intervinieren fiadores, no se libertan los de la primera, excepto que se exprese, por cuya razon no se extingue la prerrogativa de la primera, ántes bien se debe observar, ni tampoco se libertan aunque en la segunda se prorrogue el término de la primera (3).

227 Si estando uno obligado baxo de condicion á pagar á otro cierta suma, ó á hacerle alguna cosa, renovase puramente otro tercero esta obligacion, no vale la novacion, no existiendo la condicion, á ménos que el segundo diga expresamente que ya se cumpla, ó no ésta, quiere quedar obligado, y que el primero no lo quede, pues en este caso lo quedará, y el primero estará libre de la obligacion (4).

228 No puede novar contrato de otro el siervo, porque carece de potestad para obligarse, á ménos que tenga pegujar que su señor le haya dado, pues entónces hasta en su valor se le permite. Tampoco puede hacer novacion la muger, porque es

(1) Ley 15. tit. 14. Part. 5. ley 2. Cod. de Nautico fænor. Parlad. ibi, nn. 7. y 8. (2) Ley 15. tit. 14. Part. 5. glos. in leg. 1. Cod. de Nov. verb. *Evanuit*. Roman in leg. Singularia, ff. de Reb. credit. Gutierr. de Juram. confirm. part. 1. cap. 16. n 5. Parlad. ibi, n 50. (3) Parlad. dicha limit. 6. y §. 12. n. 51. hasta el fin, y otros que cita. (4) Ley 16. tit. 14. Part. 5.

especie de fianza, la qual le está prohibida, y por lo mismo solo quedará obligada en los diez casos expresados en el cap. 7. de mi primera parte adiccionada, §. 5. núm. 125. y asi la podrá revocar, y revocandola, queda firme el primer contrato (1); y aunque el acreedor exima á la muger de la obligacion agena que constituyó, y recibió en sí con ánimo de novar la primera, y libertar al deudor principal, y verdadero, no quedará libre éste (2), ni el menor de catorce años si otorgamiento de su Curador, y si lo hiciere, á nada quedará obligado, ni el primer deudor, y asi perderá su débito el acreedor (3).

229 Se admite tambien en la via executiva la excepcion de *nulidad* del contrato, sentencia, ó instrumento, en cuya virtud se pidió la execucion, porque el que es nulo, no debe executarse, ya proceda la nulidad de falta de potestad del que lo otorgó, ó de la solemnidad prevenida por la ley, ó de otra causa, pues de la nada, nada se puede hacer, ni producir efecto alguno; y anulando el contrato principal, queda nula la clausula guarentigia, y todo su contexto, y la sentencia nula nunca pasa á cosa juzgada, aunque la apelacion de ella se declare por desierta (4). Por estas razones el instrumento público aunque por su naturaleza sea executivo, si la copia original en virtud de que se pide la execucion, no está sacada en el papel sellado correspondiente á la calidad y cantidad del contrato, no la trae aparejada, ni por consiguiente se debe despachar en su virtud, porque es nula la copia segun la ley 45. tit. 25. lib. 4. Recop. como dexo sentado en el número 37. de este capítulo; y asi esta excepcion es legítima contra la execucion, é impide su curso si se despachó.

230 Se entiende lo expuesto, aunque la nulidad se oponga por incidencia (5), y asi constando notoriamente en el mismo instrumento, ó en el proceso executivo, basta alegarla como de de-

(1) Ley 17. tit. 14. Part. 5. ley 1. ley Senatusconsultum: ley Si paternam, y ley Si mulier alienam, Cod. ad Senatuscons Velleyan (2) Ley Quamvis 8. §. Si mulier, vers. Marcellus, ff. ad Senatuscons. Velleyan. Greg. Lop. en la 17. tit. 14. Part 5. glos 3. al fin. (3) Ley 18. tit. 14. Part. 5. y ley 1. ff. de Novat. (4) Ley fin. ff. de Constitut. pecun ley 2. §. Condenandum, ff. de Re judicat. ley Statutis. Cod. de Sentent. ex breviculi. recitand. y ley Si expresim, & ibi Bart. ff. de Appellat. Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 11. n. 11. (5) Acev en la ley 1. tit. 21. lib. 4. Rec. que hoy es la 3. tit. 28. lib 11. n. 92. Villalon. in Ærario commun. opinion. litter E. n. 253. Rodrig. de Execut. cap. 6. n. 16.

recho, y el Juez puede repeler de oficio al actor (1), y aunque no conste, si se prueba dentro de los diez dias, impide sentenciar la causa de remate, pero no pudiendo probarse en ellos, porque se requiera examen, y conocimiento mas prolijo, se ha de llevar á debido efecto la execucion (2). En quanto á si se podrá, ó no decir de nulidad contra las sentencias de los Tribunales superiores, véase lo explicado en el cap. 1. de este libro, núm. 504.

231 Otra excepcion de las que se pueden oponer, y deben admitirse en la via executiva, es la *simulacion* de contrato, la qual justificandose en los diez dias legales, enervará la execucion, é impedirá sentenciar la causa de remate, porque lo que se hace en fraude de la ley, es nulo, y aunque tenga figura de instrumento, le falta la esencia (3); pero el que la opone, debe especificarla con claridad, y probarla en el término expresado, y de otro modo no obtendrá en él juicio (4).

132 Para instrucion del principiante debo sentar que los Autores (5) hallan tres especies de *simulacion*, ó por decirlo mejor, que la simulacion (que se equipára á la falsedad, la qual es mutacion de la verdad (6), con cierta ciencia, y dolo) se comete de tres modos. El primero, quando los contrayentes pactan que han de celebrar tal contrato, pero que ha de sonar, y aparecer otro; v. g. Pedro pide á Juan que le preste cierta cantidad, y le ofrece hipotecar á su seguridad tal alhaja raiz fructifera, y Juan le responde que se la prestará, pero que mientras no se la pague, le ha de dexar percibir los frutos de ésta, y para que no suene usura, ni en juicio se le obligue á compensar éstos con la suma principal, como debe (7), ha de otorgar á su favor escritura de venta de la misma alhaja; en cuyo caso hay simulacion de contrato, que es el de venta, el qual como simulado no vale,

(1) Paz tom. 1. part 4. cap. 3. de Except. nn. 2. 3. y 4. (2) Carlev. tit. 3. disp. 16. nn. 1. 3. 5. y 23. Rodrig. dicho cap. 16. Parlad. lib. 2. cap ult. part 1. § 1. n. 12. vers. *Et demum.* (3) Ley Simulatæ. ff. de Ritu nuptiar: y ley Nuda, ff. de Contrahend. emption. Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 11. n. 14. al 16. (4) Ley 1. ff. de Edendo. ley Idem Pomponius. ff. Reivindicat. Rodrig. dicho cap. 6. n. 24. (5) Bald. in leg. Cum præcibus, Cod. de Probat. Bart. in consil. Incipienti: *Petrus Nicolæ*: Marant. part. 6. de Except membr. 9. Judic. n. 29. (6) Ley 1. tit. 26. Part 3. ley 1. tit. 7. Part. 7. ley Quid sit falsum, ff. de Fals. y Authent. de Instrument. cautel. & fide, collat. 6. Rodrig. n. 24. dicho. (7) Leyes 1. y 2. Cod. de Pignorat. action.

porque en la realidad es préstamo pignoratico, que es válido (1); pues en los contratos mas se debe mirar á la verdad del hecho, que á lo que aparece escrito (2).

233 Pero es de advertir, que el que alega, y excepciona ésta simulacion, debe probar no solo que su ánimo fué celebrar el contrato pignoraticio, y no otro, y que así se pactó entre los dos, sino que por los motivos expuestos, y por redimir la urgencia que tenia, se sujetó á que en lo exterior sonase, y se fingiese el de venta, como tambien que éste se formalizó al instante, sin haberse estipulado otra cosa, y que por consiguiente no se apartó del primer convenio (3).

234 El segundo modo es, quando se celebra realmente el mismo contrato que suena, pero por algun adictamento que lleva, se congetura simulado: v. g. Pedro pide á Juan cierta cantidad prestada, y éste le responde que si la quiere, le venda por ella con pacto de *retrovendendo* tal finca productiva, la que no ha de ratraer hasta tal tiempo. En este caso, aunque el pacto es permitido, si se advierte que es corto el precio de la venta atento el valor de la alhaja, y se prueba que el vendedor necesitaba el dinero, y que el comprador no quiso darselo prestado sino con el pacto, se presume contrato simulado, sin embargo de que en la realidad no lo fué, y que el comprador quiso lucrarse de los frutos de la finca, durante el tiempo que la tuvo en su poder, por lo que mas fué contrato pignoraticio que venta (4).

235 El modo tercero con que se comete la simulacion, es quando se finge un contrato, que real, y verdaderamente no hay, porque el ánimo de los contrayentes es no celebrarlo, y que únicamente por sus fines particulares suene celebrado, en cuyo caso no vale, y se estima por no hecho, como lo dice la ley 55. *ff. de Contrahend. emptione*, ibi: *Nuda, & imaginaria venditio pro non facta est: & ideo nec alienatio ejus rei intelligitur.*

236 En estos tres casos, aunque el perjudicado manifiesta su torpeza, y delito en haber intervenido en la simulacion, puede no obstante alegarla, no para fundar su intencion, sino para coad-

(1) Ley Emptione 3. y todo el tit. Cod. Plus valere quod agitur, y cap. Illo vos, de Pignorib. (2) Leyes In contractib. 1. y Si quis. 4. Cod. Plus valere quod agitur. (3) Arg. leg. Cum in plures, §. Locator horrei, ff. Locati, & ibi Bart. & in leg Pacta novissima, Cod. de Pact. Bald. Salicet. Angel. y Butr. (4) Doctor in cap. Ad nostram, de Emption. & venditon. & in leg. Emptione cit.

yubarla contra el partícipe, porque trata de evitar su daño, y éste de lucrarse en su detrimento. Lo mismo puede hacer su heredero, con tal que el contrato no sea en fraude del Fisco, ó de otro tercero; sobre lo qual véase el tít. *Cod. Plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur*, su glosa, y la de dicha ley *Nulla*. Pero si el executado confiesa que tuvo ánimo de quedar obligado, y ámbos contrayentes fingiéron un contrato por otro, no se debe admitir la excepcion de simulacion (1).

237 La excepcion de que el instrumento, en cuya virtud se pidió executivamente, *no contiene la causa de deber*, es obstativa tambien de la execucion, pues para estimarse que uno queda obligado por pacto, ó promesa, se requiere expresion de la causa de que proviene la obligacion, lo qual procede hasta en la confesion de la deuda sin causa, como se prueba de la ley final, tit. 13. Partid. 3. ibi: *Otrosí decimos, que si algunos conocieren fuera de juicio, que deben dar diez maravedís, ó otra cosa á otro, é non dicen señalada razon, porque deben dar aquello que conocen; tal conocimiento como este non empece á los que lo facen, ni son tenudos de pagar aquella debda, sino quisieren: fueras ende si aquel á quien ficieron la conocencia, probare guisada razon porque ge lo debian dar*, y há lugar la excepcion, aunque el obligado jure el contrato (2). Si la obligacion proviene de mercaderías, deben especificarse por menor, y su precio, de modo que se entienda que es lo que se vende y la cantidad que por ello se da (3).

238 Aunque la ley 1. tit. 11. lib. 10. Nov. Recop. posterior á la de Partida inserta, manda que en qualquier manera que parezca que uno quiso obligarse á otro, quede obligado á cumplir lo que prometió, sin embargo de que no intervenga *estipulacion* (que es promesa, y aceptacion verbal) no es visto haber quitado por esto el fomento, ó substancia de la obligacion, sino la fórmula, ó solemnidad de palabras que prescribia el derecho Comun, sin las quales no nacía accion; por cuya razon, y por otras que traen *Gomez*, y *Rodriguez* en el lugar citado, careciendo la obligacion de la justa causa de deber, y no probándola el executante, parece no nacerá accion para pedir, y estorbará el progreso de la execucion la excepcion *doli mali*; pero á cerca de ello véanse

(1) Marant. part. 6. de Exception. y membr 9. Judicii, dicho numer. 29. al 34. (2) Gom. lib. 2. Var. cap. 11. n 5. Rodrig. de De execut. cap. 1. art. 4. n. fin. (3) Ley 2. tit. 12. lib. 10. Nov. Recop.

los Autores que los dos refieren, pues están varios en sus dictámenes, y *Parlador. lib. 2. cap. fin. part. 1. §. 12. ampliat. 5.* dice que no es necesaria la causa; bien que los mas siguen la que llevo sentada. Lo mismo digo quando es falsa, y supuesta la causa de deber, como lo he visto estimar en juicio.

239 Es la *prescripcion* (generalmente entendida) una excepcion, ú oposicion que alguno hace en juicio, para excluir la accion, ó intencion de otro (1), y mas propiamente es una excepcion perentoria, por la qual el poseedor de buena fé puede repeler despues del tiempo prevenido por derecho, al que pretende el dominio de la alhaja, que dice ser suya, y de que está mucho tiempo desposeído (2). Se introduxo, lo primero por el bien público, á fin de que el dominio de las cosas no estuviese mucho tiempo, ó casi siempre incierto (3). Lo segundo, para evitar los innumerables, y perpétuos litigios que de lo contrario se podian originar (4). Lo tercero, para que los poseedores no estuviesen siempre con el temor de que les quitarian lo que con buena fé disfrutaban (5). Y lo quarto, para castigar la desidia de los que eran morosos en recuperar sus bienes (6), por lo que deben imputarse á sí mismos la pérdida de ellos (7), pues el derecho protege á los que velan, y no á los que duermen (8). Pero es de advertir, que donde está prohibida la enagenacion, lo está tambien la prescripcion, ó tolerancia, que es enagenacion tácita, y se comprende en el nombre general de enagenacion (9).

240 En quanto á si la excepcion de *prescripcion* impide la execucion, y quándo, (hablo de la *civil odiosa temporal*, que es la que estableció el derecho contra el acreedor por pena de su omision, y descuido en pedir al deudor su débito, y se reduce á una excepcion que concede al demandado, por haber espirado el tiempo que prefinió al demandante para pedirle (10), y no de la or-

(1) Ley Sed etsi, §. ultim. ff. de Judic. y los tit. ff y Cod. de Exception & præscription. (2) Todo el tit. 26. de Præscription. lib. 2. Decretal el tit. 6 Institut. de Usucapion. & longi tempor. præscription. y el tit ff. 1 de Usurpation. & usucapion. (3) Ley Bono publico 1. ff. de Usurpation Ferrar. Bibloth. verb. *Præscriptio*, num. 7. y 8. (4) Ley Usucapio 5. ff. Pro suo. 5. Ley Cum notissimi, Cod. de Præscription. 30. vel 40. annor. (6) Ley Ut perfectius 2. ff de Annali exception. cap. Vigilanti, de Præscription. (7) Ley Quod quis, ff. de Reg. jur. (8) Ley Non enim, ff. Ex quibus causis majores, y ley Papillus, ff de Iis, quæ in fraudem creditor. (9) Ley Alienationis 28. ff. de Verbor. signification. (10) Parlador. different. 38. y 110.

diaaria, favorable, y mixta, ni de la natural, de que trata *Carleval de Judic. tit. 3. disp. 4. num. 22.*) debo sentar con la ley 63. de Toro, que es la 5. tit. 8. lib. 11. Nov. Recop. y la inserté, y expliqué en el cap. 7. de mi primera parte, §. 4. n. 72. y sig. que el derecho, ó accion de executar por obligacion personal prescribe por diez años; lo qual se entiende, no pactando lo contrario los contrayentes en el instrumento, pues si lo pactan, parece no correrá la prescripcion, pendiente la dilacion convencional (1), y que podrán renunciar esta ley los deudores, por estár establecida en su beneficio, y no haber prohibicion de que se renuncie. Así en este caso no habrá prescripcion, ántes bien en qualquier tiempo se les podrá executar, y lo mismo procederá, si la escritura de obligacion contiene la cláusula *de que ántes de cumplirse cada diez años, ha de ser visto renovarse el contrato, como si entónces se formalizára, y que jamás ha de haber prescripcion del derecho de executar, sino ántes bien poder el acreedor usar de él en qualquier tiempo, á cuyo fin renuncia el deudor la ley 63. de Toro, y demás que tratan de las prescripciones, para no aprovecharse de su auxîlio* (2). Pero en la práctica jamás lo he visto, ántes sí lo contrario en los censos, en que se suele poner esta cláusula.

241 Milita, y procede lo explicado en el núm. 212. ya tenga buena, ó mala fé el deudor, pues aunque en toda prescripcion se requiere regularmente la buena de parte de éste (3), en la del derecho executivo no es precisa, no obstante que esté dada sentencia que le constituya en la mala. Lo primero, porque no se quita al acreedor el dominio de la cosa, ni la accion que le compete principalmente, (que es de cobrar su crédito) sino el rigor de la via executiva, y se le castiga la negligencia, y omision que tuvo en dexar pasar los diez años sin usar de su derecho, y así le queda la via ordinaria, para que en ella pida, y consiga la solucion de lo que se le debe (4). Y lo segundo, porque así como por la aceptacion de la escritura quiso usar de la accion execu-

(1) Bald. in leg. Sicut. Cod. de Præcription. 30. annor (2) Parlador. lib. 1. cap. 1. §. 13. num. 3. al 6. Covar. lib. 1. Var. cap. 9. num. 4. Gutierr. lib. 3. Pract. quæst. 35. y 36. Larrea decis. 49. (3) Bald. de Præscript. part. 3. princip. quæst. 6. (4) Gom. en la ley 63. de Toro, n. 1. Covar. in Relection. cap. Possessor. de Regul. jur. in 6. part. 2. §. 11. n. 4. vers. *Sexto, leges sæculares:* Rodrig. dicho cap. 6. n. 61. de Execution. Acev. en la ley 6. tit. 15. lib. 4. Recop., que hoy es la 5. tit. 8. lib. 11. n. 15. Gutier. in leg. Nemo potest. n. 204. y 205. Rodrig. Suar. in leg. Post rem judicat. limitat. 6. n. 2.

tiva que le franquea la ley, y la tomó en sí, del mismo modo debe tomar, y aceptar contra sí la excepcion que de la ley, ó estatuto dimana, y usar de éste en un todo con su causa y vicios, pues quien está á lo propicio, debe estár á lo adverso (1), y así corre la prescripcion, no solo contra legos, sino contra Iglesias, y personas eclesiásticas (2).

242 No corre la prescripcion contra los hijos de familia, miéntras están baxo del paternal dominio, excepto en los casos en que pueden comparecer en juicio sin licencia de su padre, y compelerle á que se la dé. Ni contra la muger casada, para recuperar su dote y arras, excepto que sabiendo se la disipa su marido, sea morosa en usar de su derecho; pero si por sus bienes parafernales, pues para pedirlos puede hacer que el Juez apremie á su marido á que le dé la licencia (3). Ni contra los menores de 25. años miéntras lo son, á ménos que sean sucesores de alguno mayor, contra el qual haya empezado á correr, bien que pueden ser restituidos, pidiendo restitucion de la menoria dentro de los quatro años siguientes al dia en que espiró. Lo propio milita para con el Rey, Iglesias, Concejos, y Comunidades, pretendiéndola dentro de los quatro siguientes á su cumplimiento (4), y para con el ocupado en servicio del Rey, ó Concejo, ó en Escuelas, cautiverio, ó en otra cosa semejante, pues ha de ser restituido del tiempo de esta prescripcion, pidiendo la restitucion dentro de los quatro despues que cesó su ocupacion, y su heredero dentro de los quatro siguientes al dia en que supo haber fallecido en ésta (5).

243 La prescripcion referida se entiende, ya sea de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, ó de executoria dada por Tribunal superior, ó de instrumento guarentigio, puro, condicional, ó á dia cierto de pagar una sola cantidad, contados los diez años en esta forma: de la *sentencia* desde el dia en que se declaró por pasada en autoridad de cosa juzgada: de la *executoria* desde el en que se dió: del *instrumento puro* desde el de su otorgamiento: y del *condicional*, ó *á dia cierto*, desde el en que

(1) Ley Pomponius. 13. §. Cum quis utitur, ff. de Adquirend. posses. y ley Cajus 23. ff. de Manumission. (2) Cap. 2. 3. 4. y 6. de Prescription. Barbos. de Jur. Eccles. lib. 3. cap. 28. n. 16. Greg. Lop. en la ley 22. tit. 29. Partid. 3. glos. 1. Parlador. lib. 1. cap. 1. §. 12. n. 4. (3) Ley 8. glos. 5. tit. 29. Part. 3. Cov. lib. 1. Var. cap. 8. num. 8. Paz tom. 1. part. 1. tratt. 2. n. 32. (4) Ley 9. tit. 19. Partid. 6. Covar. in Regul. possessor. part. 3. §. 3. Gom. lib. 2. Var. cap. 12. num. 3. y 7. (5) Ley 7. tit. 29. Partid. 3. y ley 10. tit. 19. Partid. 6.

se cumplió el plazo, ó verificó la condicion, porque desde estos respectivos tiempos empieza á nacer la accion del acreedor para pedir executivamente, y la obligacion á pagar del deudor, baxo la pena de ser executado, no lo haciendo.

244 Pero si el instrumento es de censo, ó de satisfacer en su virtud legado, réditos, ó pensiones annuas, entonces prescribe el derecho de pedir executivamente los caidos, pasado el término decenario, y así es preciso que el acreedor recurra á la via ordinaria para su exáccion; mas en quanto á los futuros nó, porque al modo que todos los años nace la obligacion de pagarlos, nace igualmente la accion executiva de pedirlos, por ser tantas las obligaciones de satisfacerlos como los años, y no poder haber prescripcion de lo que no tuvo sér, lo qual no sucede en los demás instrumentos en que hay una sola obligacion, y por consiguiente una accion de pedir executiva, y ordinariamente segun el tiempo (1). Además en las obligaciones annuas, ya provengan de contrato, ó última voluntad, no se debe computar el tiempo de la prescripcion desde el principio en que se constituyéron, sino desde el de qualquier año, como está decidido expresamente en derecho (2), y así se estima en los Tribunales sin disputa, no obstante el sentir de algunos Autores, que afirman que en estos contratos si el acreedor dexa pasar los diez años, pierde el derecho de pedir executivamente, no solo las pensiones vencidas, sino las sucesivas; pues no hay ley Real que tal diga, y por lo mismo no se hace aprecio de su dictámen.

245 En los chirografos, ó papeles simples se duda si los diez años se han de contar desde su fecha, ó desde su judicial reconocimiento. Esta qüestion tan árdua, como reñida, tocan con sólidos fundamentos varios Autores, y acerca de su resolucion están diametralmente opuestos: *Gutierr. lib. 3. Pract. quæst. 35. y Vela, tom. 1. disert. 26.* defienden que los diez años empiezan á correr desde el dia en que el deudor reconoce el vale, y no ántes, porque hasta entonces no nace la accion de pedir executivamente, y donde no hay accion executiva, mal puede exercerse, ni haber

(1) Carlev. de Judiciis, tit. 3. disp. 4. n. 18. y 19. Rodrig. de Annuis reditib. lib. 2. quæst. 9. n. 69. Avendañ. de Cens. b. cap. 103. n. 8. Paz in Prax. tom. 1. part. 4. cap. 3. num. 15. (2) Ley Cum notissimi 7. §. Illud autem 4. Cod. de Præscription. 30. vel 40 ann. Palac. Rub. en la ley 63. de Toro, n. 14. Carlev. dicho num. 10. vers. ***Ratio est.***

prescripcion, pues el vale, cédula, ó papel simple no traen aparejada execucion, ni en su virtud se debe despachar, hasta que se reconozca en juicio con la formalidad legal. *El Señor Larrea, t. 1. decision 49. Acev. en la ley 5. tit. 8. lib. 11. Nov. Recop.* y otros afirman, que desde el dia en que se hizo el vale, ó papel, se deben contar los diez años, porque desde entonces empieza á nacer, y nace la obligacion civil, y natural del deudor, á cuyo dia se retrotrae el del reconocimiento, y pasados, debe prescribir la via executiva, y el acreedor usar de la ordinaria.

246 Procurando el *Sr. Olea* conciliar ambos pareceres, es de sentir en el *tit. 1. de Cession. jur. quæst. 1. num. 89. al 94.* que pidiéndose, y haciéndose el reconocimiento dentro de los diez años, empiezan á correr, y contarse éstos desde él, y que así há lugar la execucion, porque el acreedor no fué moroso, por haber preparado en tiempo habil la via executiva, cuya preparacion surte el efecto de que no se le repela del juicio ó con pretexto de prescripcion por lapso de tiempo y al modo que quando el que tiene vale de otro, y hace que éste le otorgue de su importe escritura pública dentro de los diez años, renovando la obligacion, ó dando fianza, ó prenda, empiezan á contarse éstos desde la fecha de ella, y á correr la prescripcion, segun derecho (1), del mismo modo el reconocimiento del vale hace que tenga vigor, y autoridad de instrumento publico.

247 Si el deudor hace el reconocimiento despues de pasados los diez años de su confeccion, distingue el Sr. Olea dos casos. En el primero afirma por corriente en la practica, que aunque reconozca simplemente el papel, si niega la deuda, y ya estar pagada, no há lugar la via executiva, porque el reconocimiento que hace del papel, y por consiguiente de la obligacion en él constituida, es con su causa, y como prescripto el débito, el que por haber mediado tanto tiempo, se presume pagado; y esta presuncion le favorece, é impide que contra él se exerza el rigor de la via executiva, por lo que es preciso que el acreedor recurra á la ordinaria.

248 En el segundo dice que si lo reconoce, y al mismo tiempo confiesa el débito (para lo qual el acreedor cauto lo ha de pe-

(1) Ley 20. tit. 29. Partid. 3 Vela dissert. 25. n. 60. Acev. en la ley 5. tit. 8. lib. 11. Nov. Recop. n. final.

dir así) se le debe executar en virtud de la confesion pura, ya sea por su total, si nada pagó, ó por el resto que esté sin satisfacer, (cuya circunstancia no es precisa, pidiéndose el reconocimiento dentro de los diez años, pues basta pedir que reconozca la firma, sin añadir que exprese si esta debiendo su importe, y reconociéndola, se debe despachar la execucion, aunque niegue la deuda, como he sentado en el núm. 23.) y á este dictámen me inclino, porque aunque el vale, y la accion para pedir executivamente en virtud de él, estén prescriptos, no lo está el débito, ni la confesion de él, y así en virtud de ésta, como que es del dia, se debe expedir el mandamiento executivo, del mismo modo que si la hiciera sin haber vale, pues en qualquiera tiempo que se haga, trae aparejada execucion, como expuse en el num. 11. lo qual he visto practicar como legal y justo.

249 No procede lo explicado para con el fiador, que habiendo sido executado, y pagado por el principal, intenta contra éste la via executiva con el lasto del acreedor, pues no corren para con él los diez años desde que el principal obligado contraxo la deuda, ó reconoció el vale, sino desde que el acreedor le cedió sus acciones. Lo primero, porque estuvo imposibilitado de pedir, y al impedido no corre término, ni prescripcion (1). Y lo segundo, porque se interrumpió la prescripcion de los primeros diez años, por haber pedido la execucion el acreedor (2), y así desde la cesion que éste le hace de sus acciones, empiezan á correr para con el fiador los diez años, dentro de los que debe usar de su derecho contra el deudor.

250 Asimismo es preciso sentar que hay notable diferencia entre interrumpirse la prescripcion, y perpetuarse la accion. La interrupcion no es otra cosa que un obstáculo, ó impedimento que detiene el curso de la prescripcion incoada, y para que despues haya prescripcion, es preciso que de nuevo empiece á correr (3), y así en la via executiva se interrumpe por siete actos. El primero, por la comparecencia del actor en juicio, pidiendo la execucion dentro de los diez años, y despachándola el

(1) Ley 1. §. fin. Cod. de Annal. except. Bald. de Præscript. part. 6. n. 14. (2) Parlador. different. 110. y lib. 1. Rer. cap. 1. §. 13. n. 19. (3) Felin. in cap. Illud 8. n. 10. post. Abb ibi de Præscript. Jason in leg. Ex hoc edictio, n. 3. ff. de Eo, per quem factum. Petr. Barbos. in leg. fin. n. 2. de Præcription. 30. vel 40. annor.

Juez, aunque no se encuentren bienes del deudor en que trabarla, ó éste no quiera contextar la demanda; y por su citacion, ó quasi citacion que tiene fuerza de contextacion, y no lo uno sin lo otro, segun la mas segura opinion, y aun quando la execucion esté mal despachada, y seguida, pues este defecto del Juez ignorante no debe perjudicar al actor, al qual basta haber ocurrido en tiempo habil á pedir judicialmente, para que se interrumpa la prescripcion, y se le ponga en el estado que tenia en el dia en que la pidió. El segundo, por la captura del reo, que es citacion Real (1). El tercero, por oponerse á la execucion, ó proponer sus excepciones en el juicio, pues tanto obra en éste su comparecencia, como la citacion (2). El quarto, por haber satisfecho dentro de los diez años parte del débito, ya conste el pago en su respaldo, ó por otro medio, ó algunos intereses por retardacion de la suerte principal (3), bien que en este caso, si el deudor no niega, y opone esta excepcion, aunque el acreedor muestre carta de pago hecha dentro del término de la prescripcion, de lo que dice cobró en él á cuenta, ó por intereses, no será bastante para interrumpirla, excepto que el mismo deudor firme igualmente la carta de pago, ó el acreedor á quien incumbe la prueba, como fundamento de su intencion, que se afianza en afirmativa probable, lo justifique por otro medio (4). El quinto, por haber dado fianza, ó hipoteca al acreedor para su seguridad. El sexto, por haber renovado espontaneamente, y no por fuerza la obligacion. Y el séptimo, por haberle pedido su acreedor la deuda delante de amigos, ó avenidores. Por estos siete actos se interrumpe la prescripcion, y empieza á correr de nuevo desde el dia en que qualquiera de ellos se celebró (5).

251 La accion executiva por la oposicion, ó proposicion de excepciones del reo ó por su contumacia, estimada por litis contestacion (6), no queda extinguida hasta 40. años (7). El que quie-

(1) Covar. in dict. cap. Posesor, de Reg. jur. in 6. part. 2. §. 12. n. 4. vers. *Quarta conclusio.* Castill. en la ley 63. de Toro, verb. *Diez años:* Carlev. dicha disput. 4. n. 22. al 26. (2) Ley Etiam 29. §. *Si hæreditate*, ff. de Minorib. Carlev. ibi, n. 30. y 31 (3) Dicha ley 29. tit. 29. Part. 3. (4) Cur. Philip. part. 2. §. 1. n. 15. (5) Dicha ley 29. & ibi glos. 3. 4. y 5. (6) Ley ult. Cod. de Præscription. 30. vel 40. annor. Carlev. disput. 4. dicha, n. 22. y fin. (7) Dicha ley ultim. ley 1. §. Exceptio, Cod. de Annal. exception. y cap. Placuit. 15. §. Hæc, de Præscript. 16. quæst. 3. Carlev. ibi, n. 21. vers. *Perpetuario*: Parlador. lib. 1. cap. 1. §. 14. n. 6. y 7.

ra saber por qué tiempo se ganan, y pierden las cosas muebles, y raices propias, ó agenas, corpóreas, ó incorpóreas, vendidas, arrendadas, ó empeñadas, y poseidas con buena, ó mala fé entre presentes, ó ausentes, vea el tit. 29. de la Partid. 3. y su glosa, pues en sus treinta leyes lo explica difusamente.

252 De todo lo explicado se prueba, que si el acreedor pide la execucion pasados los diez años, no há lugar ni se debe despachar, sino ántes bien dar traslado simple al deudor, como de la demanda ordinaria, excepto que preceda la confesion de la deuda, como expuse en el n. 222. y la razon es, porque le obsta la prescripcion dolosa establecida contra él en pena de su omision, y descuido de haber callado tanto tiempo, y dado lugar á que espirase el término legal prefinido para usar de la accion executiva. Por lo mismo, para conseguir judicialmente el cobro de su crédito, debe ocurrir á la via ordinaria, que dura veinte años, contados unos, y otros en la forma explicada en el cap. 7. de mi primera parte, §. 4. num. 27. al 75. excepto para con los criados de servicio, Boticarios, Joyeros, Especieros, Abogados, Procuradores, Agentes de negocios, y otras personas, pues á éstos se conceden solamente tres años para pedir executivamente lo que se les debe, como he sentado en el citado cap. num. 77. al 79. en donde con mas extension lo podrá ver el Lector.

253 »Pero si el actor pide la execucion dentro de los diez años por las pensiones de un censo en su intermedio vencidas, cita al reo, éste se opone, y excepciona contra la legitimidad del crédito, y por consiguiente contra el instrumento, en virtud del qual se expidió, por cuya causa se convierte la via executiva en ordinaria, y por sentencia executoriada dada en ésta, se declara legítimo, y válido el instrumento, y se le manda que pague; en este caso se debe despachar por todos los años que han corrido hasta la demanda. Lo primero, porque el acreedor acudió en tiempo oportuno á usar de su derecho, y así no se verificó prescripcion, ni por consiguiente se le debe imponer la pena de la ley, por no haber sido moroso. Lo segundo, porque la sentencia condenatoria removió aquel obice que el reo aparentó, y quiso tuviese el instrumento executivo, ó por mejor decir declaró que no le tenia. Y lo tercero, porque estuvo impedido de continuar el juicio executivo empezado, y de intentar otros en los años sucesivos por la excepcion maliciosa propuesta por el deudor, y

por consiguiente de cobrar las pensiones posteriores en ellos vencidas, y como segun derecho (1) no corre término, ni prescripcion contra el impedido legítimamente, por eso aunque pasen mil años, despues de contextado el juicio hasta su conclusion, debe despacharse la execucion por el importe de todos, pues su mala fé no debe aprovecharle, ni ceder en detrimento del actor, esto, aunque en el intermedio del pleyto haya suspension de su curso, porque como ninguna ley prefine quánto tiempo ha de durar la interrupcion *lite pendente*, ni quándo cesa, ni dice que una vez interrumpida renace, ó revive por la suspension, ó falta de continuacion del litigio, ni por otro motivo; por eso subsiste en este caso la interrupcion, y se debe despachar la execucion con ampliacion á los años posteriores, y no gravar al actor con los dispendios, y dilaciones de nueva demanda ordinaria sobre lo litigado, que ya está determinado en la primera, pues esto será contra la brevedad que encargan las leyes en los pleytos. Pero respecto estar ilíquidas las pensiones, para que no se le oponga este reparo, lo que debe practicar ante todas cosas, es, pedir se liquiden con citacion del deudor por el Escribano originario, y aprobada, y declarada en cosa juzgada la liquidacion, ha de *renovar, y reproducir la accion intentada por el importe de aquellos años porque pidió la execucion, y pedir ampliacion mediante su imposibilidad, por el de los posteriores*, pues sin preceder la liquidacion, no se debe despachar la execucion, porque no consta cantidad líquida, de que no se pueda dudar. En quanto á los réditos corridos pendiente la via executiva, he visto executoria en esta Corte, revocando la sentencia de un Alcalde, por la qual habiendo pretendido el executante que la sentencia de remate, y mandamiento de pago se ampliasen por su importe, declaró no haber lugar, y mandó que el executante pidiese nuevamente por ellos, y el Tribunal superior, atendida la verdad, defirió á la ampliacion, pues ni unos, ni otros estaban pagados.»

254 Obsta tambien á la execucion la excepcion de que el instrumento en virtud de que se expidió, no es *público*, ni *auténtico*, ni *original*, y que está sacado sin citacion por Escribano ante quien

(1) Ley in rebus 30. Cod. de Jure dot. ley Cum sex menses, ff. de Ædilitio edict. ley 1. Cod. de Annali exception. ley Cum notissimi, § Illud autem, Cod. de Præsc. 30. vel 40. annor. Authent. Nisi tricentale, Cod. de Bon matern. cap. ult. de Election. y cap. Quia diversitatem, de Conces. præbend.

no se otorgó, por lo que se redarguye de falso civilmente; en cuyo caso, hasta que se compruebe con el protocolo, precedida citacion del reo (que es la solemnidad prescripta por la ley que lo califica de indubitado) no hace fé, ni es exéquible, y si el que lo produce, no lo comprueba dentro del término legal, impedirá sentenciar la causa de remate, por haber sido ilegalmente despachada la execucion, y no subsanado el defecto en los diez dias que prefine (1); pero comprobandolo en ellos, cesa la objecion, y se retrotrae su vigor executivo al tiempo en que la execucion se expidió, bien que si lo autorizó aquel ante quien pasó, es lo mismo que si fuera la copia original, y aunque no intervenga mandamiento judicial para darlo, hará fé en juicio. Si es de los que no debe dar sin que preceda auto de Juez, y citacion de parte, mas copias que la primera, llamada *original*, no se deberá despachar execucion en su virtud, porque no la trae aparejada, como expuse en el n. 28. de este capítulo. Lo mismo procede quando está roto, cancelado ó manchado de modo que no se puede leer, ó contiene otro vicio esencial, ó está en cifras, ó tan obscuro que no se entiende su contexto; bien que no siendo en parte, ó lugar substancial, ó aun quando lo esté siendo el defecto de poca entidad, no lo vicia (2).

255 Lo propio milita si es Escritura *censual*, ó hipotecaria especial, aunque sea la *original*, si la misma finca es la hipotecada, y no quando lo son solamente sus frutos, ó pensiones, pues esto mas es consignacion de paga en ellos, que hipoteca, v. g. quando es vinculada, y asi no hay que registrarla) por lo que si el acreedor aates de entablar el juicio, no hizo tomar razon de ella en el Oficio de Hipotecas de la cabeza de partido, en donde se hallan sitas respectivamente las fincas especialmente gravadas, segun está mandado por la ley 1. y 2. tit. 16. lib. 11. Nov. Recop.: por la Pragmática de 31. de Enero de 1768. expedida sobre su observancia (de que traté á continuacion del cap. 8. de mi primera parte) y por la Real Cédula de 10. de Marzo de 1778. que se estiende á escrituras, é hipotecas de donaciones piadosas, no se debe despachar execucion en su virtud, ni juzgar por ella, ni tampoco

(1) Ley 115. tit. 18. Part. 3. ley 2. ff. de Fide instrumentor. y cap. 1. y fin. de eod. tit. Paz tom. 1. part. 4. cap. 3. n. 16. Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 1. § 12. limit. 2. Covar. Pract. cap. 21. n. 2. y sig. (2) Parlad. dicho §. 12. limit. 8. per tot.

hace fé para efecto de perseguir las fincas en ella contenidas, y aun quando esté tomada, y registrada, si el deudor exîste fuera de la jurisdiccion del Juez executante, y en la requisitoria de execucion no vá inserta, ó incorporada con la escritura original (que es la que se debe registrar, y no otra, á menos que se pierda, ó destruya, y por esta razon se saque otra con la solemnidad legal) la nota de estarlo, puede el requerido negarle el cumplimiento, porque no se le hace constar que la escritura es executiva, y para evitar que lo deniegue, se ha de insertar en aquella no solo ésta, sino tambien la nota, como requisito ciencial para proceder executivamente. Pero sin embargo de este legal precepto, he visto entregar el actor la escritura para tomar la razon, pendiente la execucion, á fin de que al tiempo de sentenciar la causa de remate estuviese subsanado el defecto, por deberse proceder, atendida la verdad, y no detenerse en sutilezas legales, y asimismo he visto postergar á un acreedor hipotecario especial anterior en tiempo, á otro igualmente especial en las propias hipotecas, y posterior, por haber registrado éste su escritura ántes que el otro. Y porque á veces por la distancia de las fincas, y por no tener el acreedor de quien valerse para registrar la escritura, ó por otros motivos, suele omitir la toma de razon, por cuyo defecto no se puede despachar la execucion contra el deudor, para que por él no se le irrogue detrimento, me parece muy útil que en la escritura se ponga esta cláusula: *Y de esta escritura se ha de tomar la razon en la oficina de hipotecas del Partido en que existen los bienes especialmente afectos, y gravados á la responsabilidad de dichos tantos mil reales, antes de proceder especialmente en su virtud contra ellas, segun lo ordenado por la Ley, Auto acordado, y Pragmática á este fin expedida últimamente, dentro del término, y baxo la pena que imponen; y sin embargo de que no esté tomada, quiere, y consiente el otorgante que no por eso dexe el acreedor de dirigir su accion (executiva contra él, y contra todos sus bienes en fuerza de la hipoteca, y obligacion general: que se trabe la execucion en ellos indistintamente: que se embarguen, y vendan á su arbitrio los que le parezca, hasta que se haga efectivo pago del principal, décima, y costas: y que se entiendan, y estimen obligados generalmente los que lo quedan especialmente, para que este defecto no sirva de obstáculo á la expedicion de la execucion contra todos, pasado que sea el plazo; y tomada que sea, no perjudique*

la obligacion especial á la general, ni ésta á aquella, y use á su eleccion de ambas como le convenga. Con esta cláusula no hay motivo para dexar de despachar la execucion, porque se queda la obligacion en la clase de hipotecaria general, de la que no es preciso tomar la razon, por no mandarlo la Pragmática, ni se va contra ella, por no prohibirlo; el qual es menor inconveniente, que el no poder usar de su accion el acreedor contra el deudor, y sus bienes, ínterin no se registra la escritura, pues el convenio de los contrayentes es ley, sino se opone á ella, como aquí sucede, y como tal debe efectuarse segun se haya hecho, lo que tendrá presente el Escribano.

256 Impide el progreso de la via executiva la excepcion *de no estar cumplido el plazo prefinido en el instrumento para hacer la paga, ni la condicion puesta en él*, pues hasta que lo estén, ni el acreedor tiene accion á pedir, ni el deudor obligacion á pagar, ni por consiguiente há lugar la execucion, porque mientras se cumple, y verifica, está suspenso su efecto, y la condicion expresa impide que nazca la accion, segun se prueba de la ley 1. tit. 28. lib. 11. Nov. Recop. ibi: *Seyendo pasados los plazos de las pagas*:: y de otras (1): Pero aunque el reo no oponga esta excepcion, puede el Juez repeler de oficio al actor, como que procede sin accion (2), á menos que se presuma fuga del deudor, ó intervenga otra causa justa para pedir antes que espire el plazo, pues entonces puede el actor usar de su derecho sin esperar á que cumpla (3), acreditando al Juez el motivo que tiene para pedir antes que se verifique el cumplimiento.

257 Si el instrumento es puro, y no contiene el plazo de la paga, puede el acreedor reconvenir al deudor diez dias despues de otorgado, como lo dice la ley 2. tit. 1. Part. 5. al fin: *E si el plazo non fué puesto, debe ge lo dar á voluntad del que la prestó, diez dias despues que fué prestada*, lo qual se entiende, excepto que por la expresion de la causa del préstamo se colija otra cosa de la intencion del mutuante, y mutuario, v. g. si fué hecho para

(1) Ley 1. Cod. de Condit. ex leg. ley Si mandavero, ff. de Mandati, ley Eum qui Kalendis, ff. de Verbor. obligation. ley Cedere diem, ff. de Verbor. signification. Rodrig. de Execut. cap. 1. art. 4. n. 31. y 32. (2) Dicha ley 1. Cod. de Condit. y ley 1. Cod. Ut actiones. Bart. in leg. Lect., col. 4. ff. de Reb. cred. (3) Ley 7. tit 13. Part. 5. Rodrig. Suar. in leg. Post. rem. judicat. limit. 7. n. 2.

cierto usó, pues en este caso, aunque el instrumento sea puro, no puede el acreedor pedir su dinero antes que se cumpla el plazo, ó verifique el uso, como lo advierte el *Señor Gregorio Lopez en la glos. 6. de dicha ley.*

258 Se admiten en la via executiva las excepciones que tienen su tendencia contra la persona que la intenta, v. g. si es menor, muger casada, hijo de familia, ó estudiante, y no manifiesta la respectiva licencia que el derecho prescribe, ó está excomulgada, ó no se halla nombrada en el instrumento, ó carece de potestad para pedir, y otras de quienes traté latamente en el §. 2 de este cap. y las mencionan *Parlad. lib. 2. Rer. part. 3. cap. fin* §. 1. y otros que cita, y puede ver el aplicado.

259 Del mismo modo se admite, y há lugar en la via executiva la *declinatoria de fuero*, proponiéndose en el tiempo, y términos explicados en el cap. 1. de este libro, §. 4. n. 186. y es de advertir, que nunca se entiende excluída esta excepcion, aunque otras lo sean, excepto que la ley la excluya expresamente (1).

260 Sin embargo de que por derecho antiguo no impedia la execucion la excepcion de estar pendiente compromiso sobre lo que se pedia, hoy por el nuestro es obstativa de ella, pues por el hecho de comprometerse las partes, aunque la una tenga sentencia propicia, cesan los efectos de ésta, por ser visto apartarse del derecho que en su virtud le competia, y asi no se debe executar (2). Lo mismo procede, quando, en fuerza de sentencia arbitraria se pide la execucion, y no se observan la forma, y requisitos prescriptos por la ley 4. tit. 17. lib. 11. Nov. Recop. expresados en el n. 4. de este cap. pues es nulo lo que en contrario se hace. Pero no obsta á la via executiva la excepcion de *litis pendentia* de otra via executiva, porque en este juicio se procede sumariamente, implorando el oficio del Juez, son compatibles dos vias executivas, y no causan instancia, ni por consiguiente se verifica propiamente la *litis pendentia* (3); por lo que no es admisible, como dexo sentado en el n. 113.

(1) Glos. in Clement. unic de Sequest. posses. Parl. lib. 2. cap fin. part 5. § 11. Gom. lib. 3. Var. cap. 12. n. 8. (2) Parlad. ibi, n. 24 Avendañ tit de las excepciones, n. 34. Canario de Execution. instrument. quæst. 12. 3 Salg. de Regia, part 4. cap. 7. n. 171. Martha de Jurisdict part. 4. cas. 177. ex n. 8. Canar. de Execution. instrum. quæst 33. n. 71. Carlev. de Jud. tit. 3. dis. 14. n. 1.

261 El no estar comprehendida en el instrumento la cantidad por qué se expidió la execucion, es otra excepcion que la impide, v. g. en el contrato de locacion y conducion, si el arrendamiento principal, y expreso espiró, y por el tácito que se subrogó en su lugar, executa el locador al conductor; pues en virtud del primer contrato no se debe proceder por la cantidad del tácito, porque no está inclusa en él (1). Lo qual se entiende, excepto que en el instrumento se pacte que por lo tácito se ha de executar al propio respecto, como dexo sentado en el n. 38. de este capitulo.

262 Lo mismo procede quando el instrumento del contrato en virtud de que se pide la execucion, no es el principal otorgado, y celebrado entre las partes; pues aunque los testigos depongan con citacion del deudor no solo de su tenor, sino de que aquellas dieron potestad al Juez para proceder executivamente, respecto no traerla aparejada las deposiciones de estos, como el instrumento principal, no se debe despachar (2).

263 Es excepcion legítima la del juramento que el lego interpone en las obligaciones, que por no requerirlo para su validacion, y por otros motivos, está prohibida su interposicion. En igual forma lo es quando se somete al Juez Eclesiástico en lo que no debe, pues las tales obligaciones son nulas, y no se deben executar, como lo ordena la ley 6. tit. 1. lib. 10. Nov. Recop. ibi: *Defendemos que ningun Lego, Christiano, Judio, ni Moro no haga obligacion en que se someta á la jurisdiccion eclesiástica, ni haga juramento por la tal obligacion junta, ni apartadamente, ni el acreedor lego la reciba so las penas contenidas en las dichas leyes, y que la obligacion no vala, ni haga fé, ni prueba. Y mandamos á todas, y á qualesquier Justicias, que no la executen, ni hagan pagar.* En este caso, además de ser nula la escritura, incurre el Escribano que la autoriza, en las graves penas que dicha ley le impone, y expliqué en el cap. fin. de mi primera parte n. 21. en donde expresé en qué contratos se puede interponer juramento, sin que el Escribano incurra en pena por admitirlo, ni se anulen por estár ligados con él, y en el 40. de éste, quál es el que debe contenerlo para ser executivo.

(2) Ley Item quæ ritur, §. Qui impleto, ff. Locati Avendañ. ibi, n. 46. Gom. en la ley 64. de Toro, n. 6. Gutierr. de Juram. confirm. part. 1. cap 49. n. 13. Rodrig. de Execution cap. 1. art. 4. n. 33. Gom. de Leon. centur. 83.
(2) Bart. in leg. 1. ff. de His, quæ in testamt. delant. Paz, t. 1. part. 4. cap. 3. n. 27.

264 Son impeditivas de la execucion las excepciones que la moderan, ó al instrumento, en cuya virtud se pide, v. g. la de que el executado no debe ser reconvenido en mas de lo que pueda, de que traté en los nn. 163. y 164. de este cap. y asimismo las que aparecen, ó vienen por la naturaleza del contrato como inherentes á él, v. g. en el de compra, y venta la de no haberse entregado al comprador la alhaja vendida, ó no haber pagado éste su precio; ó en las fianzas, la de que el fiador que dice pagó por los demás, ó por el principal, no manifiesta el lasto, ó cesion de acciones para acreditar la solucion, y otras semejantes; y la razon es, porque como la accion, y excepcion provienen de un mismo contrato, y fuente, al modo que se admite la una, se debe admitir la otra, pues ambas tienen igual vigor guarentigio; y así no se debe decir que el que opone la excepcion, vá contra el instrumento (1), lo qual se entiende probándose unas, y otras en los diez dias legales, y no de otra suerse, pues si requieren mayor conocimiento, no la impedirán.

265 Lo explicado en el número inmediato se limíta en quatro casos. El I.° quando los contrayentes pactan otra cosa. El II.° quando el executado debe cumplir el contrato antes que el executante. El III.° quando en él no consta quál de los dos ha de cumplir primero, v. g. en el de venta, si el comprador ha de entregar el precio antes que el vendedor la alhaja, ó al contrario, en cuyo caso debe mandar el Juez se pongan en depósito aquel, y ésta. Y el IV.°, quando la cosa no entregada es el importe de alcabalas, ú otros derechos Reales que tomó en arrendamiento, pues aunque alguna parte de ellas le salgan fallidas, ó se le retarde su cobro por culpa de tercero, y no del executante, si la mayor se le hace sana, y efectiva, no há lugar la excepcion, ni impedirá por consiguiente el curso de la via executiva (2).

266 Impedirá el progreso executivo la excepcion de *reconvencion*, si pendiente el juicio se liquida la deuda, y se hace constar por otro instrumento que traiga aparejada execucion; ó porque el executante confiese de plano ser líquido, y cierto el débi-

(1) Jason in leg. 1. n. 18. Cod. de Juris, & facti ignorant. Avendañ in tit. de las Excepciones, n. 8. Part. in leg. Ex prædiis, Cod de Eviction. & in leg. Si traditio, Cod. de Action. empt. Parlad. dicha part. 5. §. 11 n. 25. al 27. Rodrig. dicho cap. 6. n 14. 15. y 25. (2) Ley 34. tit. 5. Part. 5. ley 1. Cod. de Eviction. y ley Si soluturus, §. fin. ff. de Solut. Parlad. iti, n. 28. y 26.

to, y que ninguna defensa tiene, pues fuera de estos dos casos, como exîge mayor inspeccion, y conocimiento, no se admite (1); por lo que surtirá solamente el segundo efecto, que es la prorrogacion de jurisdiccion, como he sentado en el cap. 1. §. 6. n. 245. de este libro.

267 En quanto á si la excepcion de la *non numerata pecunia* es, ó no admisible en la via executiva, aunque hay dos opiniones contrarias, la afirmativa como verdadera, y comunmente observada en la práctica, es la que se debe seguir, con tal que se pruebe en el término legal, por ser justo, y equitativo se socorra á los deudores, para que no padezcan indebidamente extorsion alguna (2); y contrario al derecho de gentes, y toda razon el que uno pida lo que no dió, y se enriquezca con detrimento de otro (3).

268 Pero el deudor debe oponerla dentro de los dos años siguientes al contrato, si no la renunció, en cuyo caso, aunque puede recibir, y tomar en sí el cargo de probarla, incumbe al acreedor la prueba contra ella; mas si la renunció, ó han espirado los dos años, que para su oposicion prefine el derecho (4), es de su obligacion, y no de la del deudor justificar en los diez dias de la ley no habérsele entregado el dinero, precio, ó alhaja que se le pide, y en ambos casos si lo prueba, debe ser absuelto (5); todo lo qual milita no solo con el diezmo, sino con otra qualquiera cosa, porque versa identidad de razon, y la ley 9. tit. 1. Part. 5. que se cita lo comprehende todo, como en el n. 23. dexo expuesto.

269 Impide igualmente el curso de la execucion la excepcion que de ella misma puede originarse; v. g. por no haber puesto el Escribano la hora en que notificó su estado, como lo manda la ley 14. tit. 30. lib. 11. Nov. Recop. ó por no haberse dado los pregones en el tiempo debido, ó quando se invirtió el órden, y forma legal en hacer la traba, ó se excedió el Alguacil, ó no se observó el estilo del Tribunal, en cuyos casos, y otros semejantes debe admitirse la excepcion, no contra el contrato, ó sentencia, en

(1) Palac. Rub. en la ley 64. de Toro al fin. Dieg. Perez en la 4. tit. 8. lib. 3. Orden. glos. 1. Gut lib. 1. Pract. q. 112. n. 1 al 3. Rod. dicho cap. 6. n. 11. (2) Ley Illicitus, ff. de Offic. Præsid (3) Ley Nam hæc natura, ff. de Cod. indebiti. ley Cum amplius, §. Is natura, ff. de Reg jur. y ley Bona fides, ff. Depositi. Rod. dicho cap 6. n 12. y 13. (4) Ley 9. tit. 1. Part. 5. (5) Paz tom. 1. part 4. y cap. 3. cit. n. 5. Parlad. dicho §. 11. n. 51.

fuerza de que se expidió la execucion, sino contra el mismo hecho de ésta (1).

270 Y últimamente obstan á la execucion qualesquiera excepciones que por derecho comun se permiten oponer, quando el acreedor renunció en el contrato su beneficio, porque lo que por disposicion legal está permitido hacer, se puede practicar tambien por el pacto de los contrayentes (2), pues siendo justo, tiene fuerza de ley, y qualquiera puede renunciar lo que se estableció en su privativa utilidad (3).

271 Lo propio milita con las que el reo podria objetar en la Provincia en que se celebró el contrato, ó se dió la sentencia por la razon expuesta en el n. 30, y con otras legítimas que pueda probar en el término prefinido por nuestro derecho, que son diez dias (4), previniendo que si las alegáre en el proceso, y sin embargo se desestimáren, y fuere condenado, no deben admitírsele en la execucion de la sentencia en él proferida, y executoriada, porque les obsta la de cosa juzgada (5), y el que es repelido como actor, debe serlo como reo.

272 Y procediendo á tratar de la tercera clase de excepciones, que son las que no se admiten en la via executiva, digo que una es la de *Dolo*, (no hablo del *dolo bueno*, ó impropio, que es *discrecion*, *astucia*, *y sagacidad para conducirse licitamente*, y *precaverse*, *á fin de no ser perjudicado*, por lo que es permitido; sino del malo, propio, y verdadero, que es *falacia* y *maquinacion premeditada*, *para seducir*, *y engañar á otro*, *á fin de lucrarse en su detrimento*, ó *perjudicarle*, y por lo mismo está reprobado) y la inadmision de esta excepcion se entiende, excepto que se pruebe haber dado causa al contrato el mismo dolo, pues entonces como es nulo, no se debe executar, porque el derecho resiste la execucion de los que lo son (6).

273 De varios modos se comete el dolo. El primero, quando el mismo dolo dá causa al contrato. El segundo, quando aunque

(1) Paz loco cit. n.26. (2) Ley fin. Cod. de Fideijussor. Paz ibi, n. 32. (3) Ley Si quis in conscribendo, 29. Cod. de Pact. (4) Commun Doctor. in leg. Cunctos populos. 1. Cod. de Summ. Trinit. Rod. Suar. in leg. Post rem judicatam, q. 5. (5) Innocent. in cap. fin. de Ordin. cognit. Paul. de Castr. in leg 1. Cod. eod. tit. Avend. in leg. 4. ff. 5. n. 49. Paz ibi n. 35. (6) Ley 1. ff. de Dolo malo, ley Dolo, ff. de Inutili stipulat. y ley 1. §. Dolum, ff. de Dolo malo. Rodg de Execut. cap. 6. cit. n.26. Parlad. dicho §. 11. n.41. Begnudel. Biblioth. verb. Dolus.

al principio no la haya cometido el doloso, no obstante saber que el obligado goza de excepcion, le demanda, y sigue la instancia, lo que al contrario, ignorando la excepcion, no se presume que lo comete. Y el tercero, despues del contrato; v. g. si por obra, ó culpa del acreedor pierde el deudor el dinero que habia pagado (1); advirtiendo, que quando se procede civilmente se compensa un dolo con otro, mas no si es criminalmente (2). Sobre qual se llama dolo verdadero, y qual presunto, véase el lib. 1. de esta segunda parte, cap. 1. n. 150. y 151.

274 Se puede oponer la excepcion de dolo contra el que lo comete, ya sea varon, ó hembra, y mayor, ó menor capáz de cometerlo, y así es personal de parte de aquel contra quien se opone, y á veces no solo se puede oponer contra el actor por el suyo, sino por el ageno, en cuyo caso debe el reo deducir, especificar, y probar el dolo de aquel, por el qual está obligado el actor, v. g. el del difunto que daña á su heredero de parte del que lo opone, es excepcion *in rem*, de tal suerte, que á qualquiera á quien pasa la cosa sobre que se cometió el dolo, se transfiere tambien la excepcion, v. g. quando se pretende la hurtada por el que la hurtó, ó por el que cometió dolo en la que se pide, pues no se mira contra quien se cometió, sino se cometió en la que se pretende en juicio (3).

275 No se daña (regularmente hablando) al singular sucesor, ni pasa contra él la excepcion del dolo que su causante cometio (4), pero esto se limíta en quatro casos. El I.°, quando quiere usar de la excepcion de su causante, ó aunque no quiera, si tiene causa lucrativa, ó quasi, é intenta su accion, y no de otra suerte. El II.°, quando es convencido de su dolo, ó se excepciona contra la parte. El III.°, quando la cosa ha de volver incontinenti al que le cometió, ó la excepcion está anexa á ella misma. Y el IV.°, quando se cometió en la adquisicion de la accion, pues á qualquiera sucesor

(1) Ley Elegan ter, ff. de Dolo, ley 2. § Circa 3. y §. Et generaliter, 5. ley Si opera 6. ff. de Doli except. y ley Viro, atque Uxore, & ibi glos. ff. Solut matrimon. (2) Ley Viro 40. ff. Solut matrim. ley Si amboro §. 1. ff. de Compensat. Ley Si duo 37. ff. de Dolo malo. (3) Ley 2. §§. 1. y 2. y ley Apud Celsum, 4 §. Sed etsi mulier 21 y §. de Dolo 26. de Doli except. ley Pomponius, § Cum quis, ff. de Adquirend. posession. arg. leg. fin. cum. ibi notat. Cod. de Reivindicat. Marant. Specul. aur. part. 6. y tit. de Except. cit. n. 22. y 23. Angel. y Aretin. in §. Sed iste: vers. *Quæro ad extra*: Instit. de Action. (4) Dicha ley Apud Celsum, §. de Auctoris 27.

que use de ésta, obsta la excepcion (1). El dolo del socio daña al consocio: bien que éste tiene el regreso contra aquel (2).

276 Puede renunciarse, y remitirse por pacto la excepcion de dolo, y el de preterito, mas no el de futuro (3). Téngase presente lo primero, que si se celebra algun contrato en que interviene dolo, y para su confirmacion se hace despues otro sin él, y el actor usa del segundo, puede el reo (no obstante éste) oponer la excepcion de dolo que le compete en virtud del primero, porque se presume repetido en el segundo, y que lo hubo para impetrar la confirmacion de aquel (4). Y lo segundo, que si el dolo dá causa para la celebracion del contrato de buena fé, de suerte que si no interviniera, no se celebraría éste, lo hace irrito y nulo; mas no quando no la dá, ántes bien es superviniente, ó incidente (5).

277 No es admisible en la via executiva contra el instrumento público la excepcion de *lesion en mas, ó ménos de la mitad del justo precio*, que en los contratos de venta, arrendamiento, y otros semejantes compete al que ha sido perjudicado segun derecho (6), porque exîge mayor exámen, é indagacion. Esto se limita en caso que se pueda liquidar, y probar en el término legal, pues entonces se admitirá, y probada impedirá el progreso de la execucion (7).

278 En quanto á la excepcion de *error de cálculo*, ó *número*, se distingue si es material, y propiamente numérico, v. g. si en lugar de decir que debe ciento, dixese doscientos, se debe admitir, porque facil, y demostrativamente se puede deshacer; pero si es sobre la cosa, v. g. quando los apreciadores, ó contadores aprueban la que deben reprobar, ó al contrario, ó le dan mas, ó ménos valor, ó estimacion que la que merece, no es admisible, porque requiere especulacion, y reconocimiento mas largo, y no se puede liquidar en el término legal (8).

(1) Ley Apud Celsum cit. §§. Si quis, 11. in Hac, 17 y de Auctoris 27. Marant. ibi, n. 24. (2 Bart in leg. Si de Communi, ff. Si servitus vindicetur. Marant. ibi n. 26. (3) Ley Si unus, §. Illud nulla, ff. de Pact. Bart. & DD in leg. Aurelio 20 §. Cajus ejus, ff. de Liberat. legat. Marant. ibi, n. 27. (4) Paul. de Castr. consil. 172. col 1. lib. 2. Aimon Cravet. consil. 142. n. 3. Marant. ibi, n. 25. (5) Ley Si quis affirmaverit, y ley Eleganter, ff. de Dolo Gom. lib. 2. Var. cap. 2. n. 21 vers. Secundus casus: Regnudel. Biblioth. verb. Dolus. n. 4. y 5. (6) Ley 2. Cod. de Rescindend. vendit. y ley 1. tit. 11. lib. 5. Recop. (7) Parlad. cap. fin. part 5. y §. 11. dichos, n. 42. Acev. en la ley 1. tit. 21. lib. 4 Rec. que es la 3. tit. 28. lib. 11. de la Nov. n. 158. Rod. dicho cap. 6. n. 26. vers. *Alterum.* (8) Ley 1. Cod. de Errore calculi, y ley 19. tit. 22. Part. 3. Parl. ibi, n. 43. y 44.

279 Tampoco debe admitirse en el juicio executivo la excepcion de *division* de la deuda entre los mancomunados (1); y la razon es, porque hoy están tan claras, y terminantes nuestras leyes recopiladas, que segun se obliguen, quedan obligados, y pueden ser reconvenidos por el todo, ó á prorrata, sin renunciar la Epístola de *Divo Adriano*, ni la Authéntica *Hoc ita Cod. de Duobus, rei stipulandi*, ni otras, como he sentado en el cap. 7. de mi primera parte adiccionada §. 5. n. 153. y 155. Pero si se le demandáre por mas de lo que importe su obligacion, podrán excepcionarlo, y probada la excepcion, impedirá el curso de la execucion.

280 Obligándose dos, ó mas de mancomun *in solidum* por el todo, si el acreedor demandáre (como puede) á qualquiera de ellos, y el demandado excepcionáre que la execucion se debe dirigir contra el otro, porque en él se refundió toda la utilidad del contrato, y que en este concepto por su cuenta, y á sus expensas la siga contra él, no se debe admitir esta excepcion, porque el acreedor mediante la obligacion usa legalmente de su derecho, y no es de su inspeccion, ni le daña el convenio hecho entre los dos, pues esto es bueno para que el executado pagando primero al acreedor, use del suyo con el lasto contra su consocio, ó correo, segun le convenga (2).

281 Sobre si en este juicio se debe admitir, ó no la excepcion de *restitucion in integrum* por lesion, ó menor edad, discordan los Autores. Lo cierto, y seguro es, que si se opone por razon de la edad del que es menor, se debe admitir, porque en la exclusion general del beneficio de restitucion no se entiende excluido el que por la edad compete al menor, y si se opone contra la execucion de la sentencia, ó instrumento, cuya justificacion de lesion, consta de autos, ó se puede probar incontinenti, que es el término legal, se debe admitir tambien, y la impedirá; pero si la lesion que motiva la restitucion, no consta de autos, se puede probar en el referido término, porque requiere conocimiento mas pleno, ó se pide maliciosamente, no es admisible, ni por consiguiente se debe retardar por ella el progreso executivo (3), de lo qual trata con mas extension *Carl. tit. 3. disp. 16. ex n. 27.* hasta el fin.

(1) Parlad. ibi, n. 45. al 47. (2) Parlad. dicho §. 11. n. 48. al 51. (3) Rodrig. dicho cap. 6. n. 7. Parlad. dicho §. 11. n. 53. y 54.

282 Aunque, segun sentir de algunos, no es necesario que el menor pruebe haber sido perjudicado, para que sea restituido, lo contrario es lo cierto, excepto que la lesion conste de los autos; y así no solo ha de alegarla, sino probarla, y tambien su menor edad (1). Pero en seis casos bastará alegarla el menor, y la Iglesia para que se les restituya. El I.°, quando fiáron á alguno, pues por el daño á que están expuestos en virtud de la fianza, se demuestra la lesion, y por consecuencia se les debe conceder la restitucion (2). El II.°, si se comprometiéron, pues les puede venir perjuicio del compromiso (3). El III.°, por haber renunciado tácita, ó expresamente su derecho (4), pues por la renuncia se disminuye, y son perjudicados (5). El IV.°, quando por haber dexado de apelar, piden se les restituya de la omision, ó negligencia que tuviéron (6). El V.°, por haber omitido hacer su prueba en el término concedido á ambos litigantes para este efecto (7). Y el VI°., por qualquiera acto que exerzan, y de su naturaleza les es nocivo (8).

283 Ninguna excepcion que por no ser legítima, despreció el Juez inferior en primera instancia, debe admitir el Tribunal superior en la causa de apelacion; pero si siéndolo no le admitió, tal vez por causar extorsion al reo executado, deberá admitirse (9), pues de lo contrario quedaria indefenso, se le irrogaria gravísimo daño, y se procederia injustamente, previniendo que aunque se desprecie en el juicio executivo la que oponga el reo, le queda salvo su derecho para usar de ella en el ordinario, porque aquel no produce la de cosa juzgada en éste, ni presta el mas leve impedimento para él (10). Su efecto mas es prescribir, ó señalar el

(1) Leyes 1.y 3.§. Minorem: ley Ait prætor,7. §. Non solum: ley Verum 11. §. Sciendum: y ley Quod si minor 24. §.Non semper, ff. de Minor. ley Minor.5. Cod de In integrum restitut. ley fin tit. 25. Part. 3. y leyes 2. y 6. al fin, verb. ***Porque siempre***: tit.19. Part.6. (2) L. ha ley Ait prætor, y §.Non solum.(3 Ley Si minor 34. § unic. ff. de Minorib. y ley Labeo3. ff. de Receptis qui arbitrium. (4) Bald. Paul. y Jacob. in leg. 1. Cod. de In integrum restitut Aflict. in Constit. Siciliæ, rub. 38. n. 22. Acurs. in dict. leg. Ait prætor, y §. Non solum. (5) Ley Interdum 19. ff.de Minor. Aflict. dec. 14. n. 3.(6 Bart. in leg. fin. Cod. Ex quibus causis in integr. restitut. Alc. regul. 1. præsumpt. 47. Mord. in Empor. jur. part. 1. tit.5 in Prælud. n.8. (7) Abb. in cap. Subscitata, n.2 & in cap Auditis, n.8.de In integr. rest. Aflict. decis.390. Capic. decis.109. n.8(8) Alciat. regul.1. præsumpt. 41. Mord. ibi: Cald. Pereir. in leg. Si curatorem, verb. Lapsis: n. 25. Cod. de In integr. restitut. (9) Parlad. dicho § 11. n.55. al57.(10)Bart. in leg.1. §. Et parvi refert, ff. Quod vi, aut clam. & in leg.2. Cod de His quæ vi, metusve causa fiunt. Parlad. dicho §. 11. n. 52. Rod. dicho cap. 6, n. 27.

modo de actuar en la defensa, que quitarla (1).

284 He tratado con la extension, y claridad á mis limitados talentos posible de las excepciones que son, ó no admisibles en la via executiva; paso pues á explicar en qué término se han de alegar, y probar para que enerven la execucion. Segun derecho comun era arbitrio, por no estar señalado el en que se habian de justificar (2); pero segun el nuestro, si el reo comparece, y se opone á ella ántes que se le cite de remate, ó en qualquier tiempo ántes de la sentencia, se le ha de haber por opuesto, y encargar á ambas partes el fatal, y perentorio de los diez dias que prefine la ley (3), á fin de que en ellos aleguen, y justifiquen lo que las convenga, como dexo sentado en el n. 174; lo qual se observa inqüestionablemente en la práctica, por ser conforme á derecho. Esto se entiende, ya sean uno, ó mas los executados por un acreedor, y comprehendidos en un mandamiento executivo, porque la ley habla indistintamente, y así todos tienen solamente los diez dias para justificar sus excepciones, y no diez cada uno en este caso.

285 Siempre que hay dos opiniones comunes, y contrarias, es constante debe seguirse la que está mas en uso (4), porque la costumbre autorizada por su inconcusa observancia, estima por tácita convencion, y no tiene fuerza de ley, como elegantemente dixéron los Jurisconsultos *Hermogeniano*, y *Calistrato* (5): y habiéndolas, sobre desde quando ha de empezar á correr el término de los diez dias; la mas usada, y corriente es, que corra, y se cuente desde el de la oposicion (6), segun lo declara la ley 2. tit. 28. lib. 11. Nov. Recop. ibi: *Declaramos, y mandamos que los dichos diez dias corran desde el dia que se opusiere á la tal execucion en adelante*::

286 Sin embargo de lo expuesto, está introducido en algunos Tribunales, que no empieze á correr el enunciado término hasta el dia en que se hace notorio á entrambos litigantes, al modo que en la via ordinaria sin diferencia, lo qual como mas equitativo debe seguirse segun en esta Corte se practica, por ser tambien conforme

(1) Noguerol allegat 7. n.65. Parlad. dicho §.11. n.52. (2) Roman. cons.76. Menoch. de Arb. centur.1. lib.2. cas.17. n.7. y8. Acev. en la ley19. cit.n.121. Rod. cap.5. cit. n.92. (3) Ley12. tit. 28. lib. 11. Nov. Recop. (4) Ley Si de interpretat. 37. ff. de Legib. Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 5. §.10. n. 3. (5) Leyes Diuturna33. Sed & ea quæ 35. y Nam Imperator, 38. ff. de Legib. (6) Parlad. ibi, Acev. en la ley3. tit.21. lib.4. Recop. que es la2. tit.28. lib.11. de la Nov.

á derecho (1); pues además de que en lo propicio, y dudoso se deben ampliar, é interpretar benignamente las leyes (2), seria duro, y aun injusto que por no poder, ó no querer el Escribano dar cuenta de la oposicion al Juez, ó hacer notorio el encargo, ó por hallarse imposibilitado, ú ocupado éste, quedase indefenso el executado, y fuese condenado sin ser oido, lo qual resisten las leyes, y la razon, por lo que hasta que el término se notifica á entrambos litigantes, no debe correr, y la ley recopilada se ha de entender, cesante toda imposibilidad, y fraude, y si por olvido no se hace saber mas que á una parte, no debe correr, reponiéndose los autos y diligencias posteriores en el estado que tenian quando se admitió la oposicion, é hizo el encargo de los diez dias, como lo he visto practicar, para evitar nulidad en las diligencias. Pero las notificaciones se deben hacer á costa del reo al instante que se firma la providencia, aunque no lo solicite, porque se dió á su instancia, y á la solucion de lo que importen, puede ser compelido.

288 Si los diez dias empiezan á correr en feriados, v. g. los de Pasquas, ú otros repentinos, y en ellos espiran, ó se consume su mayor parte, no deben contarse, ni correr hasta el siguiente á el en que cesen, porque así como en ellos se suspende todo procedimiento civil, se cierran los Tribunales y no se hace juicio, excepto que ocurran las causas urgentes expresadas en el cap. 1. de este libro n. 12; así tambien se debe estimar, y estima suspenso el término legal, miéntras duran (3), lo qual he visto practicar siempre, porque de lo contrario seria ilusoria, é ineficaz la concesion de la ley, y no aprovecharia al executado, á cuyo favor se introduxo para evitar su indefension, pues ninguno debe ser condenado sin ser oido.

289 No se debe prorrogar este término á instancia del reo; pero puede disfrutarlo integramente, y por consiguiense ha de tomar los autos primero que el acreedor, sin que á su vuelta se le deba compeler, mientras dura, ni entregarse á éste ántes, aunque ocurra á tomarlos, y es la razon, porque el acreedor ya lleva expedita su accion, y hecha su probanza con el instrumento, sentencia, ó confesion que traen aparejada la execucion, y no necesita

(1) Ley Perendæ 6. Cod de Temp in integ. restitut. Parlad ibi Felin in cap. 2. de mutuis petit. (2) Ley Quod favore 6. Cod. ley Benignius 18 y ley Nulla 25. ff. de Legib (3) Castill. en la ley 64. de Toro, n. 84. Parlad. ibi. n. 11. Rodrig. dicho cap. 6. n. 31.

término, porque no tiene que probar; pero al reo le corresponde ver si le compete alguna excepcion contra el documento executivo, para cuya probanza se le conceden solamente diez dias perentorios, que es término sumamente limitado en comparacion del que tuvo el actor para pensar lo que habia de pedir. Al contrario sucede en el juicio ordinario, en el qual no lleva el actor su probanza hecha, y como que necesita hacerla para justificar su intencion, que requiere pleno exámen, y discusion, puede tomar los autos ántes que el reo, siguiendo el órden del juicio, y si éste los toma, y no los vuelve á breves dias, compelerle á su vuelta, porque todo el término es para los dos, y para cada uno en particular, segun he sentado en el cap. 1. de este libro, y en virtud del traslado que se le comunica de la pretension del actor, y fundamentos en que la afianza, puede preparar ántes de la prueba las defensas que ha de hacer, y excepciones que le conviene justificar, y así se observa en esta Corte.

290 Á instancia del acreedor se puede prorrogar el término las veces que quisiere, sin embargo de que se alegue que ambos son correlativos, que lo que no se permite al uno tampoco se debe permitir al otro, y que se debe guardar igualdad en los juicios (1); y es la razon, lo primero, porque ningun perjuicio se causa al deudor, ántes sí beneficio en tener mas tiempo para preparar, y hacer sus defensas, ó buscar dinero con que satisfacer el débito; y lo segundo, porque siendo tan breve el que se ha prefinido en utilidad del acreedor, á fin de que no se retarde mas la exáccion de su crédito, y en ódio y pena del deudor, para que tenga mas cuidado de pagarlo, y no se cause daño alguno al acreedor, puede renunciar legítimamente este beneficio, y pedir todo el término que quiera, pues de lo contrario se convertiria en detrimento suyo lo que se estableció para su provecho, y se procederia contra las reglas de derecho (2), y así, respecto militar diversa razon en uno que en otro, no debe regir la propia decision.

291 Pero para que se prorrogue á su instancia, han de intervenir precisamente dos circunstancias. La primera, que pida la

(1) Ley Cum quidam, Cod. de Fruct. & litium. Regla Non debet, de regul. jur. in 6. (2) Ley Quod favore, Cod. y ley Nulla, ff de Legib. y ley Carbonianum 3. §. Duæ autem 5. ff. de Carbonian. edict. Rod. dicho cap. 6. n. 32. Parlad. lib 2. cap. fin. part. 5. §. 10. n. 13. y 15. Gutier. lib. 2. Pract. q. 116. Acev. en la ley 3. tit. 28. lib. 11. Nov. Recop. ya citada n. 42.

prorrogacion dentro de los mismos diez dias, y si necesita mas prorrogaciones, ántes que espire la concedida, para que se entienda ser todo uno mismo, y no diverso, y para conceder la segunda dilacion, aunque se pida dentro de ellos, es menester que haya conocimiento de causa, y mucho mas despues de pasados, pues sin gravísimo motivo probado, no se debe prorrogar, porque el executante quando pide la execucion, lleva, ó debe llevar probada su accion, y no necesita término para ello, tiene el legal como el reo, y no le debe sufragar su descuido en no acudir en tiempo á pedir la prorrogacion: mucho ménos se le debe conceder para hacer prueba por testigos, porque se presume haber visto, ó tener noticia de lo probado por el executado, y así debe usar de su derecho en vía ordinaria. La segunda, que ni él, ni su Abogado hayan visto la prueba del reo, para evitar de esta suerte el soborno de otros testigos, porque si la vió, no se debe conceder, al modo que en la vía ordinaria se ordena (1). Así el término de los diez dias como el de las prorrogaciones son comunes á ambas partes, y no corren hasta que se les notifican, ni perjudican al ignorante, ni por las prerrogaciones se convierte la causa en ordinaria, ni tampoco muda su naturaleza el juicio, porque se entienden hechas con la propia qualidad que el encargado en los diez dias.

292 Pueden hacer las partes sus respectivas probanzas por testigos, instrumentos, y demás medios legales, aunque la execucion se haya despachado en virtud de instrumento público, porque la ley 1. tit. 28. lib. 11. Nov. Recop. habla disyuntivamente y no dice que se hayan de probar precisamente las excepciones por otro tambien público. Pero es de advertir, que los testigos que el reo produzca, no solo han de ser juramentados ántes de deponer, sino tambien exáminados con citacion del actor dentro del referido término, segun lo ordena dicha ley, ibi: *ó por testigos tomados dentro del dicho término*, pues si está pasado, ó falta la citacion, no se deben recibir sus deposiciones, sin embargo de que estén juramentados, y la prueba será ineficáz, y lo mismo sucede con el cotejo de papeles simples no reconocidos, porque los peritos son como testigos, cuyo dicho es un parecer que por

(1) Authen. de Testibus, §. Quin vero, collat. 1 ley 34. tit. 16. Part 3. ley 5. tit. 6. lib. 4. Recop. y cap. Fraternitatis, de test. Rod. ibi, n. 32. y 33. Parlad. dicho §. 10. n. 15. al 18.

sí solo no prueba, y asimismo es de advertir, que los instrumentos han de ser presentados tambien ántes que espire, y de lo contrario no se deben admitir, porque es perentorio, y como no concedido por el Juez, sino prefinido por la ley, carece de potestad para alargarlo á su instancia, y para admitir la probanza que fuera de él quiera hacer (1), excepto en el caso que en el número 269. expresaré, lo qual es al contrario en el juicio ordinario, como en él dexo sentado

293 Se limita lo explicado en el número inmediato, quando por omision, ó imposibilidad del Juez, ó Escribano se pasa el término, pues entónces como que el reo no tiene culpa, no le debe perjudicar (2), y así es muy util la prevencion, de que en el pedimento de oposicion proteste no le perjudique dicha omision, ó imposibilidad, con cuya cautela aunque espire el término, si los testigos fuéron juramentados dentro de él, podrán ser exâminados despues, porque los dias en que por la razon expuesta estuvo imposibilitado de hacer su prueba, no le deben correr, ni computársele por término (3), y así lo he visto practicar como justo.

294 Intentando el reo probar sus excepciones por testigos, debe nombrarlos, expresar en dónde viven, y jurar que no procede de malicia (4): si exîsten en ageno territorio, debe pretender, y se ha de librar requisitoria al Juez de su domicilio, como en el juicio ordinario se practica (5); pero su interrogatorio no se ha de comunicar al actor, ni el de éste á él. En este juicio, y demas sumarios no se admiten tachas, ó repulsas de testigos, ni por consiguiente se concede término para probarlas (6), segun dexo sentado al fin del n. 422. del cap. primero de este libro.

295 No obstante que haya espirado el términos de los diez dias, puede pretender el deudor que el acreedor jure de calum-

(1) Rod. dicho cap.6.n.28.y29. Castill. y Palac. Rub. en la ley 64 de Toro, verb. *Pasados los dichos diez dias*: Parlad. dicho §.10. n.7. al 150. Acev. en la ley 2. tit. 21. lib.4 que es la 1. tit. 28. lib.11. Nov. Recop. n.16. Salg. de Reg. part.3. cap.9. n.280. (2) Arg. leg. Non debent. ff. de Reg jur y regla Quod per me non stat, de reg. jur. in 6. (3) Ley Quibus diebus 40. ff de Condition. & demonstrat Paz in Prax. part.4. cap.3.n.38. Rod. dicho n.29.Castill y Pal.Rub. en la ley 64. de Toro. (4) Ley 1. tit. 28. lib. 11. Nov. Recop. (5) Ley 1. tit. 7. Part.3. ley 7. cap.2. tit.29.lib.11. Nov. Necop.cit. ley Properand. 13. §. Sin autem reus 3.Cod. de Jud. y Authent. de Exhibendis reis, § Si vero: Salg. de Reg. part.4. cap.6. n.63. (6) Cap veniens 2. de Testib. Parlad. ibi, n.25. Cov. Pract. cap. 17. vers. *Septimo*: Rod. ibi, n. 35.

nia, y posiciones en qualquier tiempo, con tal que sea ántes de la sentencia de remate, como lo disponia la ley 72. tit. 4. lib. 3. Recop. que se ha suprimido en la Nov. (1), y así se practica, sin embargo de que algunos demasiado escrupulosos dicen que esta ley se debe entender solamente en los Adelantamientos de Burgos, Castilla, y Leon, en cuyo titulo está, y no ampliarse á otras partes, pues no se hacen cargo de que fué creada muy posteriormente á la 1. tit. 28. lib. 11. Nov. Recop., de que ésta no manda quede aquella en su fuerza, y vigor para los demas parages, ni excluye, ni prohibe que de su auxilio se puedan aprovechar los que no residen en los Adelantamientos. La confesion de la parte no es prueba, sino relevacion de ella, y así no hay término prefinido para hacerla, por lo que se puede recibir fuera de el de la ley, pues quando el Principe manda á un Presidente cierta cosa, se entiende por consecuencia mandarlo á todos los de sus dominios en igual caso, por idéntica razon, como dicen los Autores (2). Lo mismo procede quando el deudor pide que el acreedor reconozca algun papel; pero si pretende que en caso de negativa se coteje con otros indubitados de él, no se debe diferir al cotejo por ser pasado el término, fuera de que aun hecho dentro de éste el cotejo, no hace prueba por sí solo, como dexo sentado.

296 Aunque el término no se puede prorrogar á instancia del executado, se podrá suspender siempre que acredite causa justa, v. g. estár enfermos, ó ausentes algunos de sus testigos, y esperar su pronto recobro, ó regreso; no poder el Escribano compulsar el instrumento con tanta prontitud; y otras semejantes. Lo uno, porque no lo prohibe la ley, ni de ello habla, y lo que no está prohibido, se entiende permitido; lo otro, porque no se quebranta su precepto, pues siendo éste el que la prueba se haga, y presente dentro de los diez dias, en exâminando los testigos en los que corran despues de la suspension, y presentando el instrumento ántes que espiren, se cumple con él; y lo otro, porque en la demora de poco tiempo no se causa notable perjuicio, como indicaron los Jurisconsultos *Juliano*, y *Paulo* (3), y seria injusto, que por no esperar unos dias mas, se grave al reo con la satisfac-

(1) Avend. resp 18 Parlad. dicho § 10. n. 25. y 26. Rod. dicho cap 6. n. 34. Gutier. lib. 1. Pract. q. 117. (2) Bart. in leg. Relegat. 7 §. Interdicere, 19. ff. de Interdict. & relegat. Rod. ibi n. 30. y 34 Parlad. dicho §. 10. n. 26. (3) Ley Ratum 13. y ley Quod dicimus 105. ff. de Solut.

cion de lo que tal vez no debe, y con costas, décima, y otros perjuicios irreparables, que son consiguientes al mandamiento de pago, mayormente quando no pende de culpa, ni omision suya, sino de la casualidad el que se haya hecho su prueba en el fatal, y perentorio término de los diez dias, ni se causa daño al actor, ya justifique, ó no el reo su excepcion, porque si la justifica, como que no le toca lo que le pide, no solo debe darsele, sino castigarle por litigante de mala fé; y si nó, le queda tiempo para usar contra él de todo el rigor legal; bien que la suspension en estos casos como de equidad, y no de justicia será arbitraria en el Juez, y no obligatoria, ni coactiva.

297 Esta suspension se ha de notificar al actor á costa del reo. El Escribano debe poner nota en el pedimento en que la solicite, no solo del dia, sino de la hora de su presentacion, para que si se defiere á ella, como que corre de momento á momento, no se le cuente todo el dia por término ya pasado, habiendo presentado tal vez el pedimento á la hora de Audiencia, ó ántes. Durante la suspension ningun testigo se exâminará sino despues dentro del término que le falta, y de lo contrario es nulo, como hecho fuera de él, aunque intervenga previa citacion del acreedor, porque la suspension no es para tener mas, y que en él justifique su excepcion, (pues esto será prorrogacion, la que el Juez no puede hacer á su instancia) sino para que los testigos vengan, y en el término restante declaren, á fin de que no quede indefenso.

298 Lo mismo procede si el reo pide declaracion al executante, y en caso de negativa, que con su citacion se le reciba justificacion de testigos, y que miéntras evaqua la declaracion, se suspende el término, pues debe suspenderlo; lo uno, porque aquella declaracion no es prueba, sino relevacion de ella; y lo otro, porque de no suspenderse podia ausentarse, ú ocultarse maliciosamente el executante hasta que espirase, á fin de que el executado no pudiese justificar, y por este defecto causarle la extorsion de ser condenado, tal vez, sin deber lo que le pedia, á lo que no debe dar lugar el Juez recto, é imparcial; y así debe suspender el término (en caso que lo solicite) hasta que evaque su declaracion, y evaquada, se ha de hacer saber al reo, poniendo la hora en que se le notifica, para que en uso de su derecho presente sus testigos, y desde ésta continúe el curso del término que falte;

pues aunque este término es legal, y probatorio como ordenado por la ley sin ministerio del Juez, y como tal no solo es *ad probandum simpliciter*, sino *ad probandum, & probatum habendum* (1), no se infringe por esta suspension la ley, ni es visto prorrogarse por ella el término, ni que el reo haga prueba, sino que se dirige á cortar al executante su malicia en querer tal vez dexar indefenso al reo: fuera de que si ántes de la sentencia puede pretender que jure de calumnia y posiciones, como he sentado en el núm. 269. y se debe deferir á su solicitud, con superioridad de razon se deberá suspender el término que todavia no espiró, para que declare; todo lo qual como equitativo, y justo he visto practicar repetidas veces en esta Corte.

299 Si pasados los diez dias piden los autos los litigantes para instruirse de lo justificado, é informar al Juez, se les han de entregar por poco tiempo, y primero al actor que al reo, á diferencia de quando se encargan los diez dias de la ley para probar, pues los debe tomar el reo antes por la razon expuesta en el n. 263. como advierte *Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 12. num. 1.* y aun tambien para alegar de su derecho, como y segun el orden de el juicio, al modo que en la via ordinaria. De lo que uno alega y prueba, debe darse traslado al otro con calidad de *sin perjuicio*, con lo qual no muda el juicio su naturaleza, aunque se confieran muchos traslados; y hecho, debe llamar el Juez los autos á instancia del que lo pretenda, y no de oficio; señalar dia para su vista, si hay costumbre de ello; citar á entrambos, por si quieren asistir á informarle verbalmente de su derecho, y justicia, porque han comparecido en el juicio; y si no se acostumbra señalar dia, ni informar, sentenciarlos despues de pasados los tres dias de la citacion para la sentencia. Pero esta citacion se entiende habiendo hecho probanza el executado, ó resultando del documento executivo la excepcion, y alegándola; pues si no la hizo, ó no resulta, ó no se opuso á la execucion, es ocioso mandarle citar, porque ya lo está de remate; y así ha de llamar los autos, y sentenciarlos, sin que preceda la citacion, respecto no haber cosa nueva, ni motivo para volverle á citar; lo qual como corriente se observa en la práctica, bien que algunos quieren que

(1) Acev. en la ley 1. tit. 6. lib. 4. Recop. n. 8 al 10. que en la Nov. son la 1. y 3. tit. 10. lib.

aunque no se haya opuesto, se pida por el acreedor que se sentencie la causa, en cuyo caso el Juez llama los autos, y sin nueva citacion los sentencia á la primera audiencia, lo qual no repruebo, sin embargo de no ser necesario en dicho caso quando en el pedimento en que el actor pretende se cite de remate al reo, pida tambien que á su tiempo se sentencie la causa, y despache el correspondiente mandamiento de pago.

300 Como no siempre executa la sentencia el Juez que la profiere, ya sea ordinario, ó delegado, pues tiene que impartir muchas veces el auxilio de otro (1), contemplo util explicar por conclusion de este §. si todas las excepciones que se permiten oponer contra la execucion, se podrán deducir, y alegar ante el requerido, al modo que ante el requirente, y si aquel podrá, ó no conocer de ellas, y difinirlas como éste. Pero ántes de proceder á la exposicion de este punto, debo sentar para su mejor inteligencia lo primero, que algunas excepciones se alegan contra la misma sentencia, v. g. la de *nulidad* que se opone contra ella, porque nace despues que está proferida, por cuya razon no se puede oponer ántes.

301 Otras no se oponen contra la sentencia, sino contra su execucion, v. g. la de que alguno no puede ser convenido en mas de su posibilidad, como el marido respecto de su muger, el donante respecto del donatario, el soldado, y otros semejantes de que hice mencion en los números 163. al 165. respecto de sus acreedores (2); los quales no arguyen de injusta la sentencia, sino que moderan su execucion, por lo que se pueden alegar, y poner despues de ella (3); y por esta razon la de las expensas hechas en la alhaja que se opone al que pretende reivindicarla, la de compensacion, la de haber hecho el inventario con pureza, la de no haber pagado el comprador el precio de lo que compró, la de cesion de acciones, y la del beneficio de la Epístola de *Divo Adriano* se pueden oponer despues de la sentencia executoriada, porque solo tienen su tendencia á modificarla (4). Pero esto se li-

(1) Ley A Divo Pio 15. §. Sententiam, & ibi DD. ff. de Re jud cap. Pastoralis 28. § Quia vero, de Offic. & potestat. judicat. delegat. (2) Ley Sunt qui in id 16 ff. de Re judic. (3) Ley Ex diverso 17 §. fin. ff Solut. matrimon ley Miles 6. al princip. y ley Nesennius 41. § ult. ff. de Re judic. Surd. dec 332. n 1. Barb. in leg. Maritum 13. n 37. vers. *Quarto ampliu.* ff. Solut. matrimon. (4) Ley Donum 5. Cod de Rei vindic. ley ult. Cod. de Constit. pec. ley Julianus 13. §. Offerri. ff. de Act. empt. Carlev. tit. 3. disp 17. n. 4.

mita en caso que se hayan opuesto en la causa principal ántes de la sentencia, y el Juez las haya despreciado expresa, ó tácitamente, pues entónces no se puede alegar, ni oponer á la execucion; y la razon es, porque esta exclusion, y desprecio tácito, ó expreso pasa á cosa juzgada simultaneamente con la misma sentencia, y produce esta excepcion contra el que las opone (1).

301 Otras se oponen contra la accion intentada, quales son las perentorias que miran á los méritos de la causa principal; y éstas, regularmente hablando, no se pueden oponer despues de la sentencia (2). La razon es, porque la arguyen de injusta, y se dirigen á rescindirla, y revocarla, y como despues de la cosa juzgada nada hay que hacer mas que executar lo que se determinó, por eso no son admisibles en su execucion (3); bien que hay varias que se admiten, como la del *Macedoniano*, de que trata la ley 17. tit. 1. lib. 10. Nov. Recop. inserta en el cap. 7. de mi primera parte núm. 92, la qual fué establecida en ódio de los acreedores, y en beneficio de los hijos de familia, y de sus padres, por los motivos expuestos en el citado cap. n. 12, la del Jurisconsulto *Velejano* al de las mugeres, la de restitucion *in integrum* al de los menores, la de ignorancia del derecho al de los soldados (4), y otras que traen los autores (5).

302 Debo sentar igualmente, que de los que executan las sentencias por mandato, comision ó requerimiento de algun Juez, unos se llaman *meros executores*, y otros *mixtos*. Los primeros son los Alguaciles, Porteros, y otros dependientes del Juzgado, que carecen de jurisdiccion, y no toman el menor conocimiento de las causas, por estar destinados solamente para cumplir el mandato del Juez que entiende en ellas (6), y los segundos son Jueces con jurisdiccion, á quienes el ordinario de otro territorio, ó el delegado comete la execucion de su sentencia, ántes que conozca de

(1) Cap. Quod consultat., 15. de Sentent. & re judic. glos. ult. in. leg. Nesennius 41. ff. de Re judic. Carlev. ibi, n. 5. (2) Ley Peremptorias 2. Cod. Sentenr. resc. non posse. (3) Ley post rem, 46. ff de Re judic. (4) Ley 1. Cod. de Juris, & facti ignorant. ley Tamen 13. & ibi glos. 1. ff. ad Macedonian. ley Scimus 22. Cod. de Jure deliber. y ley Minor 37 ff de Minorib. (5 DD in leg. 1. Cod. de Jur. & facti ignorant. Gracian. reg 348. Velasc. de Priv. leg miserabil. personar. q. 17. n. 159. Carl. ibi n. 6 y 7. (6) Ley Si ut proponis, 6. y ley Execut. 8 Cod. de Execut. rei judicat.

las excepciones concernientes á la misma execucion (1).

303 Supuesto lo referido, digo que los meros executores no deben admitir regularmente hablando excepcion alguna contra la execucion, ni de ella pueden conocer por defecto de jurisdiccion (2); pero los mixtos executores pueden entender en las que miran á los méritos de la causa, y se pueden oponer despues de la sentencia, no para difinirlas, sino para ver si obstan, ó no á la execucion, pues obstando, deben suspender todo procedimiento, y remitirlas al Juez requirente, á fin de que las decida, y si se oponen calumniosamente, y no la obstan, proceder á executar la sentencia (3).

304 De las que modifican la sentencia, no solo pueden conocer, sino difinirlas, porque por el hecho de comisionarlos para su execucion, es visto cometerles tambien todo lo que concierne á ella, sin lo qual no puede quedar expedita ni perfecta (4). De las que impugnan la sentencia, v. g. la de nulidad, restitucion, &c. pueden conocer igualmente, y si advierten que son despreciables, proceder á su execucion, mas siendo legítimas, deben remitirlas bien instruidas al Juez requirente para que las difina; pero no difinirlas por sí (5), porque de hacerlo, se verificaria que el Juez menor, ó igual en jurisdiccion revocaba la sentencia del igual, ó mayor, y esto es opuesto á derecho (6), bien que en aquel negocio, siempre es mayor el requirente que el requerido, aunque sea igual; lo qual se limita en caso que el Juez inferior imparta el brazo, y auxìlio del superior para executar su sentencia, pues entonces como éste es mayor, puede (aunque suene requerido) conocer, y decidir la excepcion de nulidad, y conceder al menor la restitucion contra la misma sentencia del requirente (7).

(1) Ley Et si non cognitio 4. Cod. Si contra jus, vel utilitatem public. Bart. in leg. A Divo Pio, ex n. 5. al 10. ff. de Re judic. Menoch. de Arbitr. lib. 1. q. 38. n. 20. (2) Glos. in cap. Cætero 5. de Sentent. & re judic. Bart. in dict. leg. A Divo Pio, n. 10. Bald. in leg. Et si non cognitio, citat. n. 1. Menoch. ibi. (3) Ley 1. Cod. de Juris. & facti ignorant. ley Satis 2. Cod. ad leg. Cornel. de fals. ley Cum fideicom 7 ff de Confes ley Si prætor, al princ. y en el §. Marcellus, ff. de Judic. Ang. Immol. Cuman. Alex. y Jason en la ley A Divo Pio cit. (4) Arg. leg. Cui jurisdic. 2. ff. de Jurisdic. omn. jud Bart. &. DD. in dict. leg. A Divo Pio, Carl. tit. 3. disp. 17. dicha n. 14. Salg. de Reg. part. 4. cap. 7. n. 30. 5) Bart. Alex. y Jason en la ley A Divo Pio, cit. Carlev. ibi, n. 15. Rod. de Executon. cap. 2. n. 40. (6) Ley Nam Magistratus 4. ff. de Arbitr. y ley Ille, à quo 13. §. Tempest. ff ad Trebellian y cap. Cum inferior 16. de Major. & obed. (7) Spec. lib. 2. tit. de Execut. sentent. §. 2. n. 5. Alex. in leg. A Divo Pio, n. 15. Menoch. q. 38. cit. n. 19. Felin. in cap. Past §. Quia vero, n. 17. vers. *Secundo limita*: de Offic. &. potestat. judic. deleg.

305 En quanto al tercero poseedor, supuesto que puede oponer sus excepciones ante el Juez requerido, y éste conocer de ellas (1), para resolver si tendrá, ó no facultad de difinirlas, se distinguen dos casos. El primero, quando alega que posee los bienes en que el Juez requerido trabó la execucion, y por haberse trabado en los que no pertenecen al deudor, se opone á ella; en cuyo caso, no solo puede conocer de esta excepcion, sino difinirla, sin tener precision de remitirla al requirente; y la razon es, porque modifica la sentencia de éste, pero no la impugna, ni arguye de injusticia contra ella (2).

306 El caso segundo es, quando la excepcion toca á la sentencia, y causa principal, v. gr. si el tercero alega ser nula, ó el instrumento en cuya virtud se despachó la execucion, ó que en los bienes del deudor debe ser preferido al acreedor que la pidió; y en este caso puede el Juez requerido conocer de la oposicion, y excepcion, no para difinirla, sino para instruirla, y estando instruida, remitirla al requirente, á efecto de que la difina, y pronuncie sobre ello como Juez, á quien legitimamente incumbe conocer del concurso de acreedores, pues no se debe dividir la continencia de éste (3).

§. V.

De la sentencia, fianzas, y remate de los bienes executados.

307 Vistos los autos por el Juez, puede absolver al reo executado, ó condenarle, ó recibir el pleyto á prueba, segun lo que de ellos resulte, aunque la execucion fuese bien despachada. Si producen méritos para absolverle, porque probó plena, y concluyentemente sus legítimas excepciones en el término de la ley, y advierte, que la execucion por accion personal despachada fué pedida maliciosamente, por no ser deudor, ha de revocarla; absolver de la paga y demanda al executado; mandar se le desembarguen, y entreguen libremente los bienes que se secuestráron, y asimismo condenar en todas las costas procesales, y décima al

(1) Menoch de Arbitr. lib. 1. y q. 38. cit. (2) Cov. Pract. cap 16. n 5. Men. dicha q 38. n. 8. Paz in Praxi tom. 1. part. 4 cap 4 n. 6. vers. *Advertetion.* Carl. ibi n penult. (3 Leyes 1. y 2. ff de Quitus rebus ad eundem judic. eatur, ley Nulli, Cod. de Jud. Carl. ibi, n. fin.

actor, como litigante temerario, pidiéndolo el reo (1), y no de otra suerte. Pero si la execucion fué mal despachada porque el instrumento no la traía aparejada á causa de no ser el original, ni estar subscripto como lo manda la ley, ni registrado en la oficina de hipotecas, ni sacado en el papel sellado correspondiente, ó no haber cumplido el plazo, ó condicion en él prefinidos, ó hallarse prescripto el derecho de executar, ó por otro motivo legal, no solo debe revocar la execucion, y declarar no haber lugar á sentenciar la causa de remate, sino restituir por su impericia, ó descuido los derechos que llevó con el quatro tanto, y las costas causadas á las partes, en lo que le condena justamente la ley 11. tit. 30. lib. 11. Nov. Recop. la que no está derogada, porque ántes de expedir el mandamiento executivo debe mirar el instrumento en virtud de que se pide la execucion, y no fiarse de Escribanos ignorantes, como en el num. 119. dexo expuesto, y se lo manda la ley 8. tit. 28. del mismo lib., cuyo contexto con el de la 11. citada inserto para que las lean los que no las han visto, y por su órden dice: ley 8. *Por ende mandamos á los dichos Alcaldes mayores que agora son, ó fueren en los dichos Adelantamientos, que no den mandamientos para executar obligaciones, sin que primero las hayan visto, y exâminado, para que por ellas conste si conforme á derecho las deben mandar executar, ó no, y sin que asienten en las espaldas de la tal obligacion de que se pide execucion, como ha sido por ellos vista, y exâminada, so pena que lo que de otra manera mandáren executar, lo pagarán con el quatro tanto.* Ley 11. *Por no exâminar, ni ver dichos Alcaldes mayores las tales obligaciones, y contratos, muchas veces las mandan executar, no lo pudiendo hacer conforme á derecho, ó por ser el contrato condicional, y no ser cumplida la condicion; ó por no ser pasado el plazo, ó plazos; ó por ser pasados los diez años, ó por otro semejante defecto, y despues dan la execucion por ninguna, y cobran los derechos del acreedor que pidió la execucion, siendo á su culpa, y negligencia por no haber exâminado la dicha obligacion ántes que dé el mandamiento: por ende mandamos que todos los derechos que hasta aquí hubieren llevado de los acreedores los Alcaldes mayores que han sido, ó son, los tornen luego á las*

(1) Parlad. ibi. 2. cap. fin. part. 5. §. 12. Paz dicha part. 4. cap. 3. n. 41. y 42. y cap. 7. n. 10. y sig. Rod. dicho cap. 6. n. 36.

partes, y de aquí adelante no lleven los tales derechos, sopena que los restituyan con el quatro tanto, y mas paguen las costas á las partes.

308 Si el Juez conoce que por falta de término competente no probó plenamente sus excepciones el executado, ó le faltó algun adminículo para hacerlas expeditas, ó resulta duda en ellas, aunque debe condenarle segun la ley á la paga del débito baxo de la fianza legal, y hecho el pago, precedida ésta recibir el pleyto á prueba; lo que por indulgencia se practica en estos casos, es declarar no haber lugar á sentenciar la causa de remate, y (sin absolver de la demanda, ni accion, ni deferir al desembargo de bienes del reo, porque esto seria decidir á su favor sin plena, y verdadera justificacion, y conocimiento de causa, y sin haberse desvanecido el motivo que impelió á pedir, y despachar la execucion) recibir el pleyto á prueba *por via de justificacion*, con el término que contempla suficiente, el qual sino contiene la qualidad de *perentorio*, (que el ponerla, ó no, está en arbitrio del Juez) se puede prorrogar como comun á instancia de qualquiera de las partes hasta los setenta y nueve dias, pidiéndose la prorrogacion en la propia forma que en la via ordinaria, y si la contiene no; y luego que espira se pide, y dá traslado recíproco de las justificaciones hechas á las partes, las quales alegan, y concluyen para sentencia, y el juicio muda su naturaleza, pasando de executivo á ordinario, bien que algunos dicen que se debe sentenciar la causa de remate, si hay méritos para ello, y reservarle su derecho para que en via ordinaria use de él proponiendo como acciones las excepciones, hecho previamente el pago baxo de fianza, esto es lo mas conforme. Si la sentencia se profiere en parte á favor del actor, y en parte al del reo, ambos apelan respectivamente de ella en lo que les grava, y contiene diversos capítulos, se deben executar los que favorecen al actor, si lo pretende, mas no siendo conjuntos, pues entónces se ha de deferir á la apelacion de entrambos: lo mismo procede en las causas ordinarias, quando el reo no apela de la sentencia (1). Pero es de advertir, que quando se recibe el pleyto á prueba por no haber lugar á sentenciar la causa de remate, ó se absuelve al reo de la instancia, reservando al actor su derecho para la via ordinaria, debe

(1) Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 5. § 12. n. 6. Boer. dec. 73. y Bart. cons. 150.

éste reproducir los autos executivos en todo lo favorable en el término probatorio, aun quando en la demanda los haya reproducido, á fin de que lo justificado en ellos le sirva de prueba, y no se le alegue maliciosamente que no lo es, porque aunque á consequencia de la reserva deben andar unidos por dimanar la accion ordinaria, ó demanda nueva de la executiva, conviene la reproducion en dicho término para cortar todo motivo de cabilacion al executado y mal pagador.

309 Depositando el reo dentro de las setenta y dos horas siguientes á la notificacion de estado parte de la cantidad, y consintiendo se entregue al acreedor, oponiendo al mismo tiempo la excepcion de tener satisfecho el resto, y probándola en el término encargado, no hay para que sentenciar la causa de remate, porque éste ha de ser de bienes, cuyo valor se deba convertir en dinero, mas no del mismo dinero que no se vende, y así se declarará no haber lugar á proferir la sentencia, y se mandará entregar el depósito al acreedor. En quanto á los demas se absolverá al reo, y no habrá condenacion de costas, si el actor protestó (como se acostumbra poner en los pedimentos de execucion) admitir en cuenta justas pagas, y no procedió de malicia, pues si pidió execucion por mas que lo que se le debia, y no hizo la protesta, debe pagar al Alguacil los derechos de lo que estaba ya pagado, segun se prevenia en la ley 8. tit. 21. lib. 4. de la antigua Recop. que se ha suprimido en la Nov. Recop. y tambien la cenasía con otro tanto, como lo manda la 9. siguiente.

310 Si depositó fuera de las setenta y dos horas la cantidad por que se le executó, se le condenara en la décima respectiva, habiendo estilo de exîgirla, y en las costas hasta alli causadas, y no mas, declarando no haber lugar al remate, y mandando entregar el depósito al acreedor; la razon es, porque la décima es pena, y en el instante que espiráron los tres dias naturales, incurrió en ella el executado, se devengó, y adquirió derecho á percibirla el Alguacil, al qual no se debe quitar por concedérsela la ley, y respecto haber sido moroso el deudor, y dado lugar no solo á que se le executase, sino á que cayese, es justo que la pague con las costas hasta alli causadas, pues las leyes 8. tit. 28. y 13. tit. 30. lib. 11. Nov. Recop. le condenan en los derechos del mandamiento executivo, y salarios del camino, aunque pague inmediatamente que se le requiera con él, y el Juez carezca de potes-

tad para remitírselos, quitándoseles á sus legítimos dueños; lo qual he visto practicar en esta Corte, y como justo confirmarse.

311 Haciendo depósito el deudor dentro de veinte y quatro horas siguientes al requerimiento de la deuda por que se le executó en persona lega, llana, y abonada, ante un Alcalde, ó por su ausencia ante un Regidor, queda libre de pagar la décima, y qualquiera otro derecho de execucion, con tal que dentro del tercero dia despues de hecho el depósito, lo haga saber á su costa al acreedor, y no haya obligacion de hacer la paga en algun lugar particular (1): si dentro de ellas muestra contenta del acreedor, no está obligado á pagar décima, ni otro derecho de execucion (2), como en el num. 133. expuse.

312 Oponiendo el executado por accion Real, ó hipotecaria excepciones obstativas del progreso executivo, y justificándolas en el término encargado, se suele declarar no haber lugar á sentenciar la causa de remate, y recibir el pleyto á prueba por via de justificacion; y la razon es, porque aunque las excepciones enervaron la execucion, y por haberlas probado, debió ser condenado el executante en las costas, como quando la pide maliciosamente por accion personal, (si fué bien despachada, pues sino, debe serlo el Juez) al modo que el reo quando no prueba, pues el favor ha de ser recíproco á entrambos como correlativos en causa de una misma condicion y naturaleza; no obstante, como en este juicio por ser sumario no se procede con aquel pleno conocimiento que en el ordinario, y el actor, especialmente si es heredero, ó cesonario del acreedor, pudo ignorar las excepciones, ó no tener tiempo en los diez dias para probar contra ellas; y tal vez podrá desvanecerlas dándole mas término, por eso se recibe á prueba, á fin de no dexarle indefenso, ni perjudicarle, y entónces muda el juicio su naturaleza, pasando de executivo á ordinario; lo qual se entiende, cesante toda malicia en pedir la execucion.

313 Si el executado por accion personal no se opone á la execucion, ó aunque se oponga, sino prueba dentro de los diez dias la paga, ó excepcion que alegó, debe el Juez sentenciar la causa de remate, mandando continuarla por la cantidad principal, su décima, y costas procesales causadas, y que se causasen

(1) Ley 16. tit. 30. lib. 11. Nov. Recop. (2) Ley 15. dicho tit. y lib.

hasta que el acreedor se reintegre efectivamente de todo lo que le toque, librando para ello (precedida tasacion de las costas, y por parte del executante la dacion de fianza que la ley de Toledo ordena, si quiere tomar su dinero ántes que se executorie) el correspondiente mandamiento de pago con inclusion de lo que éstas importen (1).

314 Pero sin embargo de que se oponga á la execucion, si alega que no puede probar dentro de los diez dias la excepcion que propuso, porque los testigos de que intenta valerse, existen fuera del Arzobispado, ú Obispado, se debe sentenciar la causa de remate, y dando previamente ambos litigantes en este caso la fianza que en el núm. 291. explicaré, hacer pago al acreedor, no obstante que el reo apele, y la sentencia se executorie ántes de verificarse; y la razon es, porque queda pendiente el juicio, y como en el término que se le señale puede probar su excepcion, es justo asegure el recobro de lo que indebidamente satisfizo; tenga persona contra quien repetir, si el executante no se lo devuelve incontinenti, y no sea perjudicado, ni quede ilusorio, é ineficáz el juicio. Hecho el pago, y no de otro modo, se ha de recibir el pleyto á prueba, concediéndole el Juez un mes para ello, si dicen que están de Puertos allá dentro del Reyno dos, y seis si en Paises extraños, y en qualquiera de estos casos no solo debe expresar en donde viven los testigos, sino sus nombres y apellidos, y jurar que no procede de malicia, pues asi lo manda la referida ley 1. tit. 28. lib. 11. Nov. Recop. Lo mismo procede aunque ofrezca probar sus excepciones por otro medio, si no puede hacerlo en los diez dias, pues se debe practicar lo propio en todo, porque milita identidad de razon, y en ambos casos, concluso el juicio executivo con el pago, se sigue luego el ordinario.

315 Están persuadidos muchos que en qualquier execucion ha de preceder solamente la fianza de la ley de Toledo, no distinguiendo en qué casos, cómo, ni por quién se ha de dar; y para que los principiantes procedan con todo conocimiento, debo sentar como incontrovertible, que para executar la sentencia de remate en primera instancia, ha de intervenir previa, é indispensablemente una de dos fianzas, á saber, de la *ley de Toledo*, que

(1) Dicha ley 19. tit. 21. Rod. de Execution. cap. 6. n. 36. Parlad. dicha part. 5. §. 12. y sig.

es la 1. citada, ó de las *de Madrid*. La de la de Toledo en dos casos, en el uno ha de darla el acreedor solo, y en el otro éste y el deudor. Si la execucion se despachó en virtud de escritura de préstamo, fianza, depósito, censo, arrendamiento, ú otra que no sea de transaccion, ó en virtud de confesion de la parte, ó de executoría, ó de sentencia que no sea arbitraria ni confirmatoria de pareceres conformes de contadores, y el reo no se opuso, ó aunque se haya opuesto, no probó dentro de los diez dias una excepcion legítima, que impida el progreso de la via executiva, ha de darla el actor solo, y su fiador obligarse, *á que si la sentencia se revocáre, ó modificáre por Tribunal Superior, volverá el acreedor al deudor la cantidad que en su virtud perciba con el duplo por pena en nombre de interés, conforme á la ley de Toledo; y no lo cumpliendo, y verificada la excusion en sus bienes, lo cumplirá él como su fiador, &c.* pues aunque la expresada ley no habla del caso de revocacion, debe entenderse así como no hay otro á que contraerlo, ni en que se verifique, quando el reo no se opuso, ó habiéndose opuesto, no probó, ni alegó lo que se dirá en el número siguiente, y la fianza es necesaria en todo evento para poder executar la sentencia que no está executoriada, ni pasada en autoridad de cosa juzgada, por lo que puede revocarse.

316 Si se opone, y quiere probar por testigos, alegando que éstos existen en los parages mencionados en el n. 314. (como quiera que debe ser condenado á pagar incontinenti, y reservársele su derecho, para que use de él como le convenga, pues la mera proposicion de la excepcion, ni la alegacion, y prueba de de que los testigos existen fuera del Pueblo, no impiden el curso de la execucion, ni convierten el pleyto executivo en ordinario, interin no se verifique el pago, ni tampoco mudan, ni destruyen su naturaleza) han de dar fianza simple, no solo el acreedor, sino el deudor, obligándose el fiador del acreedor, *á que si el deudor probáre la paga, ó excepcion que alega, con los testigos que propone, le volverá el mismo acreedor lo que satisfaciere, con el duplo por pena en nombre de interés, y en su defecto lo hará él como su fiador, &c.* y el del deudor se ha de obligar á que si éste no no la aprobáre en el término que se le conceda, pagará en pena otro tanto como lo que pagó (1); y en la sentencia se debe man-

(1) Paz, tom. 1. Part. 4. cap. 7. n. 16.

dar á entrambos que la den, lo qual tendrá presente el Escribano, pues siendo el actor y reo correlativos, deben sufrir el gravamen con igualdad (1), bien que la pena del duplo en ningun caso se practica ni exige.

317 Lo explicado en los dos números últimos es arreglado á la misma ley 1. hecha en Toledo, que inserté en el cap. 7. de mi primera parte, § 5. n. 137. y así como los casos son diversos, así tambien se reparte la pena, y constituye la fianza de distinto modo, pues en el primero es toda para el deudor, por lo que á su favor, y no al de otro se constituye la fianza, y en el segundo la que el deudor se impone por no probar, no es para el acreedor íntegramente, sino la mitad, y por eso *no se obliga á devolverle lo que perciba, sino á pagar en pena otro tanto como lo que pagó*, segun claramente se prueba de la citada ley, que hablando de la fianza que el acreedor solo constituye, dice: *Dando el tal mercader, ó acreedor luego fianzas, que si el deudor probáre la paga, ó otra excepcion que le pueda escusar, que le tornará lo que así pagáre con el doblo por pena en nombre de interese*::: y hablando de la del deudor, prosigue: *Y el reo asimismo dé fianzas que si no lo probáre en el dicho término, que pagará en pena otro tanto como lo que pagó: la qual pena es nuestra merced sea la mitad para la parte contra quien maliciosa, é injustamente se alegó la tal paga, y la otra mitad para reparos de los muros, ó para otras cosas pias, ó públicas donde el Juez viere que es mas necesario*::: lo que tendrá presente el Escribano.

318 Si la execucion se despachó en virtud de sentencia arbitraria, solo el que la pidió debe dar fianza, y esta ha no de ser la de la ley de Toledo, como algunos tienen creido, sino la que prescribe la de *Madrid*, que es la 4. tit. 17. lib. 11. Nov. Recop. y al medio dice: *Por ende queriendo en ello proveer, y proveyendo, mandamos que luego que la tal sentencia arbitraria fuere dada, de que la parte pidiere execucion, se execute libremente, paresciendo, y presentándose el compromiso, y sentencia signada del Escribano público, y paresciendo que fué dada dentro del término del compromiso, y sobre las cosas que fué comprometido; y que la parte sea satisfecha de aquello sobre que fué sentenciado en*

(1) Ley 15. tit. 17. Part. 3. Carl. tit. 2. disp. 8. n. 17. Rod. de Execut. cap. 6. n. 42. al 44.

su favor, haciendo obligacion, y dando fianzas llanas, y abonadas ante el Juez, ó Jueces ante quien se pidiere, ó oviere de executar la sentencia, de tornar y restituir lo que hubiere recibido por virtud de la tal sentencia, con los frutos y rentas, segun que fuere condenado, si la tal sentencia fuere revocada. Lo mismo procede quando la execucion se despacha en virtud de transacion, como lo ordena dicha ley al fin, ibi: *Y eso mismo mandamos que se haga, y se execute en las transaciones que fueren hechas entre partes por ante Escribano público:::* y por ella se ha de obligar el fiador: *Á que si la sentencia de remate fuere revocada por el Tribunal superior, volverá el acreedor al deudor no solo la cantidad por que se despachó la execucion, sino los frutos y rentas que hubiere percibido; y en su defecto lo cumplirá él como su fiador, &c.* lo qual he visto declarado por el Consejo, revocando la sentencia de un Juez comisionado, que sin hacerse cargo de la diferencia de casos, mandó constituir la de Toledo, y no quiso reponer esta providencia. Esto mismo se demuestra por la ley 12. tit. 28 lib. 11. del propio tit. y lib. creada posteriormente por el Señor Rey Don Felipe II., que teniendo presentes las anteriores citadas, y la diversidad de fianzas que mandan constituir, dice al fin: *Y no haciendo la dicha oposicion dentro de los dichos tres dias, mande el el Juez hacer remate, y pago á la parte, dando las fianzas la parte que pide la execucion, que la ley de Toledo, y las otras leyes de estos Reynos disponen, y haga remate, y pago sin embargo de qualquiera apelacion.*

319 La misma fianza debe dar el acreedor, quando el deudor apeló de la sentencia confirmatoria de pareceres conformes de los Contadores nombrados por las partes, ó de oficio por la Justicia en rebeldía de la una, pues así lo manda la ley 5. titulo 17. y la nota 1.ª del mismo tit. y lib., cuyas fianzas tengo explicadas en los números 137. al 140. y estendidas en los 183. y 184. del cap. 7. de mi primera parte, por lo que las omitiré en éste, y se deben especificar en las sentencias, para evitar dudas y recursos, pues como es infinito el número de los que quieren saber, sin tener el trabajo de estudiar, creen que en toda execucion se debe dar solamente la fianza de la ley de Toledo, sin discernir los casos de ella.

320 Son tan precisas respectivamente las expresadas fianzas, para poner en execucion la sentencia de remate dada en primera

instancia, ya esté ó no apelada, que sin que precedan, aunque el acreedor sea rico, y el executado no las pida, ni se oponga, ni apele, no se puede llevar ésta á debido efecto, porque segun las leyes se requieren por forma substancial aquellas (1), quando el executante quiere tomar su dinero ántes que se executorie la sentencia; y así el Juez debe mandarlas dar de oficio, y de lo contrario es de su cuenta el riesgo que resulte. Dandolas el executante, se ha de llevar á efecto la sentencia, sin embargo de qualquiera apelacion que de ella interponga (2), porque ésta no causa efecto suspensivo de la jurisdiccion del Juez que la profirió, sino debolutivo á su superior; excepto en esta Corte, en la qual como existe la superioridad, si el deudor requiere con el Decreto de mejora á los Ministros executores, y Escribano originario, se suspende la execucion hasta que se confirma, ó revoca la sentencia; y si no requiere, se prosiguen las diligencias del pago en virtud de la fianza. Tambien se debe dar de restituir la cantidad principal con frutos en los casos de segunda suplicacion á la Real persona para executar dos sentencias conformes, sin embargo de la segunda suplicacion, cuya fianza debe ser á satisfaccion de los Jueces de quienes se suplicáre, como lo manda la ley 18. tit. 22. lib. 11. Nov. Recop. establecida igualmente en Madrid por el mismo Señor Rey.

321 Pero en dos casos concibo que el executante no debe afianzar, ni tampoco constituir por sí obligacion de restituir lo que perciba. El uno, quando hace que se notifique la sentencia de remate al executado, y por no haber apelado éste de ella, pide aquel (pasado el término de introducir la apelacion) que se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada, y se declara ántes que perciba su crédito. El otro, quando no propuso, ni alegó el executado lo que en el número 288. queda explicado, y apeló de la sentencia, la que se confirmó en vista y revista, ó si se confirmó en vista, y suplicó de ella, no se le admitió la súplica, por lo que se mandó llevar á debido efecto, que es lo mismo que confirmarla. En estos dos casos, (que los Autores omitiéron tocar) ni

(1) Salg. de Reg. part. 2. cap. 1. n. 113. y 181. part. 3. cap. 3. n. 6. y 7. y cap. 4. y part. 1. Labir. cap. fin. n. 62. Rod. dicho cap. 6. n. 41. al 43. Parl. dicha part. 5. §. 14. n. 1. al 4. Cov. Pract. cap. 25. al fin. Acev. en la ley. 1. tit. 21. lib. 4. Recop. n. 25. que hoy es la 3. tit. 28. lib. 11. (2) Ley 2. del mismo título y libro.

se le deben pedir fianzas, ni aunque se le pidan, está obligado á darlas, ni á otorgar la obligacion referida. Lo primero, porque el juicio sobre el pago se concluyó enteramente, y no ha de haber otro que lo revoque, por ser irretratable como cosa juzgada que se estima verdadera, ni por consiguiente quedan resultas algunas, ni puede haber el motivo ni temor, que quando el acreedor toma el dinero ántes de executoriarse la sentencia. Lo segundo, porque la obligacion de afianzar que le impone la ley, no es perpétua, sino condicional, temporal, ó interina, precautiva, y preservativa, y su objeto se dirige á que si quiere percibir su crédito ántes de executoriarse la sentencia, no quede ilusorio el juicio, ni el executado sin seguridad para recobrar lo que indebidamente le pagó en virtud de sentencia injusta, en caso de revocarse, ó modificarse, segun puede suceder; y como estando executoriada cesa la injusticia que se le atribuyó, y el motivo de dar la fianza, cesa por consiguiente el precepto legal. Lo tercero, porque aunque por la invencion de nuevos instrumentos demande el executado al executante, usando de la accion *revocatoria*, ha de ser en via ordinaria, y ésta no se debe principiar por embargo, fianza, ni intervencion, sino en los seis casos de la ley, que expliqué en el capítulo primero de este lib., n. 125., y lo mismo procede, si intenta el recurso de injusticia notoria de las sentencias, ú otro extraordinario, aunque obtenga en ellos, pues no se debe estender la ley sino á los ordinarios de que habla. Lo quarto, porque de obligarle á afianzar, ó á constituir la obligacion mencionada, se le coartaba, y á su fiador eternamente el libre uso de sus respectivos bienes, que nadie querria comprar, por el gravámen á que estaban afectos é hipotecados, pues como sobre lo juzgado, y executoriado no debe haber juicio, nunca se verificaria verse libres de aquella responsabilidad, en lo que les causaba un perjuicio irreparable, que resisten las leyes y la razon. Y lo quinto, porque además de que lo odioso se debe restringir, y ampliar lo propicio, seria debilitar, y poner en duda el executante su derecho, teniéndolo claro, expedito, é incontrastable con la executoria, y confesar tácitamente en algun modo, y dar al executado el de que estaba destituido, no se podrian executar las sentencias de remate, porque no hallarian los acreedores quien á tanta costa los fiase, ni por consiguiente cobrarian lo que en justicia, y en conciencia se les debia, sacarian ventajas, y utilidad de su morosidad y mala

fé los deudores, y los acreedores perjuicio de su bondad, franqueza, y liberalidad, y por este medio indirecto se impediria la sociedad, y comercio, y el hacer bien unos hombres á otros, lo que están muy léjos de apetecer las leyes. Por estas razones ninguna duda me queda de que en los dos casos propuestos debe el Juez mandar entregar libremente al acreedor su dinero sin constituir obligacion, ni fianza, y por mandarlo así no queda responsable; pues si el executado se opusiere á su entrega, podrá acudir el executante al Tribunal superior, ó á la Real Persona, para que así lo declare en caso necesario; pero en los expresados en los números 288. y 289. debe afianzar, sin embargo de que la sentencia se confirme, porque queda pendiente el juicio, y puede revocarse el pago, lo qual no sucede en los otros dos. Si el fiador se obliga limitadamente á volver el dinero en el caso solo de que la sentencia se revoque por tal Juez, ó en tal instancia, expresándolo así, no quedará obligado, revocándose en otra instancia, ó por Juez diverso del que señaló (1). Y si en concurso de acreedores se mandase hacer, é hiciese pago baxo de dicha fianza al que pidió primero la execucion, se apelase de la sentencia de remate, y en la segunda instancia se revocase, ó confirmase con la calidad de que en primer lugar fuese pagado, no el que ya lo estaba, sino otro, alterándose la sentencia en la forma de graduacion, y pagas, no estará obligado tampoco el fiador dado por el primer executante á satisfacer cosa alguna, aunque éste haya consumido el dinero que percibió, porque segun la ley, su obligacion se circunscribió al caso en que el executado probase la paga, ó excepcion alegada, y por esta probanza se revocase la sentencia de remate, mas no se amplió al presente, que es muy distinto de el de la ley, y de el en que quiso quedar obligado (2); y así no se debe estender su obligacion á los de que no habla (3).

322 Lo explicado en el num. 320. se limita en dos casos. El primero, quando un tercero apela legítimamente de la sentencia, pues no se debe executar en quanto á él, hasta que se con-

(1) Arg. leg. Cum. apud, ff. de Judicatum solvi, & ibi Bart. & DD. Parlad. lib 2. cap. fin. part. 5. §. 14. n. 13. (2) Villadieg. en su Polit. cap. 2. de la Instruccion, §. Sentencia, n. 118. vers. *Y en caso que* :: *Y porque* :: (3) Ley Quod vero, ff. de Legib. ley Præcipimus, §. fin Cod. de Appellat. Authent. Quas actiones, & ibi Bart. & Rip. n. 17. Cod. de Sacros. Eccles.

firme; y el segundo, quando ésta es evidentemente injusta, y su injusticia consta de los mismos autos, y no de otra suerte, pues entónces por el gravámen y perjuicio que irroga al executado la injusticia notoria que de ellos aparece, puede apelar, y no la debe executar el Juez que la profirió, hasta que se executorie por el superior, porque lo que de hecho, y no conforme á derecho se practica, debe rescindirse por el mismo hecho; pero si la injusticia no consta de los autos, no debe ser oido el apelante, aunque quiera probarla ántes de pagar, sino hacer el pago, y usar luego de su derecho (1).

323 Se debe executar igualmente la sentencia de remate, aunque se alegue nulidad de ella, precediendo las citadas fianzas (2), á ménos que ésta provenga de falta de jurisdiccion, citacion, ú otra notoria résultante de los mismos autos, pues entónces no se ha de poner en execucion la sentencia, porque estas nulidades, como substanciales, claras, y visibles, no se comprehenden en la exclusion general (3).

324 No produce excepcion de cosa juzgada para el juicio ordinario la sentencia proferida en el executivo, y en otros sumarios, como he sentado en el núm. 258. porque no intervienen aquel pleno, y prolixo exámen, indagacion, y requisitos que prescribe el derecho, para que se eleve á la esfera de tal, y surta sus efectos (4); y así, aunque el executado no apele de ella, como de su silencio, no se prueba su consentimiento (5), le queda siempre salvo, é ileso su derecho, para usar de él en la via ordinaria segun le convenga, lo qual es incontrovertible en la práctica, y así los Jueces lo reservan muchas veces á las partes en la sentencia de remate, cuya reserva sin embargo de no darles nuevo derecho, les conserva el que tienen (6), ó declaran no haber

(1) Ley 1. §. Si mulier ventris, y ley Minor, ff. de Evict. Bald. y Jason, en la Si pacto, Cod. de Pact. Acev. en la 19. tit. 21. lib. 4. n. 140. Rodrig. dicho cap. 6. n. 52. Parlad. lib. 2. y part. 5. dicha, §. 15 n. 2. al 7. Gutier. lib. 1. Pract. q. 119. (2) Dicha ley 2. tit. 28. lib. 11. Nov. Recop. y en ella Acev. n. 7. era la 3. tit. 21. lib. 4. (3) Rod. dicho n. 52. vers. *Ex qua vera*: Gutier. lib. 1. Pract. q. 96. n. 5. y sig. Cov. Pract. cap 15. n. 5. y cap. 23. n. 6. Salg. de Reg. part. 3 c. 9. (4) Noguer. alleg. 7 n. 61. Acev. en dicha ley 3. n. 200. y fin. tit. 28. lib. 11. Nov Rec. era la 1. tit. 21. lib. 4. Rod. cap. 6. cit. n. 27. Parlad. lib. y cap. dichos, part. 5. § 11. n. 52. y §. 12. n. 4. y 5. (5) Ley Qui tacet. ff. de Reg jur. cap. Qui tacet, eod. tit. in 6. y regla 23. tit. 34. Part. 7. (6) Angel. y Jason en la ley Si quis legaverit, ff. de Leg. 1.

lugar ésta, y reciben el pleyto á prueba.

325 Dada alguna de las fianzas expresadas, y tasadas las costas procesales con arreglo al Real Arancel, se requiere al deudor con el mandamiento de pago, para que lo haga al acreedor así de éstas, como de la cantidad por que se le executó; y no entregando su total importe, se requiere, y apremia al depositario á que manifieste los bienes depositados, á cuya venta se debe proceder á instancia del acreedor, precedida su valuacion por Peritos, que éste, y el mismo deudor, ó el Juez de oficio en rebeldía del contumáz eligen. Hecha la tasacion con citacion de ambos baxo de juramento, que pueden presenciar, (pero no á la declaracion que hagan, ni á la del tercero que por su discordia nombre el Juez, ó de su mandato los interesados, en la forma que expuse en el lib. 1. cap. 1. §. 3. de esta segunda parte), se debe dar quarto pregon, mencionando en él los bienes, y sus precios, y apercibiendo el remate en el mejor postor, ó comprador (1); y no habiendo Pregonero, y aunque lo haya, fixar cédulas en los sitios públicos, señalando en ellas el dia, y hora en que se han de rematar, estendiendo en los autos la cédula, ó cédulas originales, de que deben ser copias las que se fixen, y á su continuacion en diligencia separada, la fé de fixacion con expresion del dia, y parage. Si el deudor se ausenta, se nombra defensor, con quien precedida su obligacion, fianza, y discernimiento, se substancia la venta, y remate de los bienes executados; de lo qual se instruirá mejor el principiante por las diligencias que estenderé en el §. final de este capitulo, y notas que pondré á continuacion.

326 Se debe celebrar el remate, y adjudicacion en el lugar del juicio, y en la forma en él acostumbrada, y (siendo preciso, y posible) hacerse en el parage en que existen los bienes, para que viéndolos los concurrentes, se inclinen á comprarlos: de lo contrario es nulo (2). Se han de admitir todas las pujas, ó mejoras que se hagan, poner por escrito quiénes son los compradores, y las alhajas compradas, con el dia, mes, y año de su respectiva venta (3), y expresar qué fuéron los que mas diéron por ellas.

(1) Rod. ibi, n.37. Cov. lib.1. Var. cap.13.n.5. vers. *Nona conclusio*: & ibi Faria, n.35. al 37 Otero, de Offic. Reipublic. cap.21.n.10. Bas, Theat. jur. p.1. cap.43.n 27.(2) Ley 32 tit.26 Part.2. & ibi glos. Avend. in Diction. verb. *Almoneda*: Paz, part.4 cap 3.n.43. y cap.7 n.31.(3) Leyes 33. y fin. tit.26.Part.2. Partida. lib. y cap. citados. §. 13. n. 9. Rod. n. 37. cit.

Siendo la venta, ó almoneda de bienes muebles, y semovientes, se ha de depositar diariamente su producto en la persona que destine el Juez, y estenderse cada dia la diligencia de los que se vendan, haciendo que la firme el depositario. El Juez no puede ofrecer *Prometido*, para que suban las posturas, porque ninguna ley le concede esta facultad, como se permite á otros que expresa *Parlad. lib. 2. cap. fin.* §. 13. *n.* 3. *al* 8. y son: los Contadores mayores de la Real Hacienda: el que vende sus bienes: los herederos que venden los de su causante para pagar sus deudas: los Rectores de las Ciudades: los que tienen la libre, y general administracion de algunos bienes, y los venden: los tutores, y curadores, si proceden de buena fé; y los testamentarios executores, y cumplidores de la voluntad del difunto; pero bien puede reiterar la subasta, conceder nuevo término, y prorrogarlo, mas no disminuir el señalado, y no aprobar el remate por dolo, fraude, ú otra causa justa que para su inaprobacion intervenga (1).

327 En las posturas, y pujas, ó mejoras se debe proceder con total, y absoluta libertad, pues si se comete fraude, ó se impiden las pujas, compete por este hecho accion de dolo al deudor contra los perpetradores, porque cede en detrimento suyo (2). Y para evitar que se alegue lesion en mas, ó ménos de la mitad del justo precio, no se ha de admitir la primera postura, sino excede de las dos terceras partes de la tasa, como se observa en esta Corte en la venta judicial de bienes raíces, y aun de algunos muebles, cuya postura se debe comunicar al deudor, y acreedores, y las pujas á éstos, al deudor, acreedores, y anteriores postores, á fin de que les conste, expongan lo que les convenga, ó usen de la accion que les competa; advirtiéndose lo primero, que si el postor, y pujante no son abonados, no se les debe admitir, excepto que otro los abone, á fin de que si se remata en ellos la alhaja, haya contra quien repetir para el cumplimiento de la postura; y lo segundo, que ésta, y las pujas se han de hacer á pagar en dinero efectivo, y no en otra cosa, ni condicionalmente, porque es para reintegrar á los acreedores de sus créditos: no haciéndose así, son nulas, é inadmisibles, excepto

(1) Bart. in leg. Etsi tempore, Cod. de Fide instrum. & jure bastæ fiscal. Pereg. de Jure fisci, lib. 6. tit. 4. n. 5. Hermos. tom. 2. tit. 5. glos. 1. in leg. 52. n. 14. Gutier. de Gabell. q. 152. y 156. (2) Ley Eum qui, §. 1. ff. de In diem addiction. y ley 3. ff. de Crimin. stellionat. Parlad. dicho §. 13. n. 2.

que éstos las consientan, ó que haya costumbre de practicarse de esta suerte, ó que el executante compre como extraño la alhaja, ó finca, con pacto de compensar su débito con el precio, ó parte de éste, y depositar el residuo, pues en estos casos valdrá (1).

328 Aunque segun derecho (2) se debe celebrar el remate judicial en el mayor postor, no obstante si otro hace postura en menor precio, pero con mejor condicion, y utilidad, se ha de efectuar en éste (3). Si hay dos totalmente iguales en el primero; y si se admite la postura del segundo, y no de otra suerte, queda libre el otro de la suya (4), excepto en Rentas Reales, en las quales, ya se admita, ó no, subsisten todos graduál, y subsidiariamente obligados por su postura respectiva, y por insolvencia de los unos se puede repetir contra los otros (5).

329 Si despues de rematados en un estraño los bienes patrimoniales executados, intentare retraerlos, ó tantearlos dentro del término legal algun pariente del deudor, debe ser preferido en iguales términos, con tal que practique precisamente lo que tengo explicado en el cap. 10. de mi primera parte, §. 5.; pero el acreedor lo será al pariente, haciendo lo que éste, como se prueba de la ley 16. *ff. de Reb. authoritat. judic. possidend.* (que en la vulgata empieza el titulo: *de Privileg. credit.*) y dice: *Cum bona veneunt debitoris, in comparationem extranei, & ejus, qui creditor, cognatus vè sit, potior habetur creditor, cognatus vé: magis tamen creditor quam cognatus: & inter creditores potioris, cui major pecunia debebitur*: esto especialmente tiene lugar si intervino pacto, y consentimiento expreso del dueño, y el acreedor tiene hipoteca en ellos como el censualista (6); bien que *Parlad. different.* 109. §. 1. *n.* 2. dice que esta ley se debe entender en los bienes que no son patrimoniales, porque en los que lo son, es preferido el pariente al acreedor, segun la 70. de Toro; pero

(1) Hermos. tom 2. en la ley 52. cit. glos. 7. n. 5. al 9. y otros que cita. (2) Ley Penes illum 4. Cod. de Vectigalib. & commis. y ley 52. tit. 5. Part. 5. (3) Ley Sabinus 9. y sig. y ley Si venditor. 14. ff. de In diem addict. y ley Si Public 4. §. 1. ff. de Public. Bart. in leg. Si tempora, n. 4. Cod. de Fide instrum. Parlad. dicho §. 13. y n. 9. (4) Posth. de Subhast. inspect. 35. n 240. y sig. Parlad. different. 75. n. 7. y 9 Hermos. en dicha ley 52. tit. 5. Part. 5. glos. 7 n. 31. al 33. (5) Leyes 7. hasta la 16. tit. 11. y leyes 8. hasta las 11. tit. 12. lib. 9. Recop. Estas leyes se han suprimido en la Nov. y por lo mismo se estará á lo que se disponga en las nuevas instrucciones de la Real Hacienda. (6) Bart. en la ley 16. inserta. Parl. dicho §. 13. n. 10. Hermos. ibi, n. 16. al fin. Rod. cap. 6. y n. 37. cit.

ni ésta, ni otra alguna de Toro de las que tratan del retracto, hablan de este caso, por cuyo silencio es visto haberlo dexado sujeto á la disposicion del Derecho comun, pues el acreedor tiene derecho á la alhaja por su desembolso, y el pariente por la mera concesion legal, y así aquel debe preferir á éste, practicando lo que en quanto al retracto de consanguinidad, y comunion prescribe nuestro Derecho, y expliqué en dicho cap. 10. de mi primera parte adiccionada.

330 Celebrado el remate de los bienes executados con la justificacion y solemnidad legal, y aceptado por el postor, segun se debe practicar, no se puede abrir, ni por consiguiente admitir puja, pues queda tan firme, é indisoluble, como si el mismo dueño de la cosa rematada lo efectuára por contrato, porque el Juez hace sus veces, y el Derecho le autoriza para ello, como para otorgar en su nombre la venta (1); y así puede ser compelido el postor por prision, via executiva, y todo rigor legal á cumplir la postura que hizo, y la obligacion que contraxo (2), y aprontar el precio líquido en dinero, y no en censos, réditos, ni otra cosa, porque es para la satisfaccion de acreedores (3), y como tal debe ser efectivo el pago en especie de dinero.

331 En Rentas Reales se debe admitir la puja del diezmo, ó medio diezmo, y no ménos, haciéndose precisamente dentro de los quince dias inmediatos siguientes al del remate, y la del quarto dentro de tres meses (4); de suerte, que en estas Rentas se deben considerar tres especies de posturas, ó pujas. La primera la ordinaria, ó comun, y las siguientes hasta el primer remate. La segunda, dentro de los quince dias siguientes á éste, que ha de ser precisamente del diezmo entero, ó medio diezmo del todo en que la renta está puesta, y la tercera ha de ser del quarto de todo el valor, sin descontar prometidos, y hacerse dentro de tres meses siguientes al segundo remate, de cuyo privilegio nadie mas goza, aunque sea menor de 25. años, ó le competa el beneficio de menor edad, por estar concedido solamente al Fisco, bien

(1) Ley 52 tit. 5. ley Si ob causam, Cod. y ley Si plus, § Mota, ff. de Evict. Part. 5. y ley 1. Cod. Si in causa judicati. (2) Ley 1. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec. Amat. Var. resol. 38. n 4. Salg. part. 3. Labir. cap. 2. n. 151. Castill. decis. y n. 6. Parlad. lib. 2. cap fin part. 1. §. 12. ampliat. 3. n. 21 (3) Ley A Divo Pio 15 §. Sed si emptor, ff. de Re jud. Menoch. de Arbit. cas. 381 n. 19. y 20. Giurb. decis. 993. n. 1. Parlad. dicho §. 12. y ampliat. 3. n. 22. (4) El tit. 13. lib. 9. Recop.

que en las de los Señores (que son los *Grandes*) si se arriendan con la condicion de las Reales, se puede abrir, y no de otra suerte (1).

332 Sin embargo de no concederse por derecho el privilegio de abrir el remate á los que gozan de el de menor edad (2); tiene lugar el de restitucion por derecho especial, por lo que pidiéndo la los menores dentro de los quatro años primeros siguientes á los veinte y cinco de su edad, é intervinien lo causa grave, y no de otra suerte, v. g. si les es muy util la mejora, de modo que llegue á la sexta parte del valor en que se remató la alhaja, ó hubo lesion, dolo, ó malicia en el remate, ó fué hecho intempestivamente, se ha de admitir una vez, y no mas á arbitrio del Juez, y tambien al Fisco, Comunidades, y demas cuerpos privilegiados, si la pretenden dentro de otros quatro, contados desde el dia en que el remate se celebró; lo qual se entiende, excepto que la lesion sea enorme, ó enormísima, pues entónces éstos tienen treinta de término (3). La restitucion por los motivos de dolo, lesion, malicia, ó falta de solemnidad en el remate, ha de ser con frutos, porque fué nulo, y no dió titulo al licitador para adquirirlos.

333 No solo está concedido el privilegio de restitucion á los menores de veinte y cinco años, y demas que gozan del beneficio de menor edad, sino tambien á los ausentes en romeria, al ocupado en servicio del Rey, ó de la República, ó en estudio, aunque sean mayores, y al cautivo, con tal que la pidan durante la ausencia, ó impedimento, ó dentro de los quatro años siguientes al dia en que éste cesó, y justifiquen la lesion, dolo, ó malicia, y no de otra suerte (4).

334 La puja que por via de restitucion se admita despues del remate, se debe hacer saber al sugeto en quien estaba celebrado, pues si quiere los bienes rematados debe ser preferido por el tanto al pujante, y si no los quisiere, se han de volver á la almoneda, y rematarse en el mayor postor (5); pero ya los tome, ó

(1) Avend. in cap. Præt. cap 12. n 11. Salg part 2. Labir. cap. 2. n 5. Posth. inspect. 35. dicha Parlad §. 13 cit. n 17. (2) Ley Lucius 21. §. fin. ff. ad Municip y ley Si sine nulla 1. Cod. de Vendend. reb Civit (3 Leyes 5. 8. 9. y 10. tit. 19. Part 5. y ley Ait prætor 7 §. Etsi sine 6. y § Quæsitum est 8. ff de Minorib. Parlad. ibi. n 18. al 20. Rod. dicho cap. 6. n. 57. y 58. Cov. lib. 2. Var. cap 3 n. 11. & ibi Faria, n 54. Gutier. lib 1. Pract. q. 38. per tot. (4) Ley 47. tit 13. Part 5 y leyes 8. y 9. tit 19. Part. 6. (5) Ley 40. tit. 5. part. 5. y ley pen. Cod de Locat. prædior. civil. Gregor Lop. en la 5. tit. 19. Part. 6. glos. 3. cerca del fin.

se haga segundo remate en el pujante, no se ha de admitir otra, aunque se intente nuevamente por via de restitucion, porque ésta no se concede mas que una vez, bien que esto se ha hecho arbitrario en los Jueces, pues aunque el deudor sea mayor, y no haya lesion, admiten pujas, si ven que de ellas le resulta utilidad, ó á los acreedores, ó hay otra causa justa, fundándose en que no está perfecto el contrato, por no haberse entregado la alhaja, ni su precio, ni tampoco irrogarse perjuicio al postor, acerca de lo qual véase al *Sr. Salgado Labir. credit. part.* 2. *cap.* 2. *n.* 33.

335 Ya esté presente, ó no el postor quando se celebra el remate, (pues de ambos módos se puede celebrar) debe aceptarlo, y obligarse á su cumplimiento. Despues de aceptado, se ha de conferir traslado de él al deudor, y á los acreedores, y si nada dicen dentro del tercero dia, les ha de acusar la rebeldía el mismo postor, y pedir se apruebe, y mande liquidar las cargas de la cosa vendida, para en su vista depositar lo liquido, y que á este fin se notifique, y apremie al deudor á que incontinenti ponga en el oficio originario los títulos de ella, á todo lo qual debe deferir el Juez. En esta Corte se estila mandar que ántes de proceder á la liquidacion de cargas, se dé cuenta del remate á los Señores del Consejo, quienes, ó lo aprueban, ó mandan que la alhaja rematada se vuelva á pregonar por ocho, ó quince dias mas; se admitan las mejoras que se hagan, y habiéndolas, se vuelva á señalar dia para el último remate, de el que se les vuelva á dar cuenta para su confirmacion; si no las hay, suelen confirmar el primero en este caso. Hecha la liquidacion, y aprobada con audiencia del deudor, de los acreedores, y el postor, y no de otra suerte, (pues se les ha de hacer saber) deposita éste el precio liquido, pide posesion de lo que compró, la que se le manda dar, y luego procede el Juez á otorgar á su favor en nombre del deudor venta judicial, y se le entregan los títulos con copia de la escritura de venta; de cuyas diligencias se instruirá el Escribano en el §. final de este capítulo.

336 Con el precio de la alhaja vendida se ha de hacer pago al acreedor de su crédito, y de las costas de la execucion, pregones, remate, venta, y demas, excepto que el comprador en su

Acev. en la ley 2. tit. 1. lib. 2. que hoy es la 2. tit. 2. lib. 3. Rec. n. 15. Gut. lib. 2. Pract. q. 38. n. 6.

postura se haya cargado con la satisfaccion de los derechos, y no alcanzando su total solucion, debe dirigirse el mandamiento de pago, no solo contra los demas bienes que tenga, sino contra los del fiador de saneamiento, y su persona, pues puede ser encarcelado, y en defecto de ellos compelido á cumplir lo que prometió, como se prueba de la ley 5. tit. 27. Part. 3. que dice: *E si la sentencia fuese dada contra el demandado en razon de alguna cosa que debiese facer, debelo apremiar á que lo faga, así como fué puesto, ó lo prometió* (1), bien que no se debe molestar á éste hasta que se verifique la excusion en los de aquel, al qual se embargan, y venden con igual solemnidad los necesarios al complemento de todo. Si el fiador paga por el deudor principal, le compete con el lasto del acreedor accion executiva contra él ante el propio Juez por la cantidad que satisfizo, y por las costas y daños (2).

337 El comprador de la alhaja subastada queda libre de las molestias del deudor, del mismo modo que si éste otorgára voluntariamente la venta á su favor; lo qual procede, no interviniendo en ella lesion enorme, ó enormísima, pues si hace ver que la hay, puede solicitar que el Juez la rescinda, volviéndose á pregonar la alhaja, entregándola al que mas dé, si el comprador no la quiere por el tanto, y á éste el precio que por ella desembolsó, aun quando la primera subasta esté confirmada por el superior. Lo mismo puede pretender qualquiera acreedor, si de otra suerte no se reintegra de su crédito, ó el postor no quiere pagar el precio ofrecido, y aun lo puede hacer tambien el acreedor posterior contra la adjudicacion de ella hecha al anterior, en caso de intervenir lesion (3).

338 El deudor queda libre de los acreedores que comparecièron en el concurso, y á cuya instancia se vendió en pública subasta la alhaja, sin embargo de que su precio no alcance á la satisfaccion de sus créditos, porque su consentimiento en que se enagenase, extinguió todo su derecho, y por él perdiéron el que tenian, y lo transfiriéron en el comprador. Tambien lo queda de los que fuéron citados en sus personas, y no han comparecido, pues por su contumacia, y negligencia es visto renunciar

(1) Rod. dicho. cap 6.n.38. Parlad. §.13. cit. n.12. Paz Prax. tom 1.part.4. cap.7.n.15. (2) Cap.2. de Fidejussorib. Vela dissert. 37. n.13. (3) Salg. part.3. Lab. cop.10. (4) Carl. tit.3. disp.21. n.19. Salg. ibi, n.1. y 11.

el derecho de prelacion, é hipoteca que les compete, y se les estima como presentes (1).

339 Pero de las deudas de los que fuéron citados por edictos, si estan hipotecadas anteriormente, no estará libre, porque su hipoteca no se extinguió, y el hecho del deudor, y acreedores posteriores no les quita, ni puede quitar el derecho de prelacion, é hipoteca que tienen, bien que de equidad deberá repetir primero contra los acreedores posteriores que percibiéron sus créditos baxo la fianza depositaria, ó de acreedor de mejor derecho, y contra sus fiadores. Lo propio milita para con el extraño dueño de la alhaja, pues acreditando pertenecerle, puede reivindicarla del comprador, ó de otro tercero poseedor de buena, ó mala fé, porque en qualquiera parte clama por su dueño, y el deudor no debe formar concurso de bienes que no son suyos (2).

340 Nadie puede ser compelido á comprar los bienes que se subastan, excepto que sea por deudas fiscales, por las quales, (y no por otra, aunque proceda de costas, y salarios) pueden serlo las personas, que por defecto de comprador elija la Justicia juntamente con los Exâctores, y Ministros Reales que entienden en la venta, y á pagar por ellos el justo valor que les dén los peritos, que la misma Justicia del Pueblo nombre; pero no se le permite variar la eleccion, y nominacion de compradores, que una vez haga, si son acaudalados para su pago, ni puede retratarse la venta que en estos términos se celebre, aunque haya engaño en la mitad del justo precio (3).

341 Aunque la obligacion de pagar el débito constituida por el deudor sea jurada, puede ser compelido su acreedor á tomar en pago de él los bienes justamente apreciados, con tal que concurran copulativamente quatro requisitos. El I.° que el deudor no tenga dinero, ni otros bienes, y pruebe que lo buscó, y no lo halló. El II.° que se obligue al saneamiento de los que se le venden, y le entregue sus títulos. El III.° que el deudor ofrezca sus bienes al arbitrio del Juez, y no del acreedor, y que éste al suyo elija los que le acomoden: si son muchos acreedores, podrá cada

(1) Carl. tit. 19. disp. 21. n. 9. Salg. ibi, n. 10. y 11. (2) Salg. dicho cap. 10. n. 8. y 9. Carl. tit. 3. disp. 22. n. 12. (3) Esta doctrina es conforme á las leyes 18 y 20. tit. 7 lib 9. de la antigua Rec. que se han suprimido en la Nov. ley 3. tit. 5. Part. 5. ley Invitum 11. Cod. de Contrahend. empt. y ley Neque emere, Cod. de Jure deliber. Parlad. §. 13. cit. n. fin. Boler de Decoct. tit. 5. q. 18. n. 7. al 9.

uno en su tiempo, segun estén graduados, hacer la eleccion. Y el IV.° que no haya comprador, ó si lo hay, no dé por ellos su justo precio, porque es lo mismo que no haberlo (1). En el caso de ser compelido el acreedor á tomarlos, ó en el de que él mismo elija voluntariamente los que quiera, sin dar lugar á que se subasten, por evitar gastos judiciales, ó de que no haya postor, ó no sea idóneo, ó no ofrezca lo justo. Si son raices ha de otorgar á su favor el Juez en nombre del deudor obligándole á su eviccion y saneamiento, escritura de adjudicacion, que es lo mismo en sus cláusulas, y firmezas, que la de venta, y solo se diferencia en la introduccion que dice, *adjudico in solutum*, en lugar de decir, *vendo*, *y doy en venta Real*, con que empieza la venta, y sino sabe firmar, lo hará por él un testigo de los instrumentales, como si la otorgára el deudor. Siendo muebles, ó semovientes, basta el despacho, ó testimonio de adjudicacion con insercion del auto en que ésta se hace, y demas preciso, y nominacion específica de los bienes, y sus precios, pues por ser perecederos, y no tener tracto sucesivo á la posteridad, como los raices, no es menester formar protocolo, ni conservar titulos de propiedad y pertenencia, pues de ellos no los hay, y así segun sean, se ha de introducir la pretension: en estos casos no se celebra remate, porque no hay materia sobre que recaiga. La misma obligacion tienen los acreedores que demandan á los herederos del deudor que aceptáron su herencia con beneficio de inventario, y lo hiciéron con pureza, aunque él se obligase á satisfacerles en dinero (2), no obstante que contra la voluntad del acreedor no se debe pagar una cosa por otra (3); pues cumplen con entregar los bienes de la herencia, que es lo único á que están obligados.

342 De la adjudicacion *in solutum* necesaria, qual es ésta, no se debe alcabala, porque realmente no hay venta, aunque suene serlo (4); pero de la que se celebra en pública subasta á fa-

(1) Roman. sing. 163. Baez. de Inope debit. cap. 1. Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 29. Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 5 § 17. n. 22. al 24. Rod. dicho c. 6. n. 46. y 47. (2) Ley ult. §. Et si præfact. vers. Sed si, Cod. de Jure deliberandi, & ibi DD. y Authent. Hoc nisi debitor, Cod. de Solut. (3) Ley Credit. 99. ff. de Solut. y ley Eam à quo, Cod. eod. tit. (4) Ley Si prædium, Cod. de Eviction. ley final, tit. 27. Part. 3. verb. *Entonce debe el Juzgador*. glos. in leg. á Divo Pio 15. §. Si pignora, verb. *Addicantur*: ff de Re judic. Hermos. en la ley 52. glos. 7. tom. 2. n. 53. tit. 5. Gutier. lib. 5. Pract. q. 23. de Gabell.

vor de un extraño, ó del mismo acreedor que puja los bienes, y hace veces de postor extraño, se debe, porque es venta verdadera, la qual no se ha de entregar al instante que se celebra, porque puede arrepentirse el deudor, pagar su débito al acreedor, y recuperar los bienes vendidos en el término que en el núm. 324. diré, y así es preciso esperar á que pase éste, y el comprador esté posesionado de ellos para exigirla; bien que si pasado, obtuviere el deudor por gracia del Tribunal superior, que se le restituyan, deberá pagarla, porque esta gracia no puede eximirle de su solucion, y el Alcabalero adquirió derecho á ella (1). Tampoco se debe alcabala de los oficios de Regidor, Escribano, Receptor, Contador, Fiel Almotacen, Fiel Medidor, Corredor, y otros enagenados de la Corona. Lo primero, porque ninguna ley manda que se pague. Lo segundo, porque aunque por vía de empeño (que en este concepto se entienden enagenados, por lo que el Rey puede recuperarlos quando quiera) los tenga otro, se entiende tenerlos en nombre, y por permision de su Magestad, y viene á ser lo mismo que si el Rey los tuviera, y por lo propio la venta, ó enagenacion que el tenedor hace, se entiende hacerla el Rey, el qual no la paga de lo suyo. Y lo tercero, porque en prueba de lo dicho, el comprador, cesonario, ó heredero, para poder titularse dueño, y usarlos, necesita acudir, á que como nueva gracia, ó continuacion de la primera concesion, se expida título en su cabeza, en virtud del que se subroga en el lugar de su Magestad, y por esta gracia satisface la media-annata, (como la pagó el vendedor cedente, ó testador) que es el dos y medio por ciento de su valor, y la tercera parte de utilidades, si las tiene, á ménos que esté esento de esta contribucion, como en el cap. 18. n. 10. de mi primera parte he sentado; por cuyas razones, y porque lo contrario sería ampliar las leyes á lo de que no hablan en perjuicio de tercero; equiparar estos oficios con los bienes raices, muebles, y semovientes, que no provienen de la Corona, de los que, y no de todos, se debe, y gravar dos veces al vendedor, ó cesonario, la una con la media-annata, ya pagada, y la otra con la alcabala, lo qual es injusto; ningun Alcabalero tiene

(1) Lasart. de Decim. vendit. cap. 1. n. 38. y sig. y cap. 7 n. 54. y sig Parl lib. 1. cap 3 §. 2. n 33. al 40. Rod. dicho cap 6. n. 39. y 40 Hermos. en la ley 52. tit 5. Part. 5 g'os. 7 n. 53. al 55 Acev. en la ley 1. tit. 17. lib. 9. de la antigua Recop. que en la Nov. es la 11. tit. 12. lib. 10. ex n. 133.

derecho á pedirla, como algunos poco instruidos creen. En quanto á si el acreedor censualista citado al concurso, podrá ser obligado á tomar los bienes del censuario, tasados justamente para extincion del capital, y réditos de su censo, y quándo, véase al *Sr. Salgado part.* 1. *Labir. cap.* 22. *ex num.* 6. pues por no importar al Escribano, omito explicarlo.

343 Al testamentario, ó curador está prohibido comprar privadamente los bienes de albaceazgo, y curaduría, pena de volverlos con el quatro tanto, y de nulidad de su venta (1); lo qual se entiende, aunque sea por interposicion de otro, porque se presume fraude (2), pues en estas ventas no se atiende al sugeto por quien se adquieren, sino para quién (3); y el que compra por interposita persona, estándole prohibido, parece que compra clandestina, y fraudulentamente (4). Pero no se prohibe al tutor comprar en pública subasta los de su menor, que por beneficio de éste, y con conocimiento de causa se venden judicialmente, cesante toda lesion y colusion (5). Por lo tocante á si el Administrador del concurso podrá ó no comprar los bienes de éste, véase al *Sr. Salgado*, *part.* 1. *Labir. cap.* 13. §. 2. *ex num.* 7.

344 Al Juez, ó á sus Ministros, y al fiador está prohibido comprar los bienes de la almoneda, y si lo hacen, ademas de ser nula la venta, deben restituirlos con frutos por el dolo (6). Lo mismo procede para con el comprador, quando hizo dolosamente que el remate se celebrase en él por menor precio que el justo, pues devolviéndoselo el deudor, debe restituirle los bienes con sus frutos por su mala fé, y no cumple con suplir su verdadera estimacion, á ménos que el deudor se contente (7).

345 Al acreedor está prohibido igualmente comprar por sí, y por tercera persona los bienes obligados, é hipotecados á su crédito, sin que intervenga consentimiento de su dueño, y si los com-

(1) Ley 23. tit. 11. lib. 5. Recop. (2) Ley Pupillus, §. Item ipse tutor, ff de Authorit. tutor. (3) Ley Cum dotem, ff. ad leg. Falcid. y ley Cum ei, qui 42. ff. de Legat. 2. (4) Dicha ley Pupillus, y ley Si is bonis, ff. de Acquir. hæreditat. (5) Ley 4. tit. 5. Part. 5. ley Cum ipse, Cod. de Contarhend. emption. dicha ley Pupillus al princ. y §. Item ipse tutor, y §. Sane, ff. de Authorit. tutor. Greg. Lop. en dicha ley 4. glos. 8. (6) Ley 1. Cod. de Dolo, ley Si mandato, §. 1. ff. Mandati, y ley fin. ff. de Contrahend. empt. ley 22. tit. 8. lib 2. y ley 33. tit. 4. lib. 3. Recop. (7) Ley 49. tit. 13. Part. 5. ley Si pignora 50. ff. de Evict. y ley Si quis aliam, 46. ff. de Solut. Cur. Philip. part. 2. §. 22. n. 21. Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 16. n. 17.

pra, debe restituirlos con los frutos en qualquier tiempo que esté, ó sus succesores le devuelvan el precio que dió, porque como carece de título justo, y buena fé para poseerlos, es nula la venta, y por consiguiente ningun derecho adquiere á lo comprado, ni á sus frutos, segun se prueba de la ley 44. tit. 13. Part. 5. que dice: *El que tiene á peños alguna cosa de otri, non la puede él comprar, si la quiere él vender, fueras ende si la comprase él con otorgamiento, é con placer de su señor de ella: é si de otra guisa la comprase, no valdria la vendida. Cá quando quier que el señor de la cosa le diese su debda, tenudo seria de gela desamparar.* Con esta ley concuerdan la 10. *Cod. de Distract. pignor.* que trata del caso de interposita persona, y la 2. *Cod. Si in causa judicati.*

346 Pero no obstante esta prohibicion, si se venden judicialmente, y no hay comprador que haga postura en todo lo que importa el débito, décima, y costas, puede (si le acomoda) buscar un postor que le ofrezca con la expresa calidad de ceder el remate á quien le parezca, sin que por esta cesion se cause nueva alcabala. Celebrando el remate en él, podrá transferirlo ántes que se le dé la posesion de los bienes subastados en el mismo acreedor por el propio precio, sin quedar obligado á eviccion, con lo qual queda reintegrado el acreedor de su crédito y costas (1); y así se practica en semejantes casos, sin que por ello se anule la venta, no interviniendo dolo, ni lesion.

347 Si no halla postor que practíque lo referido, ó aunque lo halle, si no es idóneo, ó no quiere ofrecer el justo precio (pues para el caso es lo mismo que no haberlo) puede pretender se le entreguen *in solutum*, por su justa tasa, y debe adjudicarselos el Juez, consintiéndolo el acreedor, ó no contradiciendo dentro de tercero día la pretension que se le debe comunicar, formalizando á su favor la escritura en los términos explicados en el núm. 314. Recibiéndolos en esta forma, si su valor excede al crédito, debe restituir el exceso, y si no alcanza, le queda el regreso contra los demas del deudor por el residuo y costas (2). Si los toma sin aprecio, es visto, y se entiende que se contenta con ellos por toda

(1) Rebuf. de Litter. obligat. art 12. glos. unic. n. 9. y sig. Dieg. Perez, en la ley 4. tit. 8. lib. 3. Ordenam. glos. 1. Aceved. en la ley 19. tit. 21. lib 4. n 124. y 125. Parlad. dicho §. 13. n. 13. (2) Ley fin. tit. 27. Part. 3. & ibi, glos. 6. y ley 44. tit. 13. Part. 5. verb. *Mas si por aventura*; Rod. dicho cap. 6. n. 45. cerca del fin.

la deuda; en cuyo caso, valiendo ménos, no puede pretender el resto, y valiendo mas debe volver su mayor valor, excepto que al tiempo de intentar su adjudicacion, proteste pedir el menor, ó dar el mayor que tuviesen, pues con esta protesta queda salvo su derecho (1); pero si al tiempo de pretender la adjudicacion no dice que los derechos de éste, y demas que ocurran, han de ser de cuenta del deudor, deberá satisfacerlos, porque por el hecho de pretenderla, y callar, es visto que quiere sean de la suya.

348 Si los bienes se diéron *in solutum* al fiador del deudor por haber satisfecho la deuda, debe restituirlos á éste, entregándole su importe con lo que por él pagó, y tambien á qualquier acreedor que sea hipotecario, y no de otra suerte, aunque el débito de éste se haya contraido no solo despues del primero, sino despues de la fianza, y ántes de la adjudicacion; pero esta restitucion se entiende sin frutos, por el justo título que tuvo el fiador para percibirlos (2), lo que al contrario, habiéndolos comprado en almoneda, pues debe hacer la restitucion con ellos, porque se presume dolo, malicia, y falta de buena fé, como en el num. 317. he sentado.

349 Queda obligado en todo evento el deudor al saneamiento de los bienes, que como suyos se le vendiéron, para pagar sus deudas, y no su acreedor; lo qual procede, excepto que éste le indemnice, y se obligue expresamente, ó que al tiempo de la venta le conste que no son del deudor, y sin embargo los haya elegido para hacerse pago, ó que al de la execucion los hubiese señalado para que se trabase en ellos (3), por lo que resultando ser agenos, y quitándoselos su dueño en juicio, ha de usar contra el deudor de la accion de eviccion, para reintegrarse de todo, y no de la executiva, porque ésta espiró, y se extinguió con el pago (4), pues aunque quando se paga una cosa por otra, y despues se quita en juicio, subsiste la obligacion primera (5), esto es, porque viene á ser permuta de una especie por otra especie (6); pero no

(1) Bart. in leg. Si non sortem 26. §. Si centum 4. ff. de Condit. indebiti. Jason in leg. Non solum 8 §. Morte ejus 6. ff. de Operis novi nunciat. Cur Phil. dicho §. 22. n. 23. (2) Leyes 13. y 45. tit. 13. Part. 5. Cur. Philip. ibi, n. 22. (3) Ley fin. tit. 13. Part. 5. Cur. Philip. ibi, n. 17. (4) Ley eleganter, ff. de Pignorat. act. dicha ley A Divo Pio, §. Si Post addictam, ff. de Re jud. y ley Si pro fund. Cod. de Transact. Parlad. dicha part. 5. §. 16. n. 19. y 20. (5) Ley Si quis aliam, ff. de Solut. (6) Ley 1. ff. de Rerum permutat. Bart. & DD. in dict. leg Si quis aliam. Tiraquel. de Retract. §. 1. glos. 14. n. 7.

quando se paga la especie por el dinero recibido, porque entonces se contrae compra, y venta, y el vendedor no está obligado á dar, sino á entregar (1), por cuya razon, una vez quitada la entrega, no le queda al acreedor despojado otra accion que la de eviccion para su reintegro (2).

350 En quanto á si el deudor tiene ó no accion para recuperar los bienes que se le vendiéron en pública subasta, á fin de pagar á su acreedor, ó los que se adjudicáron á éste *in solutum*, satisfaciendo la deuda, costas, é intereses, para su debida claridad se proponen cinco casos. El I.° quando la execucion, subasta, venta, y adjudicacion, se hiciéron con la pureza, y formalidad legales que para su validacion se requieren, de modo que ni faltó solemnidad, ni hubo lesion, fraude, ni colusion alguna; en cuyo caso, atendido el rigor de derecho, no debe ser oido, ya pida la recuperacion ante el Juez inferior, ó ante el superior, y la razon es, porque por ningun derecho se pueden revocar, ni rescindir la venta y adjudicacion celebradas en los términos propuestos (3), ni tampoco se retrata la venta de la hipoteca, aunque el deudor ofrezca á su acreedor el dinero que le debe (4). Pero por costumbre, y equidad de los Tribunales de estos Reynos, como lo dicen varios Autores (5), se le permite el recobro de los muebles dentro de tres dias despues de hechas, y de los raices dentro de nueve, sin restitucion de frutos por la buena fé del comprador.

351 El II.° caso es, quando se adjudican al acreedor, faltando las solemnidades legales así en la adjudicacion, como en la execucion, ó hay lesion en el valor que se les dió, ó por parte del acreedor se interpuso alguno que los comprase en baxo precio para cederle luego el remate, y todo el derecho que á éste habia adquirido; en cuyo caso se ha de distinguir. Si el deudor apela de la venta, ó adjudicacion como fraudulenta, puede (pendiente la apelacion) pedir ante el superior la restitucion de sus bienes vendidos, ó adjudicados con el vicio, ó vicios expuestos, pagando el precio en que se efectuó la venta, ó adjudicacion con

(1) Ley final, ff. de Condict. causa data. (2) Ley Si prædium, y ley Si causam. Cod. de Evict. Parlad. dicho §. 16 n. 22. (3) Ley Si finitam 14. §. Postea quam, ff. de Damn. infect. ley Propendum, §. Sin autem reus, Cod. de Judic. y leyes 3. 6. y 7. Cod. de Rescindend. vendit. (4) Ley Si creditor 7. al princip. y §. Illud. ff. de Distract. pignor. (5) Cast. en la ley 70. de Toro, Covar. lib. 2. Var. cap. 11. n. 3. Parlad. dicho §. 16. Rod. dicho cap. 6. n. 54.

las costas é intereses; á lo qual ha de deferir el superior, revocándolas, y muchas veces defiere sin que lo pida: lo mismo suele hacer, aunque confirme la sentencia de remate, prefiniéndole término en este caso, para que dentro de él pague al acreedor la deuda con costas, é intereses (1); y si no apela, é introduce la misma pretension ante el inferior, debe mandar lo propio á imitacion del superior, por ser muy honesto y seguro seguir el buen exemplo de éste, como lo dice el derecho (2)

352 Pero se duda quánto término tiene apelando para introducir la pretension ante el superior, y si ha de ser, ó no con frutos la restitucion. En quanto á lo primero, unos opinan que dentro de dos años, otros que dentro de quatro, y otros dicen que en qualquier tiempo que lo intente, si lo manda el superior. En quanto á la restitucion de frutos, discordan tambien los AA.; pero *Carlev. de Judic. tit.* 3. *disp.* 24. *num.* 9. es de parecer que se debe dexar al arbitrio del Juez, el qual, atendidas las circunstancias del caso, proveerá lo conveniente. Esto me parece lo mas seguro.

353 El III.° quando el fiador del principal deudor compra en pública subasta los bienes de éste, sin que haya fraude, ni lesion, ni falte solemnidad legal. En este caso si el deudor apela, se debe revocar la venta por la accion de dolo, restituyendo al fiador el precio que dió, porque como dexo expuesto en los nn. 317. y 321. el que compra los bienes del que fió, comete dolo, y debe restituirlos con frutos, pues la fianza trae su origen de gracia y amistad, y el fiador como acreedor segundo del deudor, parece que mas los compra por defender, y preservar su derecho, que por adquirir el dominio de ellos (3).

354 El IV.° quando se vendiéron á un estraño con todos los requisitos legales, pero el deudor apeló de la sentencia de remate, y se revocó; en cuyo caso dicen varios autores que si los bienes están entregados, se deben mandar restituir con frutos; pero *Acev. en la ley* 19. *tit.* 21. *lib.* 4. *Recop. num.* 139. afirma que revocada la sentencia de remate si el acreedor tiene los bienes, los debe restituir al deudor, y si los tiene algun tercero, y el acree-

(1) Cov. y Parlad. ubi proxime. Rod. ibi, n. 55. Paz, tom. 1. part. 4 cap. 3. n. 45. (2) Ley Nam Impetator 38. ff. de Leg. ley 3. Cod. eod. tit. y cap. In causis 19. de Sentent. & re jud. (3) Ley Cum secundus 5. §. Si secundus: y ley Cum posterior. 6. ff. de Distract. pignor. Parlad dicho §. 16. n. 17.

dor percibió solamente su precio, debe ser condenado éste á restituirlo doblado. Sobre todo, se debe mirar y observar el tenor de la sentencia revocatoria, y si los bienes vendidos son de menor de veinte y cinco años, y le conviene mas poseerlos, que tener su precio: de lo contrario se le causa grave daño, y se le deben entregar, restituyéndolo, aunque con buena fé los haya comprado un tercero (1).

354 Y el V.° caso es, quando un tercero los compró con mala fé, y en la subasta intervino lesion enorme, ó enormísima, ó en mas, ó ménos de la mitad del justo precio, ó no se observáron en la execucion las solemnidades legales. En este caso se debe revocar la sentencia, y restituir al deudor sus bienes, satisfaciendo al comprador el precio que dió por ellos, con las costas (2). El que apetezca mayor instruccion lea á *Carleval en la disp. 24. cit. per tot. á Gutier. lib. 2. Pract. quæst. 161. á Acev. en la ley fin. tit. 21. lib. 4. Recop. n. 124. y sig. y á Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 16.* Lo explicado hasta aquí concierne á la venta de bienes raices; por lo tocante á la de muebles, véase la nota puesta á continuacion de la obligacion con hipoteca estendida en el cap. 7. de mi primera parte §. fin. n. 174.

§. VI.

Del tercero opositor á la via executiva.

356 Sucede muchas veces que en el discurso de la via executiva sale un tercero oponiéndose á ella, y pretendiendo impedir su progreso, y para instruccion del principiante tengo por util explicar lo primero, *quál se llama tercero opositor, y quántas clases hay de ellos.* Lo segundo, *en qué tiempo, y ante qué Juez se ha de hacer, y admitir la oposicion, y qué se necesita para que sea admitida.* Lo tercero, *si los autos se deben seguir, ó no en el estado que tienen al tiempo que la oposicion se hace.* Y lo quarto, *quando por ella se suspende, ó no la via executiva*; de cuyos particulares paso á tratar por su órden con la posible claridad.

357 Se llama *tercero opositor* el que se opone á la execucion,

(1) Ley Si ex causa 10. ff. de Minor. Gom. lib. 2. Var. cap. 14. n. 6. vers. *Item quæro.* (2) Ley 1. Cod. Si vendit. pignor. agatur. Negus. de Pign. part. 6. membr. 1 n. 18.

ya sea solicitando ser preferido al executante en la solucion de su crédito, ó alegando ser suyos los bienes executados, ó que tiene derecho en ellos (1). Los Autores distinguen tres clases de terceros opositores, una de los que salen coadyuvando el derecho del executante, otra, de los que auxilian el del executado, y la otra de los que se oponen por el suyo privativo, é intentan excluir no solo el del actor, sino tambien el del reo (2).

358 El tercero opositor ha de hacer la oposicion ante el Juez que entiende en la causa executiva, el qual la debe admitir, ya se haga en el progreso de ésta, ó despues de sentenciada, y la execucion se haya despachado en virtud de sentencia, ó de instrumento, con tal que no esté hecho el pago, ó dada al comprador la posesion de los bienes executados y vendidos (3). Tambien puede hacerla aun quando esté prescripto el derecho de executar, si no lo está el que prefine la ley para pedir en via ordinaria (4), pues en todos estos tiempos está permitido hacerla.

359 Digo tambien que no solo puede hacer la oposicion á la execucion ante el Juez originario de la causa, sino ante el mixto executor, el qual si el tercero alega que los bienes executados son suyos, y no del deudor, no solo puede conocer de la excepcion, sino difinirla, sin necesidad de remitirla al Juez originario, ó requirente; y la razon es, porque por esta excepcion no impugna la sentencia, solo la modifica. Pero si la que alega toca á la sentencia, ó causa principal, ó dice de nulidad de aquella, ó del instrumento, ó que debe ser preferido al executante, debe admitirla, é instruirla y remitirla al Juez requirente para que la difina, mas no difinirla por sí, porque aunque no impugna directamente la sentencia, la impugna por medio indirecto, y la decision de esto toca al Juez que la profirió (5).

360 Basta para su admision la simple narrativa del derecho que le compete, y así no se debe mandar al opositor que dé informacion sumaria de él, ni compelerle á que traiga los testigos á la presencia del Juez, pena de inhabilitacion de oficio al

(1) Ley 3. tit. 27. Part. 3. Salg. part. 1. Labir. cap. 16. n 22 y 43. (2) Pedro Barbas. en la ley Si alien. 12. n. 16. vers. Pro vera igitur: y en la Titia 37 n 7. ff. Solut. matrim. Cancer. part 2. Var. cap. 16. Cov. Pract. cap. 13. Carl. tit 3. disp. 12 n. fin. (3) Valenz. cons 9. y 150. Cov. Pract. cap. 16. n 5. Cur. Philip. part. 2. §. 26. n. 2. (4) Ley 5. tit. 8. lib. 11. Nov. Recop. (5) Larrea dec. 82. n. 3. al 9. Carl. tit. 3. disp. 17. n. penult. y ult.

que lo mandáre, antes bien se ha de recibir el pleyto á prueba con término ordinario por via ordinaria (1); lo qual se entiende, excepto que el Juez conozca que la oposicion es maliciosa, y tiene solamente su tendencia á deferir, ó impedir la execucion, pues en este caso no debe admitirla, sino antes bien proseguir la via executiva, dando el acreedor la correspondiente caucion, y seguridad (2).

361 El tercero opositor quando coadyuba el derecho del executante, ó del executado, debe tomar, y proseguir el juicio en el estado en que lo halle, sin ser necesario promoverlo de nuevo, porque seria eternizarlo; (3), pero si se opone por su propio derecho, no está obligado á ello sino quiere, antes bien se ha de principiar del mismo modo que si se hubiera instaurado (4).

362 La oposicion del tercero no suspende el curso de la via executiva simple, y absolutamente, sino en dos casos. El primero, quando expone, y acredita legal, y sumariamente que los bienes executados son suyos, y entónces se le han de entregar, y luego proceder contra los del executado, segun con legal apoyo dexo sentado en el número 125. de este capítulo. El segundo, si al tiempo de oponerse manifiesta instrumento que trae aparejada execucion, y no en otros términos (5), por lo que no manifestándolo, debe usar de su accion en via ordinarie, y seguirse la executiva, haciendo pago al executante, dando precisamente ante todas cosas fianza de volver, y restituir lo que en aquella se juzgare y sentenciare, porque la variacion del juicio fué para proceder, y no para decidir (6).

363 No milita lo expuesto en el segundo caso del número inmediato, quando la muger se opone por su dote legítima y numerada, porque como por ella la compete el privilegio de prelacion, no solo se ha de suspender el juicio executivo, sino

(1) Ley 16. tit. 28. lib. 11. Nov. Recop. (2) Rodrig. de Execution. cap. 8. n. 3. Covar. dicho cap. 16. n. 2. Carlev. tit. 3. disp. 12. n. 16. Partad. part. 5. y §. 11. dichos n. 60. (3) Ley 17. tit. 2. lib 11. Nov. Recop. (4) Cov. lib. 1. observat. 70. y 71. Covar. Pract. dicho cap. 13. Carlev. disp. 12. dicha n. final. (5) Greg. Lop. en la ley 11. tit. 4. Part. 3. glos. 1. Rodrig. dicho cap. 8. n. 12. (6) Ley A Divo Pio, §. Si super rebus, ff. de Judic. ley 6. tit 10. Partid. 3. verb. *Empero.* Cur. Philip. dicho §. 26. n. 11. Paz part. 4. cap. 4. n. 7. com. 1. Prax.

tambien la entrega de los bienes al que executa á su marido por deuda, á que no está obligada, y darsela éstos en prenda, ó volverselos, si en ellos se trabó la execucion, y se depositaron en tercero, hasta que su terceria se decida, baxo la obligacion y fianza de retenerlos integros, é ilesos á disposicion del Juez que de ambas causas conoce, y restituirlos siempre que se lo mande, y los acreedores prueben la preferencia de sus créditos á la dote (1); lo qual se entiende en los términos explicados en el §. 3. n. 131. de este capítulo, y no en otros, pues así se practica en esta Corte.

364 Instituyendo el deudor por heredero á un acreedor suyo si éste acepta la herencia con beneficio de inventario, lo hace legalmente, y luego le executa como tal heredero otro acreedor de su instituyente, ¿se pregunta, si oponiéndose á la execucion, se suspenderá la via executiva? Para resolver esta duda se presuponen dos casos. El primero, si se opone como reo, excepcionando que los bienes son suyos, y no de la herencia, y que todos se han consumido en satisfacer á los acreedores anteriores, y á sí propio como uno de ellos, en cuyo caso acreditando en los diez dias de la ley la satisfaccion con documentos legítimos, y manifestando tambien el inventario solemne, (pues no basta ofrecer probarla por testigos, porque se presume falsedad, quando se puede probar instrumentalmente) debe ser absuelto, y no molestado, porque no está obligado *ultra vires hæreditarias*, pero si en el término referido no acredita la excepcion en la forma propuesta, se ha de continuar la execucion en los bienes, como que son de la herencia (2).

365 El segundo caso es, quando se opone no como reo, sino como actor, al modo que si viviendo el difunto le executase otro acreedor, se opondria como tercero. Entónces se ha de nombrar defensor á los bienes, entenderse con él todas las diligencias executivas, y suspenderse la execucion, porque el heredero con beneficio de inventario tiene la representacion de tal, y la de acreedor, por cuya razon no se con-

(1) Ley Ubi adhuc, Cod. de Jure dot. ley 16. tit. 28. lib. 11. Nov. Recop. Cur. Philip. n. 11. dicho Rodrig. cap. 8. cit. n. 10. (2) Ley scimus 22. §. Etsi præfactam 4. y §. Sin vero creditores 5. Cod. de Jure deliberand Carlev. tit. 3. disp. 13. n. 3. al 6.

funden las acciones que por los dos respetos le competen, como se prueba de la ley *Scimus* 22. §. 9. *Cod. de Jure deliberandi*, que dice: *In computatione autem patrimonii damus ei* (habla del heredero) *licentiam excipere, & retinere quidquid in funus expendit, vel in testamenti insinuationem, vel in inventarii confectionem, vel in alias necessarias causas hæreditatis approbaberit sese persolvisse. Si vero, & ipse aliquas contra defunctum habebat actiones: non hæ confundentur, sed similem cum aliis creditoribus per omnia habeat fortunam: temporum tamen prerrogativa inter creditores servanda.* Casi le es mas util oponerse como actor, que como reo, porque como reo, á mas de no hacer que cese la via executiva, será condenado, si no prueba sus excepciones en los diez dias de la ley, y como actor, no solo la suspende, sino que tiene término mucho mayor para justificar su accion, del mismo modo que si no fuera heredero (1).

366 Estando executando al deudor un acreedor hipotecario, si antes de la sentencia, y su execucion ocurre otro tambien hipotecario en los bienes executados, ó personal privilegiado, acreditando ser preferido al executante, y pretendiendo se le haga pago primero que á éste, dicen algunos (2), que no se suspenderá la execucion, y venta de los bienes, y que ántes bien se subastarán, y de su valor se ha de satisfacer al tercero su crédito, como privilegiado, entregándose lo que sobrare al executante que obtuvo ántes la sentencia, pues no se atiende al tiempo de ésta, sino al del contrato, y obligacion, y el que es primero en tiempo, lo es en derecho, por cuya razon el acreedor anterior aunque el plazo de su crédito no esté cumplido, puede oponerse á la execucion hecha por el posterior, y pedirlo, si para ello tiene causa legítima, v. g. ser sospechoso de fuga el deudor, carecer de bienes suficientes para reintegrar á entrambos, ó temer con sólido fundamento que todos se consuman con el executante.

367 Pero otros afirman que se debe suspender la venta hasta que se concluya el pleyto de preferencia, excepto en tres

(1) Marescot. lib. 1. Var. c. 37. y lib. 2. cap. 121. n. 25. y 26. Surd. decis. 92. n. 7. y consil. 7. n. 31. lib. 1. Carl. v. disp 13. dicha n. 7. y 8. (2) Giurb. decis. 61. n. 2. 6. 7. y 18. Cost. de Reintegr. distinct. 95. n. 6. y 8. Marescot. lib. 2. Var. cap. 121. n. 3. Cur. Philip. part. 2. §. 26. n. 9.

casos. El primero, quando el deudor es idoneo, y como tal tiene bienes equivalentes para satisfacer á entrambos acreedores, en cuyo caso justificando la idoneidad, no se impide la execucion primera por la oposicion del tercero. El segundo, quando ésta es calumniosa, y hecha únicamente con el fin, y objeto malicioso de retardar la execucion, pues entónces no solo no la impide, sino que no se debe admitir. Y el tercero, quando el primer acreedor no pretende que se pague, sino que se vendan los bienes embargados, para hacerle el pago de su crédito de lo que produzcan, porque tiene mejor derecho, en cuyo caso ninguno de los dos puede impedir la venta, ni debe dexar de hacerse, aunque el uno la contradiga, por ser útil á entrambos (1). Pero si el acreedor segundo ocurre despues de celebrada la venta, y pagado el primer executante, no se impedirá, antes bien tendrá que seguir la via ordinaria contra él como poseedor de los bienes del deudor, ó la executiva contra éste, si algunos le quedaron (2).

398 Si despues de cumplido el plazo de la escritura de un acreedor, y estando executando al deudor, ocurre otro acreedor de igual clase, cuyo crédito en la obligacion es anterior, pero en el plazo del pago posterior al del executante, y disputan ambos sobre qual de los dos debe ser preferido, lo será el primero en la obligacion, no obstante ser el último en el tiempo destinado para la solucion, en caso que el deudor sea sospechoso de fuga, ó carezca de bienes suficientes para satisfacer á entrambos, ó vaya consumiendo su patrimonio; y la razon es, porque como tiene causa legítima para pedir su débito antes del plazo, y la obligacion es anterior á la del otro, se entiende haber espirado éste, y se retrotrae la obligacion al dia en que aquel se contraxo (3).

399 Admitida la oposicion del tercero, se debe conferir traslado de ella al executante, y executado, recibirse la causa

(1) Carlev. tit. 3. disp. 12. n. 5. al 9 y n. 13. al 17. y otros que cita. (2) Ley A Divo Pio cit. §. Si post addictum pignus 6. Greg Lop en la ley 11. tit. 14. Part 5. glos. 1. Carlev. ibi, n. 3. Parlad. lib. 2. part. 5. cap. fin. §. 10. n. 24. (3) Ley 1. ley Qui balneum 9. §. 1. ley Potior. 11. §. Videamus 1. y ley Lucius Titius 1. ff. Qui potiores in pignore habeantur, y ley Quæsitum 14 ff. de Pignorib. Rodrig Suar. en la ley Post rem judicatam, limit. 7. n. 4. Fagnan. de Pignorib. part. 4. n. 15. Rodrig. de Execution. cap. 8. n. 6. al 8.

á prueba, si fuere necesario, y seguirse la preferencia en via ordinaria, porque en este caso se consideran dos juicios, uno executivo del acreedor contra el deudor, y otro ordinario sobre prelacion entre los acreedores, que no puede ser executivo, á causa de no estár obligado el uno al otro, y carecer de accion por este defecto para proceder executivamenre entre sí, por lo que mientras se controvierte su preferencia, se ha de suspender la via executiva, y aunque ocurran al juicio por su propio derecho otros opositores, no suspenderá su curso la nueva oposicion, y así se podrá continuar, y decidir la causa, y executar la sentencia, dando primero el opositor (si se declarase su preferencia al executante) la fianza de acreedor de mejor derecho, que expliqué en el cap. 7. de mi primera parte adicionada num. 149. y extendí en el num. 187. y el acreedor segundo seguirá la causa hasta su conclusion. Pero lo que he visto observar en la práctica como mas equitativo, y ménos dilatorio y costoso, es, seguirla con todos, y graduarlos en una sentencia, y así se debe hacer.

370 Se ha de executar baxo de una de las fianzas de Toledo, ó Madrid sin embargo de apelacion y nulidad, la sentencia dada en el juicio executivo, en que hubo oposicion de uno, ó mas terceros, quando estos salieron auxiliando el derecho del executante, ó executado; y la razon es, porque la suspension de la via executiva en quanto á ellos fué solo en el modo, y órden de proceder, mas no en lo tocante á la decision (1). Pero no sucederá así, en caso de que hayan salido por su propio derecho, porque la causa como de prelacion se convirtió de executiva en ordinaria, por lo que no habrá lugar á la execucion de la sentencia hasta que se executorie, ó consienta. Si el tercero, ó terceros no manifestaren su derecho en el término ordinario que el Juez les prefina, se volverá luego á seguir la via executiva, y á sentenciar la causa de remate en los bienes executados (2).

371 Aunque la hipoteca, y obligacion de bienes vinculados se contraiga en virtud de facultad Real, y con las clau-

(1) Leyes 12. y 17. y 16. tit 28. lib. 11. Nov. Rec. Cur. Philip. dicho §. 26. n. 13. (2) Rod. ig. cap. 8. cit. n. 12. Paz in Prax. part. 1. cap. 4. n. 7. Cur. Philip. ibi, n. 23. dicho.

sulas mas eficaces, siempre es, y se entiende subsidiaria, y solo produce efecto en quanto á ellas, quando los libres del poseedor que la contraxo, no son suficientes para el integro pago del acreedor, y asi es indispensable la previa, y plenaria excusion en estos, especialmente si se ligaron juntamente con aquellos, porque el mayorazgo se gradúa, y estima en dicho caso como fiador de indemnidad, y éste segun derecho (1), solo debe ser reconvenido subsidiariamente, que es en defecto del principal, y despues de hecha excusion en sus bienes, como en el cap. 7. de mi primera parte, §. 7. n. 159. he sentado.

§. VII.

Quándo deberá, ó no ser condenado en las costas del pleyto, y pagar décima de la execucion el executado.

372 Como se deben al vencedor las costas ó expensas hechas en los pleytos, unas por su victoria, otras por la temeridad de su contrario (2), y otras por su contumacia, y por las dilaciones maliciosas introducidas en el proceso (3); se sigue de aquí que en todos los executivos y ordinarios debe ser condenado en ellas (regularmente hablando) el vencido (4), no solo por la sentencia difinitiva, sino tambien por la interlocutoria, sin esperar á que aquella se profiera (5); y la razon es, para reprimir y castigar su calumnia, y malicia de haber litigado, sabiendo no tenia derecho para ello (6): lo propio se debe practicar quando maliciosamente difiere presentar el instrumento que tiene, con cuya vista se podrá finalizar el pleyto, pues por su dolo debe ser condenado en las que con esta malicia causó á su contrario (7). Estas expensas se entienden únicamente las hechas

(1) Ley Si Magistratus 1. y ley Adversus 4. Cod de Magistratib. convenien. Salg. Labir. part. 2. cap. 5. per tot. (2) Ley Eum, quem temere, ff. de Judic. (3) Ley Sancimus, Cod. de Judic. y ley Non ignorat, Cod. de Fructib. & expens. Rebuf. de Expens. artic. 1. 2. y 3. (4) Dicha ley Eum: quem: ley Properandum, §. Sin autem, Cod de Judic. leyes 8. tit. 3. y 8. tit. 22. Part. 3. ley 14. tit. 8. lib. 2. y leyes 7. tit. 17. y 1. tit. 22. lib. 4. Rec. Authent. Et generaliter, §. 1. Cod. de Episcop & Cleric. cap. Finem ilt. de Dolo, & contumacia, y cap. Calumniam, de pænis. (5) Glos. in dict. cap. Finem litibus, & ibi Panormitanus, & DD. Jason in dict. leg. Properandum, y §. Sin autem. Covar. Pract. cap. 27. n 1. y 2. (6) Test. cit. y cap. Calumniam, de pænis. (7) Cin. en la ley 1. Cod. Utquæ desunt Advocat. Marant. in specul. part. 4. n. 7. memb. 7. n. 2. Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 18. n. ultim.

en el pleyto, y no otras, porque el oficio del Juez no se amplía á los daños extrínsecos fuera de él, bien que si se pactan expresamente las personales ocasionadas por pleyto fuera de su casa, deberá pagarlas (1); esto se entiende pidiéndolas el vencedor, pues aunque el Juez puede condenar de oficio en ellas al vencido (2), no está obligado precisamente á hacerlo á menos que aquel lo pida (3), y por esta razon en las demandas, contestaciones, y en otros pedimentos se pone á su final la clausula, *pido justicia con costas*, y á veces suele pedirse juntamente con la pretension principal la condenacion en ellas. Pero es de advertir lo primero, que el Abogado que defiende su propio pleyto, y obtiene con costas, no debe exîgir las de su honorario, como si fuera litigante extraño. Y lo segundo, que si el Abogado, Notario ó Procurador defienden graciosamente á alguno por ser pobre, no podrá exîgir éste de su contrario el importe de los derechos que competian á aquellos, (bien que ellos podrán llevarlos, una vez que es el contrario, y no su parte el condenado) pero si le defendieron no por piedad sino por amistad, puede exîgir para sí dicho importe, porque de otra suerte está obligado á compensarles, ó les tiene compensado su trabajo en la defensa. Véase á *Parlador. lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 18. n. 12. al 14.*

375 Lo explicado en el número inmediato se limíta quando el vencido tuvo causa justa para litigar, v. g. incertidumbre del hecho; verdad ignorada; ser poseedor con buena fé, y titulo hereditario de la cosa litigiosa; estár ambiguo y obscuro el punto; haber hecho el juramento de calumnia, y no haber sido temerario en litigar, y no de otra suerte; ó quando probó su intencion con testigos, y sin embargo, fué condenado por haber sido repelidos por razon de sus personas; y en otros casos semejantes, en los quales por ser de hecho, no se puede dar regla fixa, por lo que se dexan al arbitrio del Juez (4); pero fuera de estos casos ha de ser condenado en las costas, y tasarlas el mismo Juez, mandando primero al vencedor que jure quanto importan, y

(1) Ley Ut fundus, ff. Communi dividund. dicha ley Sancimus, y ley penult. Cod. de Fructib. y glos. fin. en la ley 1. & ibi Bart. ff. de Alienation. judic. Parlador. lib. 5. c. fin. part. 5. §. 18. n. 10. 11. (2) Arg. leg. Ædiles, ff. de Ædilitio edict. (3) Glos. verb. *Expensis*, & ibi DD. in cap. fin. de Rescript. Covar. ibi, n 5. Acev. in Rubr. tit 2. lib. 4. Rec. n. 25. Paz, tom. y temp. 1. part 4. n. 37. (4) Ley 8. tit. 22. Part. 3. cit. & ibi glos. 2. y 3. Parlador. part 5. dicha, §. 18. n. 4. y 5.

moderarlas, si atendida la qualidad del negocio y el estado y condicion de las personas, fueren excesivas (1), bien que hoy se tasan con arreglo al arancel. Pero se pregunta ¿si el Procurador como dueño de la instancia deberá pagar al Juez, Abogado, Escribano y demás subalternos del Tribunal los derechos que éstos devengaron en defender á su principal, y tambien las costas causadas á su contrario, en caso que por litigante temerario sea condenado en ellas, y respondo que si le defienden por encargo particular del mismo Procurador, debe satisfacerles sus derechos, porque por el hecho de buscarlos para su defensa, y encargarsela, y no tratar con el principal, es visto tomar en sí la obligacion de su solucion, pues por su órden y respeto le defienden; lo qual procede aun quando el poderdante le releve de su pagamento en el poder, porque esta relevacion es para otro efecto, y así le podrán apremiar á él, dexándole su accion expedita contra su principal, de quien si no tiene satisfaccion, no debe admitir el poder. Pero si ellos lo hacen por encargo de éste, no tendrán accion contra el Procurador, porque éste no los buscó, ni por consiguiente se obligó á cosa alguna. En quanto á las costas causadas á su contrario, digo que en ningun evento tendrá accion contra el Procurador. Lo primero, porque éste no litigó con él, ni hizo su negocio, sino el de su principal como su mandatario, ni se constituyó su fiador, ni se obligó á las resultas del juicio, ni á otra cosa. Lo segundo, porque las costas son accesorias á lo principal, y como tales lo siguen, y contra quien se dá la accion por aquel, se dá por éstas, y así debe dirigirla el litigante contra el poderdante. Lo tercero, porque si no tiene satisfaccion de su contrario por su insolvencia, y cree que debe ser condenado en costas, puede pretender antes de la contextacion que dé fianza de estar á derecho, y pagar juzgado y sentenciado, como tengo expuesto en el cap. 14. n. 20. de mi primera parte adiccionada, y no dándola, que se le deniegue la audiencia, y sobre ello formar artículo, cuya excepcion dilatoria se le admitirá. Si el poder no es bastante, pretenderá que lo presente como corresponde, segun

(1) Dicha ley Sancimus: ley 1. tit. 14. lib. 3. del Fuero Real, leyes 5. tit. 5. lib. 5. y 1. tit. 19. lib. 11. Nov. Rec. Authent. Post jusjurandum, Cod. de Judic. Authent. de Judiciis, § Oportet, collat. 6. cap. ult. de His quæ vi, metusve causa, cap. Olim, de injuriis.

las leyes 2. tit. 24. lib. 2. y 3. tit. 2. lib. 4. Recop. lo mandan, y hasta que lo execute no debe responder, pues de no practicarlo, es visto contentarse, renunciar este auxilio, y que solo quiere repetir contra él despues de sentenciado el pleyto. Lo quarto, porque de permitirse esto, resultaria detrimento al público, el que se debe evitar, porque prepondera al particular de uno, ú otro litigante que suele obtener con costas, pues no habria quien admitiese poderes con semejante gravamen, y se cortaria la sociedad y comercio, é impediria por un medio indirecto el uso de las acciones á los individuos de la republica, especialmente á los ausentes, que por su ausencia están imposibilitados de seguirlas por sí en los Tribunales competentes. Y lo quinto, porque el que se llame dueño de la instancia al Procurador, y lo sea, no sirve para otro efecto, que para el de que se substancien con él las diligencias del proceso, pueda ser apremiado con facilidad como que asiste al Tribunal, á la devolucion de los autos, se eviten gastos indebidos al colitigante, y sean interminables los pleytos, pero no es dueño de la accion, ni cosa litigiosa, y así como no puede demandarle, ni ser demandado por ella, tampoco por las costas del proceso en que se ventiló, pues el juicio se debe cumplir y executar contra el principal, ó sus fiadores, y no ceontra el podatario, excepto que éste siga el pleyto sin tener poder suyo, como lo dice la ley final, tit. 5. Partid. 3. El que quiera saber en qué casos queda, ó no obligado el Procurador, acabado su oficio, vea á *Gutierr. de Tutel. part. 2. cap. 13. ex num. 10.*

374 Supuesto como legal lo referido, digo que en los pleytos executivos, (respecto carecer de causa justa para litigar el executado, ya se haya despachado la execucion en virtud de confesion, sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, executoria, instrumento guarentigio, ó de otro documento de los que expresé en el n. 2. de este capítulo, que la traiga aparejada) sentenciándose la causa de remate, no solo debe ser condenado en las costas procesales, sino tambien en pena de su morosidad en la décima parte, y no mas de la deuda, porque se expidió el mandamiento executivo, cuya décima debe satisfacer en la misma especie, porque se pidió y despachó la execucion, v. gr. si por dinero, en dinero, si por trigo, en trigo, &c. y no en otra al Alguacil que le executó, en el caso solo de haber costum-

bre de exîgirla (1). Esta costumbre se entiende del lugar en que estuvieren los bienes executados, ó en el del domicilio del executado, y no en el del juicio; y asi aunque en este la haya de llevar, sino la hay en los otros, no se debe cobrar (2). En el fuero secular prescribe por diez años entre presentes, y por veinte entre ausentes, y en el eclesiástico por quarenta indistintamente entre éstos y aquellos (3); bien entendido, que la décima del Alguacil es por todos sus derechos, pues llevándola, no debe percibir mas, aunque salga fuera de la Corte, y dentro de las cinco leguas de su rastro á hacer la execucion, y si lleva salario asignado, no le corresponde, ni debe exigirla (4).

375 Mientras el acreedor no esté pagado de su crédito, ó se dé por contento de su importe, ó conceda espera el deudor, ó se convenga con él, ó no quiera continuar la execucion, siendo requerido á este efecto por el Alguacil que la hizo, no se debe pedir la décima; pero verificándose alguna de estas cinco cosas las puede exigir; por lo que si los bienes del deudor vendidos no alcanzan á cubrir la deuda, se ha de cobrar á prorrata el precio de lo que se pagáre, y no del residuo, hasta que se pague, ó concierte (5). Si el mandamiento executivo se dirige contra varios por diversas deudas, ó contra un deudor por distintas cantidades, se devenga, y puede llevar la décima respectiva, ó el salario íntegro de cada una (6), porque se contemplan, y son muchas execuciones; pero es nulo, é ineficáz el concierto que el executor haga con el acreedor sobre la décima, ú otros derechos de execucion (7) de que se deduce que valdrá, haciéndolo con el deudor.

376 No debe pagar décima el executado en diez casos. El 1.° quando en virtud de apremio judicial se dá posesion de sus bienes á su acreedor, para que se reintegre de su crédito, porque fal-

(1) Leyes 1.tit 30.lib.11. Nov. Recop. Parlad lib 2 cap.fin. part 6. §. unic. n. 1. y 4. (2) Ley 7. tit. 30 lib. 11. Nov. Recop ley Nisi opinatores, Cod. de Exactor. trib. ley Form. censuali, ff. de Cens. y ley Rescript. §. fin. ff. de Muner. & honor. Rod. de Execut. cap. 7. n. 22 al 24. Parlad. dicho §. unic. n. 8. (3) Ley 5.tit.2.Part.1. & ibi glos.4. Rod. dicho cap.7.n.23 Parlad. dicho § unic. n.6 y 7.(4 Ley 1.tit.30.lib.11. y ley 7.tit.28. del mismo lib.11.Nov.Roc. Rod. cap 7.cit.n.12. Parlad. dicho §. unic. n.16. (5) Ley 15. y 7.tit.30.lib. Nov.Rec. Cur. Philip. part 2.§.23.n.9.Rod. cap.7. dicho, n.41. y 15. Parlad. part.6.§ un. n.17. al 19. (6) Gom. lib.2. Var. cap.11.n.16. cerca del fin. vers. *Sextus efectus*: Cur. Philip. ibi, n. fin. (7) Ley 12.tit.30.lib.11. Nov. Recop. Cur. ibi. n.10. Parlad. ibi, n. 20.

ta el órden del juicio para devengarla, y no es necesario (1). El II.° quando algunos de sus acreedores se oponen á la execucion pedida por otro, pretendiendo ser preferidos á éste, ó entre sí, pues entonces solo la debe de la cantidad porque fué realmente executado, aunque para el pago de todos se estimen los bienes por árbitros (2). El III.° quando forma concurso, ó hace cesion de todos sus bienes en manos del Juez, á fin de que con ellos satisfaga á sus acreedores segun su prelacion, porque en este caso no solo falta el órden del juicio para devengarla, sino que á devengarse, mediante no tener bienes para todos, se verificaría no satisfacerla él, sino ellos, como si fueran los deudores (3). El IV.° quando la execucion se dió por nula por no traerla aparejada el instrumento, ó por faltar las solemnidades legalmente prescriptas para el órden de seguirla; en cuyo coso ningun derecho debe llevarse, y el que lo lleváre, debe restituirlo con el quatro tanto, y las costas (4); pero si la nulidad provino de culpa del acreedor, ya por pedir mas que lo que se le debia, ó no haberla pedido segun derecho, debe pagarla, y no el deudor. (5) El V.° quando se hace execucion por pena, ó condenacion pecuniaria debida al Fisco, pues ni décima, ni otro derecho alguno se debe llevar (6), ni por consiguiente la décima de ésta, porque es pena, y no se debe gravar con dos cargas una misma cosa (7). El VI.° quando se executa á los Ecónomos, Mayordomos, y Tesoreros de la Iglesia por lo que la deben (8), lo qual se entiende, excepto que haya costumbre de exigirla. El VII.° quando el deudor paga á su acreedor dentro de las setenta y dos horas siguientes á la en que se le notificó en persona el estado de la execucion, ó por su ausencia, y ocultacion en su casa; pues en este caso debe pagar solamente los derechos del mandamiento, y las dietas del camino, yendo fuera, ni quando muestra contenta de él dentro de las veinte y quatro (9). El VIII.° quando depositó lla-

(1) Rod. cap. 7. cit. n. 26. Parlad. part. 6. y § unic. cit. n 9. Avend. in cap. Præt. part. 1. cap. 17. n. 16. Cur ibi. n. 4 (2) Ley unic. Cod. de Impon. lucrativa descript Parlad. ibi, n 10. Rod. ibi, n 26. dicho. (3) Salg. Labir credit. part. cap. y §. 1. (4) Ley 11. tit. 30 lib 11. Nov. Recop. (5 Ley 6. tit. 28. lib. 11. Nov. Recop. Parlad. ibi, n. 11. (6) Ley 1. tit. 30 lib 11. Nov. Recop. Parlad. ibi, n 14. (7) Ley Si labnrante 2. ff ad l. g. Rhodiam de jactu, ley Nec usus 1 ff de Usufruct. legat. y leyes Eos qui 26 § 1. y Ut nullo modo 28. Cod. de Usur. (8) Authent. Sed hodie 3. Cod. de Episcop & Cler. Parlad. ibi, n. 15. (9) Leyes 13. 14. y 15. tit. 30. lib. 11. Nov. Recop.

namente la deuda, ó parte de ella dentro de las referidas veinte y quatro horas en persona segura ante el Juez, y por su ausencia ante un Regidor, y no ante otra persona, con tal que á su costa haga saber el depósito al acreedor dentro de tercero dia para que acuda á su percibo; pues por humanidad no la deberá pagar de la parte de deuda que satisfaga, ni otro derecho de execucion (1), como en el núm. 133. expuse; pero no le exime de la décima la mera oferta de sus bienes en pago al acreedor, ni el que éste siendo apremiado los tome por lo que se taxáron; lo que al contrario, tomándolos espontaneamente (2), porque lo prohibido en una cosa se entiende permitido en todas las demás (3). El IX.º quándo el Juez delegado, ó diputado por ciertos dias para hacer la execucion llevó salario consignado (4); pues es injusto que por exercer un oficio se exijan dos premios (5); y el X.º quando el executado es criado del Rey, ó goza del fuero de tal, pues éstos por privilegio están esentos no solo de su solucion, sino de ser presos por deuda puramente civil, y no deben ser demandados sino ante el Juez de la Real Casa, como se practica en esta Corte.

377 Si se despacha execucion por deudas pertenecientes al Fisco, y el deudor no paga dentro del término legal, no debe satisfacer décima, sino un treinta por cada millar, ya llegue la deuda á cinco mil maravedis, ó exceda en mucha, ó poca suma de ellos, ántes bien se debe llevar ménos si hubiere costumbre (6). Siendo la deuda de hermandad, se ha de exigir un quarenta por cada mitad, y no mas, ya llegue, ó exceda de los cinco mil maravedis (7); lo qual no milita para con las pertenecientes á los Pueblos y Señores, pues para el efecto referido, son lo mismo que las personas privadas (8).

378 Por una misma deuda no se debe mas que una décima, aunque sobre su satisfaccion se hagan muchas execuciones, ó el acreedor conceda espera al deudor, ó suspenda la execucion, y luego la siga, ó vuelva á hacer de nuevo, pena del quatro tan-

(1) Ley 16.tit.30 lib.11. Nov. Recop. Parlad. dicho §. unic. n.31. (2) Rod. ibi, n. 31. Parlad. ibi, n. 29. y 30. (3) Ley Cum prætor, ff. de Jud. y ley Qui accusare, ff. de Accusat. (4) Ley 3.tit.30.lib.11. Nov. Recop. (5) Cap Cum olim, & ibi DD. de Re judic (6) Ley 5.tit.30.lib.11. y ley 2 tit.25 lib.7. Nov. Rec. (7) Ley 13. tit. 12. lib. 8. de la antigua Recop. y se ha suprimido en la Nov. (8) Parlad. dicho §. unic. y part. 6. n. 13.

to, aun quando un Juez despache la execucion, y luego otro la concluya, ó el fiador executado que pagó por el principal, execute despues á éste, porque sin embargo de ser dos las obligaciones, no es mas que una la deuda (1); lo qual se entiende quando el mismo deudor principal permanece obligado, pues si no lo queda, y dá otro en su lugar, que recibe en sí la obligacion principal, entónces como que hay delegacion, y es nueva deuda y obligacion, se deberá nueva décima (2). Lo mismo procede quando el deudor executado se obliga á pagar la deuda en especie distinta, y despues se le executa por ella, pues en este caso por la novacion, como que es diferente la deuda, se causa otra décima (3), y exigiéndola el executor, no ha de llevar derechos por las diligencias que practique en la execucion, con título de costas, salarios, viages de camino en la venta, y posesion de los bienes vendidos, ni con otro alguno, sin embargo de que otro executor, ó executores diversos del que la percibió, hagan la segunda, ó mas execuciones por la propia deuda, pues con la expresada décima lo satisface todo el deudor, y en nada mas se le ha de gravar por parte de ellos.

379 Obligándose de mancomun por el todo *in solidum* dos, ó mas deudores como principales, ó fiadores á la solucion de una cantidad, executando el acreedor á qualquiera de ellos, pagando el executado, y repitiendo despues con su lasto contra los otros, dúdase si se debe ó no exigir mas que una décima; sobre lo qual hay distintos pareceres. Unos fundados en que son muchas las obligaciones y execuciones, dicen que se debe, y otros (y son los mas) afirman que no, porque aunque lo sean, no es mas que una la deuda. *El Sr. Olea de Ces. jur. tit. 5. quæst. 5. n. 52.* dice no es justo que los unos paguen las dilaciones y malicias de los otros; y que el correo, ó confiador que pagó por otro, pueda exigir de los demas la décima y costas, en el caso solo de que todos hayan sido convenidos en un juicio *in solidum* por el principal y costas, y no en otro, porque de una deuda no se debe cobrar mas que

(1) Ley 1. 5 y 9. tit. 30. lib. 11. y 7. tit. 28. del mismo lib. y 4. tit. 33. lib. 12. Nov. Recop y ley unic. Parlad. dicho §. unic. n. 21. y 22. (2) Ley Sed etsi, §. Non solum, ff. ad Maced. ley Si stichum, ff. Si ab alio, ff. de Novat. ley Non est novum, ff. de Contrah. empt. y ley 15. tit. 14. Part. 5. Aflict. dec. 353. Parlad. ibi, n. 23. al 27. (3) Rod. dicho cap. 7. n. 19. Parlad. ibi, n. 23. Cur. Philip. part. 2. §. 23. n. 13.

una décima. *Rod. de Execut. cap. 7. ex n. 16. al 20.* lo resuelve así, bien que por el trabajo de la segunda execucion se pueden exigir algunos derechos, especialmente en dos casos. El I.° quando el deudor del deudor está obligado á dar alguna cosa, éste dá en pago á su acreedor el débito de su deudor, y despues se sigue via executiva contra el deudor delegado, porque entónces se contrae otro débito. Y el II.° quando el executado dá al acreedor persona en quien se transfiera su obligacion, pues haciéndose nueva execucion contra ésta, se debe otra décima, porque no solo es nueva obligacion, sino nuevo débito segun derecho, como dexo sentado en el número anterior.

380 Pidiendo execucion el acreedor por mas que lo que se le debe, ha de pagar décima del exceso con otro tanto (1); lo qual se entiende, aunque al tiempo de pedirla haga la protesta de *admitir en cuenta legítimas y justas pagas*, de que hice mencion en el num. 119. pues ésta no le eximirá de su satisfaccion, excepto que tenga justa ignorancia de lo líquido que se le está debiendo, v. g. si es heredero, y su causante no lo dexó sentado, ó si su factor ó apoderado no le participó lo que habia cobrado á cuenta, &c. pues en estos casos, y otros semejantes queda libre de su solucion (2).

381 Principiándose la execucion en un Juzgado por un Ministro executor, y concluyéndose por otro, ó haciéndola en virtud de requisitoria de otro Juez, deben partir la décima los dos Ministros, y el Juez requirente, y requerido, no obstante tocar al requirente; lo qual se entiende, á ménos que en los dos Juzgados, ó en el de los dos Ministros haya costumbre contraria (3); pero en el caso de dudarse si la debe, ó no pagar el executado, no ha de conocer de ello el Juez á quien corresponde, ó se debe, sino su superior (4), y respecto á que sucede muchas veces que por hallarse gravado el deudor con deudas, y no tener bienes suficientes para satisfacerlas, se le pone preso, y por redimir la vejacion de la prision, y obtener su libertad, hace cesion de bienes en manos del Juez para que los reparta entre sus acreedores, y el Escribano querrá cerciorarse de el modo de substan-

(1) Ley 9. tit. 21. lib. 4. Recop. (2) Parlad. ibi, n. 31. 33. (3) Parlad. ibi, n. 34. al 37. (4) Glos. vers. *Provincia* in leg. de Jure, ff. ad Munic. & ibi Bart. Rod. dicho cap. 7. n. fin. vers. *Postremo.*

ciar este juicio, llamado por otro nombre *concurso de acreedores*, le remito á este efecto al capítulo siguiente, en donde hallará lo competente para su instruccion.

§. FINAL.

De la forma de estender las diligencias de la via executiva, estando presente el deudor.

Pedimento pidiendo execucion.

382 F. vecino de esta Villa, ante Vm. como mas haya lugar, digo que N. me está debiendo tantos mil reales que para sus urgencias le presté sin premio, ni interés alguno, como lo juro en solmene forma de derecho, los que se obligó á satisfacerme para tal dia, segun se acredita de la escritura de obligacion que otorgó en tantos de tal mes del año próximo pasado ante F. Escribano de S. M. y original presento con la solemnidad necesaria; y mediante ser pasado el plazo en que debió pagármelos, y mucho mas, que aunque he practicado con el citado deudor las mas urbanas y atentas diligencias, no he podido conseguir su cobro; á Vm. suplíco se sirva haber por presentada la referida escritura de obligacion, y por lo que de ella resulta, despachar execucion contra la persona y bienes del referido N. por los tantos mil reales que juro en forma de derecho estarme debiendo, y por mas su décima, y costas causadas, y que se causen hasta su real, y efectivo reintegro, pues protesto admitir en cuenta legítimas, y justas pagas, y así procede de justicia que pido, y para ello, &c. F.

383 (*Auto*) Por presentada la escritura que se refiere; por lo que de ella resulta, se despache la execucion que se pide por la cantidad que se expresa, á cuyo fin se expida el correspondiente mandamiento: El Señor Don Fulano lo mandó, &c.

Mandamiento de execucion.

384 Alguaciles de esta Villa qualquiera de vos haced execucion en la persona, y bienes de N. por tantos mil reales, que en virtud de escritura de obligacion otorgada en tal dia, mes, y año, ante F. Escribano, y presentada ante mí, resulta estar debiendo

á F. por quien, (*ó por cuya parte*, si pidiere por Procurador) se pidió, y juró: hacedla conforme á derecho por la referida cantidad, y por mas su décima (*si hubiere estilo de exigirla, y sino, se omitirá*) y costas, notificándosele despues de hecha, su estado por el Escribano que en ella entienda, y lo cumplid; pues por mi auto de este dia así lo tengo mandado. Fecho en tal Villa, á tantos, &c. Don F. por su mandado. F.

Traba de execucion en bienes muebles.

385 En tal parte, á tantos de tal mes y año, por ante mí el Escribano F. Alguacil de este Juzgado, cumpliendo con lo ordenado por el mandamiento que antecede, requirió á F. en el contenido, satisfaciese los tantos mil reales, porque está despachado, ó manifestase bienes suyos propios en que trabar la execucion, y enterado, dixo no se halla por ahora con la expresada cantidad, por lo que señaló tales bienes, (*se individualizarán por menor*) que expresó ser suyos propios, y en ellos el referido Alguacil, en voz y nombre de los demas que parecieren pertenecer al mencionado N. al tiempo del remate, trabó la execucion por la cantidad por que fué despachada, y por mas su décima, y costas causadas, y que se causáren hasta su real, y efectivo pago; y protestó mejorarla en otros en qualquier estado del pleyto, siempre que convenga, y lo pida el acreedor; y el dicho Alguacil depositó los referidos bienes en P. vecino de esta Villa, el qual se constituyó depositario de ellos, y como tal se obligó á tenerlos en su poder á ley de depósito, y á no entregarlos á persona alguna sin especial mandato del Sr. Juez que de estos autos conoce, ú otro competente, baxo la pena de pagarlos de los suyos, y de las demas en que la incurren los depositarios, que no dan cuenta de los depósitos que la Justicia pone á su cuidado, á todo lo qual se obligó en forma con su persona, y los suyos presentes y futuros, se somete á la jurisdiccion de dicho Señor Juez; lo recibe por sentencia difinitiva pasada en autoridad de cosa juzgada, y consentida; renuncia las leyes y fueros de su favor; otorga depósito en forma; y lo firma con el citado Alguacil, á quienes doy fé conozco, siendo testigos F. F. y F. vecinos de esta Villa, y lo pidió por testimonio para su resguardo, de todo lo qual doy fé.

(*Nota* 1.ª) Quando la obligacion es personal, hipoteca-

ria general, acostumbran algunos de esta Corte trabar la execucion en una alhaja del deudor, en voz y nombre de los demas bienes suyos, y luego en diligencia separada requerirle manifieste mas para mejorarla, ó ampliarla. Yo no repruebo este modo de substanciar, con tal que hagan inmediatamente la mejora, ó continuacion de la traba, ó embargo, pues en este caso es lo mismo que hacerla de una vez en bienes suficientes á cubrir la deuda, décima, y costas, como la diligencia precedente lo demuestra; pero si hacen la traba en una alhaja, y á pretexto de ser hecha en voz y nombre de los demas bienes, no aseguran el débito con la ampliacion, y proceden á continuar las restantes diligencias, no puedo aprobarlo, porque el deudor puede ocultar los demas bienes, y no cumplen con el precepto de la ley, ni del Juez, pues la traba es para asegurar el débito, y la mejora es para su mayor seguridad, por si los bienes embargados no alcanzan á cubrirlo, y la decima y costas; pero por decontado debe asegurarse, y no dar lugar á ocultacion, ni por consiguiente á que el acreedor sea defraudado, lo que prevengo al Escribano para que no se exponga, y aconseje al Alguacil lo que debe hacer. En quanto á las circunstancias en qué se ha de poner en la traba la cláusula: *Por cuenta, y riesgo del executante, ó acreedor*, véase lo explicado en el núm. 124. de este capítulo.

Requerimiento al deudor para que afiance de saneamiento, y prision por no afianzar.

386 Incontinenti el expresado Alguacil requirió al citado N. dé fianza de saneamiento de los bienes executados, pues en su defecto se le pondrá preso; y enterado, respondió no tener persona que le fie, por lo que el citado Alguacil lo aseguró, y conduxo fuera de inmunidad eclesiástica á la cárcel pública de esta Villa, y lo entregó á F. Alcayde, ó Portero de ella, el qual lo sentó por preso en el libro de lo civil á tal folio, y se obligó á tenerlo detenido y seguro, hasta que por el Señor Juez de estos autos otra cosa se mande; y para que conste, lo pongo por diligencia, que firmo con dicho Alguacil, doy fé.

(*Nota* 2.ª) Si el deudor no tiene bienes, es superfluo requerirle que dé la fianza de saneamiento, porque no hay materia sobre que recaiga; y así el requerimiento ha de ser para que

los manifieste, y que por haber respondido que no los tenía, le puso preso el Alguacil. De lo que debe contener esta fianza traté en el núm. 142 de este cap. y en el 7. de mi primera parte, §. fin. num. 182. la tengo estendida, por lo que la omito aquí. Si despues de preso la da á satisfaccion del acreedor, debe acudir con pedimento ante el Juez, expresándolo, y pretendiendo se le ponga en libertad, y el Juez mandarle soltar; lo mismo debe hacer aunque no se haya comunicado al acreedor, respecto á que puede recibirla el Escribano originario por su cuenta, y riesgo, y de su oficio, contra quien repetirá, en caso de que no sea segura, como sentè con legal apoyo en el citado cap. 7. num. 136. Al contrario quando ofrece la fianza, pues entónces es preciso dar traslado al acreedor, para ver si se conforma ó no con ella, y hasta que se conforme, no ha de ser suelto, excepto que el Escribano quiera recibirla por su cuenta, y el auto y mandamiento se estienden en esta forma.

387 (*Auto para la soltura.*) En atencion á haber otorgado esta por la parte la fianza de saneamiento ante el presente Escribano, sea suelto de la prision en que se halla, no estándolo por otra causa; á cuyo efecto se libre el correspondiente mandamiento. El Señor Don F. &c. lo mandó á tantos de tal mes y año.

Mandamiento de soltura.

388 Alcayde, ó Porteros de la Real Carcel de esta Villa, poned en libertad á F. que se halla preso en ella en virtud de mandamiento de execucion despachado por mí tal dia á instancia de F. por tantos mil reales que le debe; y lo cumplid no estándolo por otra causa, pues por mi auto de este dia así lo tengo mandado. Fecho en tal parte, tal dia, mes y año. Don F. por su mandado, F.

(*Nota 3.ª*) Este mandamiento se entrega al Alcayde, ó Porteros de la Carcel, para que les sirva de resguardo, é inmediatamente deben cumplir con lo que por él se les manda, y á continuacion del auto se pone nota de haberse expedido en el mismo dia el mandamiento.

Notificacion de estado.

389 En tal parte á tantos de tal mes y año, yo el Escribano siendo tal hora de su mañana notifiqué el estado de esta execucion á N. en su persona, y le apercibí que si dentro de setenta y dos horas contadas desde la presente (que son tres dias naturales) no pagáre á F. los tantos mil reales porque fué despachada, satisfará á mas de ellos, y las costas la décima parte de lo que importa la deuda principal, y quedó enterado; y asimismo le apercibí si daba, ó no por dados los pregones de la ley, ó queria que se diesen á los bienes executados, y dixo que los daba por dados, y protextaba gozar de su término; esto respondió, doy fé.

Pedimento del acreedor para citar de remate al deudor presente.

390 F. vecino de esta Villa, ante Vm. como mas haya lugar, digo que á mi instancia se despachó execucion tal dia contra N. por tantos mil reales que le presté, y me está debiendo, con cuyo mandamiento se hizo la traba, y notificó su estado en tal dia al deudor, el qual respondió que daba por dados los pregones de la ley, y protextaba gozar de su término; y mediante ser pasado éste, y mucho mas, á Vm. suplico se sirva mandar se le cite de remate en su persona; y no pudiendo ser habido, á su muger, hijos, criados, ó vecinos inmediatos, dexándoles la correspondiente memoria por escrito para los efectos que convengan en justicia, que pido, y para ello, &c.

391 (*Auto.*) Mediante ser pasado el término de los pregones, se cite de remate á N. apercibiéndole conforme á derecho; y no pudiendo ser habido, precedidas tres diligencias en su busca, se dexe memoria por escrito, con expresion de los efectos de la citacion á su muger, hijos, criados, ó vecinos mas cercanos, con la qual se declara por hecha, como si fuese en su persona, para que le pare el perjuicio que haya lugar. El Sr. Don F. lo mandó, &c.

Citacion de remate en persona.

392 En tal parte, á tantos de tal mes y año, yo el Escribano cité á N. reo executado para el remate de los bienes embarga-

dos en su persona, y le apercibí, que si dentro de tres dias primeros siguientes al de esta fecha, no compareciere á mostrar paga, quita, ó razon legítima que lo impida, se procederá sin mas citacion á la subasta, y venta de ellos para el pago de la cantidad principal, décima, y costas, y quedó enterado, doy fé.

(*Nota* 4.ª) Aunque en algunos oficios de esta Corte acostumbran citar de remate sin que el acreedor lo pida, ni el Juez lo mande, tengo por preciso que precedan el pedimento, y auto, lo primero porque la citacion referida no es diligencia que esté comprehendida tácita, ni expresamente en el mandamiento executivo, como la traba, fianza, y notificacion de estado, que son consiguientes á él, y sin otra providencia se hacen; lo segundo, porque el Escribano carece de potestad para citar á nadie sin auto del Juez, como en el núm. 168. dexo expuesto; y lo tercero, porque puede el deudor haber pagado al acreedor, ó compuestose con él; y á mas de que no debe el Escribano ser Agente suyo, no se debe gravar al executado con costas indebidas, por cuyas razones aconsejo que no se cite sin que el acreedor lo pida, y el Juez lo mande.

Pedimento del deudor oponiéndose á la execucion.

393 F. vecino de esta Villa, ante Vm. como mas haya lugar, digo que á pedimento de F. se despachó contra mí mandamiento de execucion por tantos mil reales que dice le estoy debiendo, con cuyo mandamiento se me embargáron bienes, notificó el estado, y citó de remate; y mediante tener que alegar, y excepcionar contra la referida execucion, me opongo á ella: en esta atencion, á Vm. suplico se sirva haberme por opuesto, mandar se me entreguen los autos, y encarguen á ambas partes los diez dias de la ley, pido justicia con costas, y para ello, &c.

394 (*Auto.*) Hase por opuesta á esta parte á la execucion que refiere: á entrambas se encargan los diez dias de la ley, hagaseles notorio. El Señor Don F. lo mandó, &c.

(*Nota* 5.ª) Este auto se notifica al executante, y executado. Este toma primero los autos, y hacen ambos sus probanzas dentro del término, al modo que en el juicio ordinario, segun les conviene. Pasados los diez dias, si piden que se les entreguen las probanzas para alegar, é instruir al Juez, se les deben entregar

por un breve término, y si ninguno los pide, pretende el actor, que respecto ser pasados los diez dias, se sentencie la causa de remate, el Juez llama los autos citando á entrambos, (mediante haber habido oposicion) y pasados tres dias desde el de la última citacion, da su sentencia segun los méritos del proceso, como expuse en el núm. 273. de cuyas diligencias, por ser muy obvias, y faciles, omito la extension, y procedo á la de la sentencia.

Sentencia de remate.

395 En tal Villa, á tantos de tal mes y año, el Señor Don F. &c. habiendo visto los autos executivos que sigue F. contra N. sobre la paga de tantos mil reales procedidos de, &c. dixo que sin embargo de lo expuesto, y excepcionado por parte del nominado N. (*ó mediante no haber comparecido á oponerse, y mostrar paga, quita ó excepcion legítima*) debia mandar, y mandó ir por la execucion adelante, hacer trance, y remate de los bienes executados, y demas que parecieren ser, y pertenecer al prenotado N., y que de su valor se hiciese entero, y cumplido pago de la expresada cantidad, su décima, y costas causadas, y que se causáren hasta que efectivamente se verifique, al nominado F. á cuyo favor, dando previamente la fianza de la ley de Toledo, (*ó de Madrid, segun sea la deuda*) y precedida tasacion de las costas que hasta aquí se le originaron, se expida el correspondiente mandamiento de pago, y por esta su sentencia así lo proveyo, mandó y firmó Don F. ante mí. F.

Mandamiento de pago.

396 Alguaciles de esta Villa, qualquier de vos requerid, y siendo necesario apremiad conforme á derecho á N. vecino de ella á que incontinenti dé, y satisfaga á F. tantos mil reales, por lo que se le executó, tantos de costas procesales hasta aquí causadas, y asimismo la décima correspondiente á F. Alguacil, que hizo, y trabó la execucion, en todo lo qual por mi sentencia de remate de este dia está condenado, y no lo haciendo, y cumpliendo así, le sacad, vended, y rematad sus bienes conforme á derecho, y de su valor, haced el pago de todo, á cuyo efecto requerid igualmente, y siendo necesario apremiad á P. á que en fuerza del

depósito que constituyó tal dia ante F. entregue los bienes embargados, y entregados que sean, los vended, y rematad en el mayor postor, obrando conforme á derecho, y lo cumplid. Fecho en tal parte, á tantos de tal mes y año. Don F. por su mandado F.

397 (*Auto absolviendo al executado.*) En tal Villa, á tantos de tal mes, y año, el Señor Don F. habiendo visto los autos executivos seguidos por F. contra N. sobre paga de tantos mil reales procedidos de un vale que hizo á su favor en tal dia, dixo que sin embargo de lo expuesto y alegado por el referido F. debia revocar, y revoca la execucion despachada contra el citado N. á quien absuelve, y da por libre de la satisfaccion de los tantos mil reales; y en su consecuencia manda se le desembarguen, y entreguen libremente sus bienes, para lo qual se expida el correspondiente mandamiento; y mediante lo que resulta de autos, se condena al expresado acreedor en todas las costas procesales de este pleyto, cuya tasacion en sí reserva, y en la décima para el Alguacil que trabó la execucion; y por esta sentencia así lo declaró, y firmó, &c.

Mandamiento para desembargar los bienes en que se trabó la execucion.

398 Licenciado Don F. &. por el presente alzo, quito, y doy por ningunos los embargos, que á instancia de F. y en virtud de mandamiento executivo por mí expedido en tal dia, refrendado del presente Escribano, hizo el Alguacil F. ante tal Escribano en varios bienes de N. por tantos mil reales; y en su consecuencia mando se requiera á P. depositario de ellos, se los entregue, y haciéndolo, le doy por libre del depósito que constituyó; y se le dé para su resguardo el competente testimonio; pues por mi sentencia de este dia está absuelto el enunciado N. de la satisfaccion de los prenotados tantos mil reales porque se despachó contra él la execucion, lo qual cumpla dicho depositario con apercibimiento. Fecho en tal parte, &c. D. F. por su mandado, F.

(*Nota 6.ª*) Si la execucion se trabó en bienes raices hipotecados especialmente, y se mejoró en los alquileres, ó arrendamientos, requiriendo á los inquilinos, y colonos los retuviesen en su poder á la ley de depósito, se ha de decir en el mandamiento de

de desembargo: *Que se les requiera, acudan, y contribuyan al deudor con los vencidos, y que se vencieren, dándoles por libres igualmente del depósito constituido, y embargo hecho*, y proseguirá como el anterior mandamiento; y en virtud de él se hace el requerimiento, y á su continuacion se estienden las respectivas diligencias, y el executado firma el recibo de los bienes con el Alguacil, y Escribano; y si no sabe firmar, lo hace á su ruego un testigo.

Auto difinitivo declarando no haber lugar á sentenciar la causa de remate, y recibiendo á prueba el pleyto executivo.

399 No há lugar á sentenciar la causa de remate: recíbese este pleyto á prueba por via de justificacion con término de nueve dias comunes á las partes: hágaseles notorio. Con vista de autos lo mandó el Señor Don, &c.

Requerimiento al deudor con el mandamiento de pago.

400 En tal parte, á tantos de tal mes y año, yo el Escribano requerí con el mandamiento de pago anterior á N. deudor, para que pague la cantidad de principal, décima, y costas porque fué despachado en su persona; y enterado, dixo no tiene otros bienes que la casa en que se trabó la execucion, la que consiente desde luego se venda en pública subasta para hacer el pago; esto respondió, y lo firma con dicho Alguacil, doy fé.

Pedimento del acreedor nombrando perito por su parte para la tasacion de la casa executada.

401 F. vecino de esta Villa, en los autos executivos contra N. sobre paga de tantos mil reales, su décima, y costas, digo que en estos autos se dió sentencia de remate, y despachó el correspondiente mandamiento de pago, y habiéndole requerido con éste pagase la precitada suma, respondió no tenia otros bienes para su satisfaccion que la casa embargada, la que consentia se vendiese en pública subasta; y mediante á que para venderla es preciso se valúe por personas inteligentes, nombro por mi parte á este efecto á F. Maestro Alarife de esta Villa; en cuya atencion,

á Vm. suplico se sirva haberle por nombrado, y mandar que el deudor nombre por la suya otro, ó se conforme con el propuesto, y no haciendo uno ú otro, nombrarlo de oficio en su rebeldía, para que los dos juntos valúen la prenotada casa, y que hecha su valuacion, se saque al pregon por los términos del derecho, pues así es justicia, que pido, y para ello, &c.

402 (*Auto.*) Para la tasacion de la casa que el pedimento refiere, se hí por nombrado á F. Maestro Alarife: notifiquese á N. que dentro de segundo dia nombre otro por su parte, ó se conforme con el propuesto, con apercibimiento que se nombrará de oficio, y hecho que sea, precedida citacion de ambas partes, se tase la casa que se expresa ante qualquier Escribano de S. M. á quien se dá comision; y evaquada su tasacion, se saque al pregon por el término de la ley, y se admitan las posturas y mejoras que se hicieren conforme á derecho, y fixen cédulas en los parages públicos. El Señor Don F. lo mandó, &c.

Notificacion al deudor.

403 En tal parte, á tantos de tal mes y año, yo el Escribano notifiqué el auto precedente á N. en el contenido en su persona, y enterado, dixo que se conforma con el nombramiento hecho por F. su acreedor, por evitar mayores gastos: esto respondió, y lo firma, de que doy fé.

(*Nota* 7.ª) Si el deudor no se conforma, y quiere nombrar otro, lo puede hacer por pedimento; y si nada hace, le acusará la rebeldía el acreedor, y el Juez la habrá por acusada, y nombrará otro de oficio á costa de los bienes del deudor, para que junto con el electo por el acreedor, hagan la tasacion, y se proceda á la venta, y subasta decretada.

Notificacion y aceptacion de los peritos.

404 En tal parte, á tantos de tal mes y año, yo el Escribano notifiqué el auto precedente (ó los autos de tal, y tal dia) á F. y F. (ó á uno solo sino hubiere mas) Maestros de Obras en esta Villa en sus personas, y enterados, dixéron que aceptan el nombramiento que les está hecho, y se obligan á practicar bien, y fielmente segun su saber y entender, sin agraviar á las

partes, la tasacion para que están nombrados: esto respondiéron, y lo firman, doy fé.

Citacion á las partes para la tasacion.

405 En tal parte, á tantos de tal mes y año, yo el Escribano cité con el auto, ó autos de tal dia para efecto de hacer la tasacion que en ellos se manda, á F. y á N. en él contenidos, en sus personas, doy fé.

Tasacion de la casa.

406 En tal parte, á tantos de tal mes y año, yo el Escribano en consecuencia de la comision que me está conferida por el auto de tal dia, recibí juramento por Dios nuestro Señor, y una señal de cruz en forma de derecho de F. y F. Maestros Alarifes en esta Villa, quienes lo hiciéron conforme á derecho, y baxo de él dixéron haber visto, medido, y reconocido una casa que está en tal parte, y tiene tales linderos, &c. (*aquí se expresará lo que digan en su declaracion los Maestros, y luego concluirá*) cuya tasacion declaráron haber hecho bien, y fielmente segun su inteligencia, sin hacer agravio á las partes, baxo del juramento fecho, en que se afirmáron, ratificáron, y lo firmáron, y expresáron ser F. de tantos años, y F. de tantos de edad poco mas ó ménos, de que yo el Escribano doy fé.

(*Nota* 8.ª) Algunas veces discordan los perítos, y cada uno hace su declaracion separada. En este caso las partes pueden pedir al Juez nombre tercero en discordia, con el que se practican las propias diligencias, y con vista de las declaraciones de los dos, hace la suya, y luego se dan los pregones de la ley por treinta dias útiles, ó mas, segun parece al Juez, y fixan edictos, ó cédulas en la forma siguiente.

407 (*Pregones para la venta*). En tal parte, tal dia, mes y año F. Pregonero de esta Villa, estando á las puertas del Oficio de mí el Escribano, (ó de la Audiencia del Juzgado de ella, dió un pregon en altas, é inteligibes voces, diciendo: Quien quisiere comprar una casa sita en tal calle, y propia de N. que se vende de órden de la Justicia, para hacer pago á sus acreedores, y está tasada en tantos mil reales, acuda al Oficio de F. Escribano del Número de esta Villa, que se le admitirán las posturas, y mejoras que hiciere, y no hubo postor, doy fé. F.

408 (*Otro pregon*). En tal Villa á tantos de tal mes y año, por ante mí el Escribano el citado F. Pregonero estando en tal parte, dió otro pregon como el anterior, y no hubo postor, doy fé, F.

(*Nota* 9.ª) Todos los pregones que se dén, se han de ir extendiendo por dias con arreglo á los antecedentes, hasta que haya postor á la cosa que se subasta, el qual debe hacer la postura por pedimento, y no admitírsele faltando las circunstancias explicadas en el num. 300. Las cédulas han de contener lo mismo que los pregones, ponerse á su continuacion la fé de su fixacion, y extenderse en esta forma.

409 (*Cédula*). Quien quisiere hacer postura á una casa sita en tal calle, propia de N. que está tasada en tantos mil reales, y se vende judicialmente para pagar á sus acreedores, acuda al Oficio de F. Escribano del Número de esta Villa, que se le admitirán las posturas que hiciere.

410 (*Fé de Fixacion*). Doy fé que en este dia fixé tantas cédulas como la anterior, una en tal parage, otra en tal, y otra en tal, &c. y para que conste lo pongo por diligencia, que firmo en esta Villa de tal á tantos de tal mes y año, F.

Pedimento haciendo postura.

411 Antonio, vecino de esta Villa, ante Vm. como mas haya lugar, digo ha llegado á mi noticia que por el Oficio del presente Escribano, y en virtud de providencias de Vm. se está pregonando una casa propia de N. sita en tal calle, á la qual hago postura, y doy por ella tantos mil reales con las siguientes condiciones: que dentro de tantos dias se ha rematar en mí la citada casa, y aprobar el remate dentro de tantos despues que se celebre, y pasado este respectivo término, queda á mi arbitrio el cumplimiento de esta postura, y de ningun modo obligado á ella. Que he de poder cederlo á qualquier persona que no tenga prohibicion de adquirir, y á su favor, ó al mio, si no lo cediere, se ha de otorgar venta judicial, y entregarseme su copia original con todos los títulos de pertenencia de la citada casa, sin que falte el mas leve; y aunque la Escritura se celebre á mi favor, he de poder declarar dentro de tantos dias siguientes á su otorgamiento á qué persona pertenece dicha casa, y con qué orden y caudal hice la postura, sin que por la cesion, ni declaracion se cause alcabala. Que de los tantos mil reales en que hago esta postura, se han de deducir todas las cargas reales,

perpetuas, y al quitar, á que esté afecta, é hipotecada la nominada casa, los réditos que de sus capitales estén debiendo, y la alcabala que por esta venta se deba, con mas todos los derechos de autos y diligencias, pregones y remate, y su aprobacion, los de la Escritura de venta, y su copia, papel sellado y blanco, como tambien lo que cueste sacar los títulos que falten, y demás, sin que yo esté obligado, ni pueda ser compelido á depositar, ni entregar mas que el líquido precio, y residuo que quede, hechas previamente todas las deducciones expresadas, ni los acreedores del citado N. tengan el menor regreso, ni repeticion contra la prenotada casa, ni contra mí, ni mis herederos en tiempo alguno, aunque el precio en que se remate no alcance ni con mucho á reintegrarles de sus créditos, ó queden enteramente sin su importe. Con cuyas condiciones, y no en otros términos hago la referida postura, y me obligo á cumplirla, y en esta atencion, á Vm. suplico se sirva admitirla, y á su tiempo celebrar el remate de la mencionada casa, pues así es justicia que pido, y para ello, &c.

412 (*Auto*). Admitese esta postura quanto há lugar en derecho; hagase notoria al deudor, é interesados, y continúense los pregones por quince dias mas: el Sr. Don F. lo mandó.

(*Nota* 10.ª) Este auto se debe hacer notorio al deudor, y á los acreedores, y si el postor no es abonado, debe decirse en él: *Que asegurando la postura con persona que lo sea, y se obligue en forma á cumplirla, se le admite, &c.* Los pregones se han de continuar, diciendo: *Quien quisiere hacer puja ó mejora en una casa sita en tal calle, propia de N. que está mandada vender por la Justicia, para hacer pago á sus acrreedores, se halla tasada en tantos mil reales, y dan por ella tantos mil, acuda, &c.* y lo mismo han de contener las cédulas que nuevamente se fixen. Si se hicieren otras posturas, se admitirán, y en los pregones se expresarán las pujas, y cumpliendo el término de ellos, pedirá el último postor, ó pujante se señale dia para el remate, cuyo pedimento hará á la similitud del siguiente.

Pedimento pretendiendo se señale dia para el remate.

413 Antonio vecino de esta Villa, ante Vm. como mas haya lugar, digo que en tal dia hice postura con varias calidades y condiciones á una casa propia de N. que se ha estado subastando

para hacer pago á sus acreedores, cuya postura me fué admitida, y una de las condiciones fué, que dentro de tantos dias se habia de rematar, y mediante haberse estado pregonando en ellos, y en muchos mas, y no haber habido quien hiciese mejora; á Vm. suplico se sirva señalar el dia y hora que sea de su agrado para el remate de la mencionada casa, pues verificándose en mí, estoy pronto á cumplir con lo que en mi postura tengo ofrecido: pido justicia, y para ello, &c.

414 (*Auto*). Se señala para el remate de la casa que refiere el pedimento, el dia tantos de este mes á tal hora en la Audiencia del Juzgado de esta Villa, al que está pronto á asistir su merced: hagase notorio á los interesados, y en el ínterin se continúen los pregones, y vuelvan á fixar cédulas con expresion de este señalamiento, y se admitan las pujas y mejoras que se hagan: el Sr. Don F. lo mandó, &c.

(*Nota* 11.ª) Este auto se notifica al deudor, acreedores y postor, ó postores que haya, se fijan inmediatamente las cédulas con expresion de la alhaja, su valor, precio que dan por ella, y dia en que se ha de rematar, para que llegue á noticia de todos, y se pone la fé de fijacion como en las anteriores, bien que si el Juez no manda que se fijen, se omitirán. Si en el acto del remate hubiere pujas, se admitirán, sin que los pujantes necesiten dar pedimento, pues basta hacerlas verbalmente, y el remate se extiende en esta forma.

Remate de la alhaja raiz perteneciente al deudor.

415 En tal Villa á tantos de tal mes y año, siendo tal hora, y estando en la Audiencia de su Juzgado el Sr. D. F. su Corregidor, compareció F. Pregonero público de ella, y en altas, é inteligibles voces dió un pregon, diciendo: *Quien quisiere hacer puja y mejora en una casa sita en tal calle, propia de N. que se vende judicialmente, para hacer pago á sus acreedores, dan por ella tantos mil reales con diferentes calidades y condiciones, y se ha de rematar ahora en el mayor postor, venga á esta Audiencia, que se le admitirán las que haga*; y así prosiguió repitiendo varias veces este pregon, y añadiendo: *Vengan á este remate, que se vá á encender la primera candela de cera*, la que con efecto fixó el citado Pregonero en la puerta de la Audiencia, y continuó los pre-

gones, diciendo: *Vengan á este remate, que está puesta la primera candela*; á cuyo tiempo compareció Juan de tal vecino de esta Villa, y de tal exercicio, que vive en la calle de tal, y dixo que hacia mejora de tantos reales, dexando puesta la casa en tantos mil con las calidades y condiciones de la primera postura, y le admitió dicho Señor Juez esta puja, y el Pregonero continuó los pregones, refiriéndola, y que estaba puesta la segunda candela (*si hubiere mas mejoras se relacionarán como la anterior, y sobre cada una darán los respectivos pregones, hasta que se apague la tercera candela, ó mas, segun el Juez mande, y haya pujas, y luego proseguirá el Pregonero*) que apercibo el remate á la una, á las dos, á la tercera; y respecto no haber quien dé por la referida casa mas que los tantos mil reales que ofreció Juan, buen provecho, y buena pró le haga, con lo qual quedó rematada en el expresado Juan en los tantos mil reales en que la puso; y estando presente, dixo que acepta este remate, y se obliga á cumplir las condiciones que contiene el pedimento presentado por Antonio primer postor, y á depositar en dinero efectivo luego que se le mande, la cantidad líquida que deba, á todo lo qual se obliga con su persona, y bienes muebles, raices, derechos y acciones presentes y futuros, dá amplio poder al Señor Juez que es, ó fuere de esta Villa, para que á cumplirlo le compela como por sentencia difinitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, que por tal lo recibe; renuncia las leyes y fueros de su favor, y así lo otorga y firma, á quien doy fé conozco, siendo testigos F. F. y F. vecinos de esta Villa, y otras muchas personas que se hallaron presentes á este remate; y tambien lo firma el expresado Señor Corregidor, de todo lo qual doy fé.

(*Nota* 12.ª) Este remate se hace notorio á todos los interesados, y pasados tres dias despues de la última notificacion, si nada dicen, les acusa la rebeldía el comprador, y pide se apruebe, que haga liquidacion de cargas, y se le despache la venta. Si en el Pueblo hubiere costumbre de hacer los remates con otras señales, y no con candelas, se observará, pues estas no son precisas para su validacion, y solo por estilarse en esta Corte extendí el anterior con ellas. Si el Juez no pudiere asistir, se expresará en el auto de señalamiento, dando comision al Escribano originario, para que lo celebre, y admita las pujas que se hagan, pues por faltar su presencia, no lo anula el derecho, ni tampoco por no asesorarse

para hacerlo y aprobarlo si es lego, se anulará, si está hecho con la pureza, y solemnidades legales.

Pedimento para la aprobacion del remate.

416 Juan de tal vecino de esta Villa, ante Vm. como mas haya lugar, digo que en tal dia se remató en mí como mayor postor una casa propia de N. sita en tal calle, en tanta cantidad, con diferentes calidades, una de las quales fué, que celebrado el remate se habia de aprobar; y respecto haberse hecho saber éste á todos los interesados, y no haberse opuesto, ni dicho cosa alguna contra él, sin embargo de ser pasado el término en que debieron hacerlo, les acuso la rebeldia; por lo que á Vm. suplico se sirva haberla por acusada, y en su conseqüencia aprobar el citado remate, y mandar que el presente Escribano haga liquidacion de las cargas que tenga contra sí la mencionada casa, para lo que se notifique al deudor presente sus títulos en su Oficio, á lo que se le apremie, y aprobada que sea, se me despache venta judicial en forma, pues estoy pronto á depositar lo líquido en la parte, ó persona que Vm. señale: pido justicia, y para ello, &c.

417 (*Auto de aprobacion del remate*). Hase por acusada la rebeldía, y se aprueba el remate hecho á favor de esta parte de la casa que refiere. El presente Escribano haga liquidacion de sus cargas, y evacuada se traiga, y á efecto de executarla como corresponde, se notifique á N. presente en su Oficio los títulos de su pertenencia dentro de segundo dia, y no lo haciendo, se le apremie á su entrega. El Señor Don F. lo mandó &c.

(*Nota* 13.ª) Este auto se hace saber á todos los interesados, para que conste la aprobacion del remate, y al deudor ó persona que le represente, que presente los títulos de pertenencia, á fin de hacer liquidacion de las cargas que tenga la finca subastada, de las que, de los autos seguidos, y de la sucesion que resulte de los mismos títulos, se puede, y convendrá hacer relacion por presupuestos para su mayor claridad en la forma siguiente.

Liquidacion de las cargas que contra sí tiene la finca vendida.

418 Cumpliendo con lo mandado en auto de tal dia, proveído por el Señor Don F. Corregidor de esta Villa, yo F. Escribano de su Numero, con vista de estos, y de los títulos de propiedad y pertenencia de una casa propia de N. sita en tal calle, procedo á formar liquidacion y deduccion de sus cargas, y demás que se deben hacer del precio en que se remató; y para su mayor claridad presupongo.

Lo primero, que la referida casa perteneció en lo antiguo siendo sitio erial, á P. quien la edificó, y por su muerte, que acaeció en tal dia baxo del testamento que en tal habia otorgado ante tal Escribano, en el que instituyó por su único heredero á D. su hijo, recayó en éste, el qual la vendió á M. por Escritura otorgada en tal dia, mes y año, ante F. Escribano, en precio de tantos mil reales, *aquí proseguirá la relacion de los títulos hasta el executado.*

Lo segundo, que el citado N. impuso sobre la mencionada casa dos censos al quitar, el uno de tantos mil reales de principal á favor de P. por Escritura de tantos de tal mes y año, de cuyos réditos á tres por ciento se le están debiendo hasta este dia, segun el último recibo, tantos reales; y el otro de tantos tambien de principal al propio premio anual, de que formalizó la correspondiente Escritura censual á favor de tal Capellanía, en tal dia, mes y año, ante tal Escribano, y de sus réditos hasta este mismo dia se le deben tantos reales.

Y últimamente presupongo, que con motivo de estar debiendo el expresado N. tantos mil reales á F. en virtud de Escritura de obligacion que en tal dia otorgó á su favor, pidió execucion contra él en tal dia por ellos, la que se despachó, y seguida por sus trámites regulares, se sentenció la causa de remate, y despachó el correspondiente mandamiento de pago, con el que habiéndosele requerido, y respondido que ni tenia dinero, ni otros bienes que la citada casa, consentia se le vendiese para hacerlo al acreedor: en vista de esto, y precedida tasacion en tantos mil reales, por peritos que éste, y el deudor eligieron, se mandó sacar al pregon por el término de la ley; y pasado, se señaló el dia tantos para su remate, el que se celebró con la so-

lemnidad de Ley en tantos mil reales á favor de Juan de tal vecino de esta Villa, con varias calidades, entre las quales fué una: que se habian de baxar las cargas perpetuas, y al quitar, á que estuviese afecta, y los réditos que de ellas estuviese debiendo, como tambien la alcabala que por su venta se causase, y todos los derechos judiciales, sin estár obligado á entregar, ni depositar mas que lo líquido que quedase, despues de hechas todas las referidas deducciones, y posteriormente por no haber expuesto cosa alguna contra él los acreedores, ni deudor, sin embargo de haberseles comunicado, se aprobó en tal dia por el mencionado Señor Corregidor, y mandó hacer liquidacion de ellas, la que con estos presupuestos executó en la forma siguiente.

Valor de la casa subastada.

La enunciada casa se ha rematado en el citado Juan en precio de tantos mil reales de vellon, como queda expuesto, de los quales se hacen las siguientes deducciones..... ₰ooo.....

Baxas de este precio.

Se baxan del precio de dicha casa tantos mil reales capital de un censo al quitar, que el nominado N. impuso sobre ella, como queda expresado en el segundo presupuesto..... ₰ooo.....

Id. tantos mil reales, importe de los réditos del expresado censo, vencidos desde tal dia hasta el presente..... ₰ooo.....

Id. tantos mil reales, capital de otro censo referido en dicho presupuesto..... ₰ooo.....

Id. tantos por los réditos del mencionado censo, corridos desde tal dia hasta hoy..... ₰ooo.....

Id. tantos reales á que ascienden los derechos de la alcabala, que por esta venta se causa, baxados los capitales de ambos censos..... ₰ooo.....

Total de cargas..... oo₰ooo.....
Precio de la casa..... oo₰ooo.....

Quedan líquidos..... oo₰ooo.....

Importan á una suma las partidas anteriores tantos mil reales de vellon, que deducidos de los tantos mil reales de vellon, en que se remató la prenotada casa, quedan líquidos tantos mil, los que deberá depositar el comprador, para hacer pago al executante, y demas interesados; en cuya conformidad concluyo esta liquidacion, que segun mi inteligencia, formé sin causar agravio alguno á los interesados, por lo que la firmo en esta Villa de tal, á tantos, &c.

419 (*Auto*). De la liquidacion precedente se comunica traslado á los interesados, para que dentro de tercero dia expongan lo que les convenga: El Señor Don F. Corregidor de esta Villa de tal, lo mandó á tantos, &c.

(*Nota* 14.ª) Notificado este auto al comprador, y demas interesados en la finca vendida, si en el acto de la notificacion respondieren que se conforman con la liquidacion, y que se proceda á su aprobacion, se les debe admitir la respuesta, que firmarán si saben, y sino la consentirán por pedimento; pero si quieren tomar los autos, se les entregarán, y por pedimento se confirmarán, ú opondrán los reparos que les ocurran. Sino los tomáren, ni se conformáren, les acusará la rebeldía el comprador, pasados los tres dias contados desde la última notificacion, y pretenderá se apruebe, y nombre la persona en quien ha de depositar lo líquido del precio de la finca, y que ínterin se le despacha la venta de ella, se le dé posesion, expidiendo á este efecto el correspondiente mandamiento, á cuyo pedimento debe decir el Juez: *Por acusada la rebeldía: autos citadas las partes*; y pasados otros tres dias despues de la última citacion con este auto, proveerá el siguiente

Auto por el que se aprueba la liquidacion, y manda dar posesion de la finca al comprador.

420 En tal Villa, á tantos de tal mes y año, el Señor Don F. Corregidor de ella, habiendo visto estos autos, y la liquidacion de cargas de la casa que en ellos se enuncia, executada por el presente Escribano, dixo que mediante no haber expuesto cosa alguna contra ella los interesados, la debia aprobar, y aprueba en todo y por todo, los condena á que estén, y pasen por su con-

testo, y manda que Juan de tal, en quien se remató la mencionada casa, deposite en poder de Francisco los tantos mil reales que resultan de líquido pago, para completar el precio de su remate, con cuyo depósito declara haber cumplido con su total pagamento, y le dá por libre de su responsabilidad; y hecho, interin se formaliza la escritura de venta competente, se le dé posesion de la nominada casa, á cuyo fin se expida el mandamiento correspondiente; y por este su auto así lo proveyó, mandó, y firmó.

(*Nota* 15.ª) Este auto tiene fuerza de difinitivo sobre el punto que incluye, y así es apelable; por lo que ántes de proceder al depósito, conviene que se declare por pasado en autoridad de cosa juzgada en los términos explicados en el capítulo primero de este libro, núm. 565; lo qual no será necesario, si se conforman con la liquidacion, porque entonces recae la aprobacion sobre su conformidad, y en el mismo auto se debe expresar. Omito estender el depósito, por tenerlo estendido en el capítulo 7. §. final número 178. y tambien la posesion, por estarlo en el mismo libro §. fin. núm. 130. de mi primera parte adiccionada, adonde remito al principiante, y procedo á la extension del mandamiento para darla, previniendo, que este depósito se estiende en los mismos autos sin necesidad de hacer protocolo de él, insertándose en la escritura de venta, para que en ella conste el pago.

Mandamiento para dar posesion de la casa vendida.

421 Alguaciles de esta Villa, qualquier de vos, dad á Juan de tal, vecino de ella, ó á quien su poder hubiere la posesion Real, actual, corporal, vel quasi en forma de una casa propia de N. sita en tal calle, que para hacer pago á sus acreedores, se vendió en virtud de providencias mias en pública subasta, y remató en el enunciado Juan, al qual, á consecuencia de haber depositado su líquido valor, deducidas cargas, corresponde su goce, y aprovechamiento desde tal dia en que hizo el depósito, y le amparad y defended en ella, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, imponiendo pena de prision, y de cincuenta mil maravedís para la Cámara de S. M. á quien se la perturbe. Asimismo reque-

rid á los inquilinos declaren lo que pagan por sus viviendas, exhibiendo cada uno su último recibo, y que con lo que desde el citado dia tantos han devengado, y devengáren en ellas, acuda al prenotado Juan, ó á quien le represente, y no á otra persona alguna, pena de volverlo á pagar, y lo cumplid. Fecho en tal parte, á tantos; Don F. por su mandado, F.

(*Nota* 16.ª) Con este mandamiento pasan el Alguacil y Escribano, acompañados del comprador, á darle posesion, y requerir á los inquilinos como en él se ordena, poniendo á su continuacion todas las diligencias, y entregándoselas originales, para que le sirvan de título de pertenencia, pues en los autos ninguna falta hacen: si los inquilinos piden testimonio de su respectivo requerimiento, se le debe dar el Escribano con la competente relacion, que por ser cosa muy fácil, y evitar prolígidad, omito su extension. Muchas veces, ántes ó despues de tomar la posesion el comprador, suele ceder el remate á favor de otro con arreglo á lo estipulado en su postura, y otras veces despues de estar despachada á su favor la venta judicial, declarar que hizo la compra con dinero ageno, expresando la persona, y que por esta razon le pertenece la cosa comprada, en cuyos casos no se causa nueva alcabala, si así se pactó; y la cesion del remate, y declaracion se estiende de esta suerte.

Cesion del remate de la casa comprada.

422 En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el Escribano, y testigos, Juan de tal, vecino de ella, dixo: que con motivo de estarse subastando judicialmente por mi Oficio una casa sita en tal calle, propia de N. para hacer pago á sus acreedores, hizo postura á ella en tantos mil reales con varias calidades y condiciones, entre las quales fué una, que habia de poder ceder el remate á la persona que quisiese, y en cabeza de ésta despacharse la venta judicial, cuya postura le fué admitida; y señalado dia para él, se celebró en el otorgante como mayor postor, se hizo liquidacion de cargas, por la que resultó deber desembolsar tantos mil reales, los que efectivamente depositó; y en su consecuencia se le dió la posesion de la citada casa, segun mas por menor resulta de los autos obrados, á que se remite; y

mediante haber hecho la postura, y practicado todo lo demas por encargo, y con dinero de P. desde luego para que siempre conste; otorga, confiesa, y declara que la postura que hizo en tantos mil reales a la casa referida, y el depósito de tantos mil líquidos, y todo lo demas que en estos autos ha executado, fué con órden expresa, y caudal propio de P., y que por consiguiente ningun derecho le corresponde á ella; y si por haber prestado su nombre, y practicado todo lo demas expresado, adquirió alguno, desde ahora para siempre se desapodera, desiste, quita, y aparta de él, y lo cede, renuncia, y traspasa íntegramente en el nominado P. quiere que la posesion que se le ha dado, se estime haberla tomado en su nombre, y como su mandatario; y suplica al Señor Juez que conoce de los autos relacionados, que en virtud de esta cesion, y con insercion de ella se sirva otorgar, y despachar en cabeza, y á favor del prenotado P. y de sus herederos y sucesores la correspondiente escritura de venta de dicha casa, como que por haber desembolsado su precio, le pertenece en posesion y propiedad. Y se obliga á haber por firme, y no revocar, ni reclamar con pretexto alguno esta cesion; y si lo hiciere, á mas de no ser oido judicial, ni extrajudicialmente, consiente se le repela en juicio, y condene en costas, como á quien pretende lo que por ningun título le toca, y sea visto por lo mismo haberla hecho, y ratificado con mayores vínculos, y firmezas, añadiendo fuerza á fuerza, y contrato á contrato. Y al cumplimiento de éste obliga sus bienes muebles, raices, derechos, y acciones, &c. *Aquí las generales.*

(*Nota* 17.ª) Con copia de esta escritura ha de acudir el cesonario al Juez, presentándola con pedimento, pretendiendo que en consecuencia de lo que de ella resulta, despache á su favor la venta, y le mande entregar todos los títulos de pertenencia de la finca comprada, á lo que debe deferir, previniendo que en la venta no solo se deben relacionar por mayor los autos seguidos, sino tambien sacar copia testimoniada de ellos, y unirla á su protocolo para documentarla, pues los originales no conviene se protocolicen, porque puede suceder que con el tiempo venga algun acreedor á pedirlos, y si están protocolados, no se le podrán entregar. Despues de otorgada la venta, ó ántes, pueden ocurrir el executante, y demas interesados á pedir libramiento para el

cobro de sus respectivos créditos, el que se les manda despachar contra el depositario del caudal, y se estiende en la forma que el siguiente. La de venta es lo mismo que otra qualquiera en sus cláusulas, y firmezas, á excepcion de su introduccion, y conclusion, que por tenerlas puestas en el cap. 10. num. 122. §. final de mi primera parte, y evitar repeticion, omito estenderlas aquí. Las propias cláusulas en quanto á lo dispositivo debe contener qualquiera escritura de cesion de venta extrajudicial, excepto que no se ha de hablar de remate, ni autos, porque no los hay.

Libramiento para hacer pago á un acreedor.

423 D. F. Corregidor de esta Villa de tal, &c. Francisco de tal, en cuyo poder se halla depositado el precio líquido de una casa propia de N. sita en tal calle, que se vendió en virtud de providencias mias, para hacer pago á sus acreedores, luego que con este libramiento sea requerido, dará y pagará á F. tantos reales, que por tal escritura, (ó lo que sea) parece se le están debiendo, con el qual, y con recibo, ó carta de pago de su importe, serán bien satisfechos, y se le abonarán en cuenta del depósito que constituyó tal dia ante el presente Escribano, y hasta en la referida cantidad se le declara por libre de su responsabilidad; y lo cumpla, pues por auto de este dia así lo tengo mandado. Fecho en esta dicha Villa, á tantos, &c. D. F. Por su mandado, F.

(*Nota* 18.ª) Con arreglo á este libramiento se pueden estender todos los que ocurran, mudando la cantidad, y persona solamente, y se entregarán originales con copia de la carta de pago al depositario para su resguardo. El libramiento que se despache en concurso, ú ocurrencia de acreedores, ha de contener la circunstancia que el que para modelo estenderé en el capítulo 3. de este libro.

Pedimento para que se adjudiquen in solutum *al acreedor los bienes executados.*

424 F. vecino de esta Villa en los autos executivos instaurados contra N. sobre la satisfaccion de tantos mil reales proce-

didos de tal cosa, ante Vm. como mas haya lugar, digo: que por la referida cantidad, su décima, y costas se despachó mandamiento de execucion, que se trabó en una casa suya, sita en tal calle, y seguida la causa por los trámites regulares, se sentenció de remate, y libró el correspondiente mandamiento de pago. Posteriormente por no haberla satisfecho, se mandó tasar y vender la mencionada casa, la que se ha estado pregonando por el término legal, y mucho mas, sin que hubiese quien hiciese postura á ella; y mediante que la tasacion de la nominada casa es de tantos mil reales, y mi crédito, inclusas las costas que se me causáron hasta aquí, asciende á tantos, desde luego me allano á recibir en parte de pago de su total la expresada casa por la cantidad que deducidas cargas perpétuas, y al quitar con sus créditos, y los demas gastos judiciales que se hayan hecho, y hagan, quede líquida, con tal que se me reserve mi derecho, á fin de que pueda repetir por el resto contra qualesquiera bienes que se descubra pertenecer al referido N. hasta el total reintegro de mi crédito. En esta atencion, á Vm. suplico se sirva admitirme este allanamiento, mandar que el presente Escribano haga liquidacion de las cargas que tenga la enunciada casa, y por lo líquido que resultáre, adjudicármela en parte de pago de mi crédito, despachando á mi favor la escritura de adjudicacion correspondiente, con entrega de su copia, y títulos íntegros de su pertenencia, y reservándome mi derecho para usar de él por el resto al cumplimiento á mi crédito contra el nominado N. y sus bienes; pido justicia, y para ello, &c.

(*Nota* 19.ª) Este pedimento se dá así quando la finca raiz executada tiene cargas, pues no teniéndolas es superfluo pedir se haga liquidacion. En el caso de que las tenga, se manda que el Escribano originario la execute, y evacuado se comunique al deudor y acreedor, ó acreedores, y despues de aprobada como la anterior, se provee el siguiente

Auto de adjudicacion in solutum *de alhaja raiz.*

425 En tal Villa, á tantos, &c. el Señor Don F. Corregidor de ella, en vista de lo pretendido por F. dixo que mediante haberse pregonado por los términos del derecho, y mucho mas la

casa propia de N. sita en tal calle, sin que nadie compareciese á hacer postura á ella, y por esta razon allanarse el citado F. á recibirla por lo liquido que quede de su valor, baxadas cargas, se la adjudicaba, y adjudicó en posesion y propiedad para siempre por tanta cantidad, que es la que segun la liquidacion practicada por el presente Escribano, resulta quedar del valor que en la tasacion se la dió; cuya adjudicacion le hace en parte de pago de tantos mil reales que importa la deuda, porque se expidió contra el enunciado N. la execucion, su décima, y costas, y manda se despache á su favor la correspondiente escritura de adjudicacion con los insertos necesarios, y que se le dé la posesion de ella, y se le entreguen los títulos de su pertenencia, requiriendo á sus inquilinos le acudan con sus alquileres vencidos hasta tal dia (*que será el de la fecha de la liquidacion*) y que se vencieren en lo sucesivo como á dueño y poseedor legítimo y verdadero; pues para la validacion de todo interpuso su merced su autoridad y decreto judicial quanto puede, y há lugar en derecho. Y por lo respectivo á los tantos mil reales en que queda descubierto, se le reserva el suyo para que use de él, cómo, y contra quien le convenga, y por este su auto así lo proveyó, mandó, y firmó. Don F. &c.

(*Nota* 20.ª) En la liquidacion que se haga de cargas, se deben incluir por aumento de caudal del deudor los alquileres, ó arrendamientos de la finca raiz executada, que se adjudica *in solutum*, hasta el dia en que la liquidacion se concluye; y si se vende, hasta el en que el comprador en quien se remató, deposita el precio, pues desde entónces deben ceder á su favor, porque cumplió con quanto estaba de su parte, y no es justo que se esté sin dinero, alhaja, ni frutos. En caso que la finca, ó bienes raices adjudicados existan en otra jurisdiccion, se ha de expedir requisitoria á sus Justicias para que le dén la posesion de ellos, y prevenirse así en el auto de adjudicacion.

Auto de adjudicacion in solutum *de bienes muebles.*

426 Mediante haberse pregonado por tantos dias los bienes embargados á N. y depositados en tantos de este mes, á consecuencia del mandamiento de execucion expedido contra él por tanta cantidad, su décima y costas, á instancia de P. su acreedor

sin que haya habido quien diese por ellos su justo precio, y allanarse dicho P. á tomarlos por su tasa, importante tantos reales; se le adjudican por éstos en cuenta, y parte de pago de su crédito. Requierase á B. depositario de ellos se los entregue, con lo qual se le declara por libre del depósito que constituyó en tal dia ante tal Escribano; y para título legítimo se dé al nominado P. testimonio de este auto con expresion individual de los bienes, sus precios, y demas conducente al que interpone la autoridad judicial quanto há lugar en derecho, reservándose al P. el suyo para que por el residuo de su crédito use de las acciones que le competan contra quien le convenga El Señor Don F. Corregidor de esta Villa de tal, lo mandó, &c.

(*Nota* 21.ª) Sucede algunas veces que la cantidad por que se despacha la execucion no es muy quantiosa, por cuya razon, y por ser menor inconveniente que el acreedor se espere algun tiempo en reintegrarse de su crédito, que el que se haga al deudor la extorsion y perjuicio de venderle la hipoteca de la deuda, ú otros bienes raíces; pretende el mismo acreedor que se le dé posesion prendaria de ellos; (que viene á ser posesion del derecho de percibir sus frutos, y rentas hasta hacerse pago, sin exigir décima, ni otra cosa por el trabajo de la cobranza, porque hace su propio negocio, y por hacerlo nadie debe apremiarle) en cuyo caso defiere el Juez á su solicitud, con calidad de que lleve cuenta, así de lo que perciba, como de lo que pague, y para la utilidad y conservacion de los bienes gaste en obras, y reparos, á fin de darla siempre que se la pida su acreedor: y que á este efecto se requiera á los inquilinos y colonos le acudan con los alquileres y arrendamientos que estén debiendo, y debieren, y se libre el correspondiente mandamiento, el qual, y el auto que debe precederle, se estienden en la forma siguiente:

Auto en que se manda dar posesion prendaria al acreedor.

427 En atencion á lo que esta parte expone, se la dé posesion prendaria de los bienes que refiere, para que con su producto se reintegre de tantos reales, importe del principal y costas por que se sentenció esta causa de remate, con calidad de llevar cuenta de lo que perciba y gaste en utilidad y conservacion de dichos

bienes, siempre que se le pida y mande, á cuyo efecto se libre el correspondiente mandamiento, con el que se requiera á sus inquilinos y colonos le contribuyan con lo que estén debiendo, y debieren. El Señor Don F. Corregidor, &c.

Mandamiento de posesion prendaria.

428 Alguaciles de esta Villa, qualquier de vos dad á F. la posesion Real, corporal, vel quasi en forma de una casa propia de N. sita en tal calle, para que la goce por derecho de prenda, percibiendo sus alquileres hasta que se reintegre de tanta cantidad de principal, y costas procesales porque proferí sentencia de remate, y expedí mandamiento de pago en tal dia contra el citado N., cuya posesion le dad sin perjuicio de tercero de mejor derecho, á quien si pareciese, oiré, y administraré justicia, y en ella le amparad y defended, imponiendo pena de prision, y de tantos mil maravedís para la Cámara de S. M. al que se la perturbe, y requiriendo á los inquilinos de la citada casa le contribuyan con los alquileres que estén debiendo, y devengáren en adelante; lo qual cumplid, pues por mi auto de este dia así lo tengo mandado. Fecho en tal parte, á tantos de tal mes y año. Don F. Por su mandado, F.

Requisitoria para executar al deudor domiciliado en otra jurisdiccion, notificarle el estado de la execucion, y citarle de remate.

429 Don F. Corregidor de esta Villa de tal: hago saber á los Señores Corregidores, Asistente, Gobernadores, Alcaldes mayores y ordinarios, y demas Ministros de Justicia de las Ciudades, Villas y Lugares de estos Reynos y Señoríos, ante quienes esta mi requisitoria fuere presentada, y de su contexto pedido cumplimiento, y especialmente á los de la Villa de tal, que ante mí, y por el Oficio del presente Escribano del Número, se dió pedimento en tal dia por parte de Juan de tal, vecino de esta Villa, presentando una escritura de obligacion (ó de lo que sea) otorgada á su favor por N. en ella á tantos de tal mes y año, ante tal Escribano, haciendo expresion de que el citado N. le estaba

debiendo tantos mil reales procedidos de tal cosa, los que se habia obligado á satisfacer, y poner en su casa en tal dia, pena de execucion, costas y salarios de su cobranza; y de que sin embargo de ser pasado el término en ella estipulado, y mucho mas, no solo no se los habia pagado, sino que ni aun le habia contextado á una carta política que en tal dia le habia escrito á este fin; y mediante hacerle suma falta la referida cantidad, haber espirado el plazo de su solucion, y estar sometido especialmente á mi Juzgado el deudor por la enunciada escritura, concluyó con la pretension de que por lo que de ella resultaba, despachase execucion contra su persona y bienes, librando la competente requisitoria, jurando no pedirla de malicia, y protestando admitir en cuenta legítimas y justas pagas; á cuya solicitud deferí, y tenor de la escritura, pedimento, y auto es el siguiente.

Aquí se ha de insertar lo relacionado, y luego proseguirá la requisitoria.

Concuerdan la escritura, pedimento y auto insertos con sus originales, que existen en el Oficio del infrascripto Escribano, á que me remito; y para que tenga efecto mi proveido, expido la presente, por la qual de parte de S. M. y del Oficio de Justicia que en su Real nombre administro, exôrto, y requiero á los referidos Señores Jueces, y de la mia pido, y encargo que siéndoles presentada por qualquiera persona en nombre del citado Juan de tal, sin pedirle poder, ni otro documento, la manden cumplir, y en su consecuencia que por ante Escribano, y en forma se haga execucion en la persona y bienes del nominado N. por los tantos mil reales contenidos en la prenotada escritura, y por mas su décima, costas y salarios, cuya execucion se trabe y amplie en bienes muebles, y no siendo suficientes, ó por su defecto en raices, que se depositen por cuenta y riesgo de esa Justicia en persona lega, llana y abonada con sumision á mi Juzgado, y no los teniendo, ó aunque los tenga, si no diere fiador de saneamiento, se le asegure y ponga preso en la carcel de esa Villa, en la que subsista hasta que por mí otra cosa se provea; y asimismo se le notifique en su persona pudiendo ser habido, el es-

tado de esta execucion, apercibiéndole que si dentro de setenta y dos horas siguientes á la en que se haga la notificacion (la que se expresará en la diligencia) no pagáre los tantos mil reales, satisfará además la décima parte de ellos, é igualmente si dá por dados los pregones que manda la ley, ó los renuncia, y quiere gozar de su término, y no renunciándolos se darán en esa Villa en dias útiles, y fixarán cédulas en los parages públicos de ella; y pasado el término, se le citará de remate, ó por su ausencia, ú ocultacion á su muger, hijos, criados, ó vecinos inmediatos, dexándole memoria por escrito, y apercibiéndole tambien en ella que si dentro de tantos dias perentorios, contados desde el de la citacion no compareciere por sí, ó por su Procurador, con poder bastante á mostrar paga, quita, ú otra excepcion legítima, que impida el remate de los bienes executados, sin mas citacion, monicion ni interpelacion, (pues por la presente le cito, llamo, y emplazo perentoriamente) procederé á sentenciar la causa, y á lo demas que haya lugar en derecho, y le parará tanto perjuicio, como si con su persona se substanciáran los autos; y evaquado todo, lo mandarán entregar original con esta requisitoria al que la presente, para que la devuelva á mi Juzgado, y en su vista provea justicia; pues en practicarlo así, la administrarán dichos Señores Jueces, é yo haré al tanto ella mediante, siempre que las suyas vea. Fecha en esta Villa de tal, á tantos de tal mes y año. Don F. Por su mandado, F.

Requisitoria de pago para vender bienes existentes en otra jurisdiccion.

430 Don F. Corregidor, &c. Hago saber, &c. que por mi Juzgado, y por el Oficio del infrascripto Escribano del Número se han seguido, y penden autos executivos á instancia de Juan de tal contra Francisco de tal, vecinos de esta Villa, sobre la satisfaccion de tantos mil reales de principal, su décima y costas, procedidos de tal cosa, cuyos autos tuviéron principio en tal dia de tal mes de este año, por pedimento que con presentacion de una escritura otorgada en tal dia ante tal Escribano por el citado Francisco á favor del enunciado Juan, dió, expresando que el nominado Francisco le estaba debiendo los referidos tantos mil reales,

que sin embargo de ser pasado el plazo pactado en la escritura, y de habérselo pedido repetidas veces, no habia podido conseguir su cobro; y que para conseguirlo se veía precisado por la suma falta que le hacian, á usar de los medios judiciales, por lo que concluyó con la solicitud de que por lo que resultaba de la relacionada escritura, despachase execucion contra la persona y bienes del expresado Francisco por los mencionados tantos mil reales, su décima y costas causadas, y que se causasen hasta su efectivo reintegro, jurando no pedirla de malicia, y protestando admitir en cuenta legítimos y justos pagos, á cuya solicitud deferí, y en virtud del mandamiento de execucion que expedí, se trabó en bienes muebles, se le notificó su estado, y á su tiempo citó de remate, y habiéndose opuesto á ella, encargué á ambas partes los diez dias de la ley, en los que, aunque el executado tomó los autos, ninguna prueba hizo, por lo que á instancia del executante, vistos por mí, los sentencié de remate, mandando proseguir la execucion, vender los bienes executados, y de ellos, y su valor hacerle entero pago de los prenotados tantos mil reales, su décima y costas causadas, y que se causasen hasta que se verificase, con tal que diese previamente la fianza de la ley de Toledo, la que con efecto dió, y en su consecuencia, precedida su tasacion, que ascendió á tantos reales, expedí el correspondiente mandamiento de pago, con el que se le requirió, y por no haber satisfecho incontinenti el total débito, se le vendiéron los bienes muebles executados, cuyo valor importó tantos reales, faltando tantos para su complemento. En este estado, y con referencia de lo que queda expuesto, ocurrió el actor en tal dia pretendiendo se procediese contra la persona del executado, á fin de que le reintegrase del residuo en caso de no manifestar mas bienes, lo qual mandé, y al requerimiento que se le hizo, expresó poseer en esa Villa tales bienes raices, los que consentia se vendiesen en pública subasta, y que sus títulos existian en poder de fulano su Administrador, en virtud de cuya respuesta pidió el acreedor librase el competente despacho para su venta, á lo que deferí, mandando se le notificase, y que por su parte, y del executado, se nombrasen peritos para su valuacion, con apercibimiento que se nombrarian de oficio; á cuya notificacion respondió éste que se entendiesen todas las diligencias con su Administrador, y aquel

que se conformaba con lo que por esa Justicia se practicase, segun todo mas por extenso resulta de la escritura, pedimentos, autos, sentencia, y demas diligencias relacionadas, cuyo tenor es el siguiente:

Aquí se inserta lo relacionado.

Y para que lo mandado en mi sentencia, y proveidos ulteriores, tenga debido efecto expido la presente, por la qual de parte de S. M., y del Oficio de Justicia que en su nombre administro, les exorto, y requiero, y de la mia pido, y encargo que siendoles presentada por qualquiera persona en nombre del expresado Juan de tal, sin pedirle poder, ni otro documento, la manden cumplir, y en su consecuencia, que precedida tasacion de los bienes referidos en la respuesta del executado, y demas que declare su Administrador F. por perito que éste nombre, y por el que se elija de Oficio, se saquen á publica subasta, pregonándose, y fixándose cédulas en los parages publicos de esa Villa por los términos del derecho, admitiendo con arreglo á éste para evitar lesion y nulidad, las posturas y mejoras que se hagan en todos los bienes, ó en cada finca, celebrando á su tiempo el remate en el mayor postor, ó postores, aposesionando y entregando los respectivos títulos de ellos á los compradores, despachándoles la escritura de venta, ó ventas correspondientes, del mismo modo que yo lo practicaría, y depositando el producto líquido, baxadas cargas, y costas que ahí se originen, en persona lega, llana y abonada con sumision á mi Juzgado, y evacuado todo, y poniendo, é insertando en la escritura, ó escrituras de venta que se celebren para documentarlas, testimonio de esta requisitoria, y diligencias que en su virtud se practiquen, la devolverán con ellas al conductor, á fin de unirlo todo á estos autos, en donde deben parar, y en su vista proveer lo conveniente; pues en executarlo así administrarán justicia dichos Señores Jueces, é yo en recíproca correspondencia haré al tanto siempre que las suyas vea. Fecha en esta Villa de tal, &c.

Requisitoria de pago contra un deudor vecino de Pueblo diverso de el del juicio.

431 Don F. Corregidor, &c. Hago saber á los Señores Jueces y Justicias de tal Villa, que ya les consta que en tal dia por parte de Juan de tal vecino de ésta, con presentacion de una escritura de obligacion otorgada en ella en tal dia, mes y año, ante F. Escribano por N. que lo es de esa, con sumision especial á mi Juzgado, se dió pedimento exponiendo que el mencionado N. le estaba debiendo tantos mil reales procedidos de tal cosa, los que se habia obligado á satisfacerle, y poner en su casa, y poder para tal dia, que sin embargo de ser pasado el término en ella estipulado, y mucho mas, no solo no se los habia satisfecho, sino que ni aun le habia contextado á una carta política que en tal dia le habia escrito á este fin: que mediante lo expuesto, y hacerle suma falta la referida suma, habia concluido con la solicitud de que despachase requisitoria de execucion contra la persona y bienes del nominado N. por la expresada cantidad, su décima y costas; y que con efecto la expedí, y cumplimentada por Vmds. se amplió y trabó la execucion en varios bienes muebles, y raices del enunciado N., los que se seqüestráron, y depositáron en P. vecino de esa Villa, con sumision á mi Juzgado, se notificó el estado de la execucion al executado, el qual renunció los pregones con protexta de gozar de su término; y pasado éste, se le citó de remate, apercibiéndole que si dentro de tantos dias perentorios contados desde el de la citacion, no comparecia por sí, ó por su Procurador con poder suficiente á mostrar paga, quita, ó razon legítima que impidiese el remate, procederia á sentenciar la causa, y á lo demas que hubiese lugar en derecho, como todo se califica de la requisitoria de execucion, y diligencias en su virtud practicadas ante F. Escribano del Número de esa Villa que existen en el Oficio del presente. Y con motivo de haber espirado el término señalado al executado para comparecer, y no haber comparecido, solicitó el executante sentenciase la causa de remate, y que precedida tasacion de costas, librase la correspondiente requisitoria de pago, y llamados, y vistos los autos, por la sentencia que proferí en tal dia, mandé continuar la execucion,

y hacer trance, y remate de los bienes executados, y de ellos, ó su valor que se le reintegrase del principal, décima y costas, dando previamente la fianza prevenida por la ley de Toledo, como se acredita de los pedimentos, autos, sentencias, y diligencias practicadas, que por su órden dicen así:

Aquí se inserta todo lo relacionado.

Y para que la sentencia de remate inserta se execute, de parte de S. M., y de la Justicia que en su Real nombre administro, exorto y requiero á los referidos Señores Jueces, y de la mia pido, y encargo, que siéndoles presentada por qualquier persona en nombre del mencionado Juan de tal, sin pedirle poder, ni otro recado, la manden cumplir, y en su consecuencia, que por ante Escribano, y en forma se requiera al citado N. le dé, y pague incontinenti, ó á quien le represente, y su accion tenga, los tantos mil reales porque pidió, y se despachó la execucion, con mas tantos de costas procesales hasta aquí causadas, y las que se causaren, y asimismo la décima correspondiente, y no lo haciendo, y cumpliendo así, le sacarán y venderan todos los bienes executados; requiriendo y apremiando á F. á que en fuerza del depósito que constituyó tal dia, y va inserto, los manifieste, y entregue, y entregados, se tasen, y vendan con citacion del deudor en pública subasta, rematándolos en el mayor postor, y haciendo de su valor el referido pago, y no alcanzando, se le saquen y vendan todos los demas precisos, hasta que se verifique enteramente de los que se dé posesion á los compradores, otorgando á su favor la correspondiente escritura, ó escrituras de venta con los insertos conducentes para documentarla, con entrega de los títulos de pertenencia de los raices, todo conforme á derecho, y así evacuado, lo mandarán entregar original con esta requisitoria á la persona que la presentáre, para que lo traiga ante mí; pues en practicarlo así, administrarán justicia, é yo corresponderé reciprocamente siempre que las suyas vea. Fecha, &c.

Suplicatoria á Tribunal superior para hacer un embargo.

M. P. S.

432 Don F. Corregidor de esta Villa de tal, digo que ante mí, y el infrascripto Escribano del Numero se siguen autos executivos á instancia de P. contra N. sobre la satisfaccion de tantos mil reales procedidos de préstamo que le hizo, como consta de escritura que á su favor formalizó en tal dia ante tal Escribano, con cuya presentacion pretendió despachase, como despaché execucion contra los bienes del citado N. por los mencionados tantos mil reales de principal, su décima y costas, la que se trabó, y notificó su estado al deudor; y con noticia que tuvo el acreedor de pertenecer á éste un juro de tanta cantidad de principal, y tanta de renta annua, situado en tales rentas al número tantos en cabeza de F. pretendió se ampliase la execucion, y embargase el citado juro, y á este fin se despachase la competente suplicatoria á V. A., á cuya solicitud deferí, como resulta de la escritura, pedimento, y auto de execucion, traba, pedimento, y auto de ampliacion, que su literal tenor es el siguiente:

Aquí se inserta lo relacionado.

Y para que el pretendido embargo tenga efecto, suplico á V. A. le mande hacer en el expresado juro de tantos maravedís de renta annua situado en tales rentas, y cabeza de F., y que no se acuda con las vencidas, y que de él se vencieren el enunciado N. ni á otra persona, hasta que por mí otra cosa se provea, poniéndose en los libros de la Contaduría de Juros, y demas partes que convenga, las notas competentes, y dándose al acreedor la certificacion correspondiente, pues en mandarlo así V. A. administrará justicia, é yo recibiré merced. Dada en esta Villa de tal, á tantos de tal mes y año. Don F. ante mí, F.

(*Nota* 22.ª) Con arreglo á esta suplicatoria se pueden ordenar las que se ofrezcan, así para embargo, como para otra qualquiera cosa, ya se dirija á Tribunal Supremo, ó á persona de alta dignidad, v. g. un Capitan General, dándoles el tratamiento

que tengan; pero es de advertir, que el Juez observando la buena política, debe echar su firma bastante separada de la última línea, y el Escribano la suya al fin de la plana, poniendo *ante mí*, y no *por su mandado*, como en las requisitorias ó exortos, y la certificacion de embargo que se dé al acreedor, la ha de presentar en los autos executivos para que conste, pues la suplicatoria se queda en la Contaduría.

(*Nota sobre el papel sellado*). Los pedimentos y autos que ocurren en la via executiva, se han de estender en papel del sello quarto mayor. Los mandamientos de execucion y de pago que no pasen de cien ducados, en el mismo sello, como tambien los pregones, posturas y remates de los bienes executados, sus tasas, y demas diligencias; y si exceden de ellos, en el sello segundo, en el qual se estenderán tambien las sentencias de remate por la misma regla, ó en el quarto, atendida la cantidad. Los mandamientos de soltura en el sello tercero; y las requisitorias de execucion y de pago en papel del sello segundo ó tercero, segun sea la cantidad, pero no en el del quarto.

433 (*Adiccion*). En el núm. 119. de este capítulo expliqué qué cosas deben concurrir para proceder executivamente, y remití al lector á este lugar para que supiese á qué Jueces deben acudir á pedir los artesanos, criados, acreedores, alimentarios, jornaleros, y otros contra los deudores privilegiados; y á fin de que se instruyan inserto lo dispositivo de la Real cédula que en el asunto versa, cuyo tenor es el siguiente:

Cédula de 16. de Septiempre de 1784. Siendo notorios los perjuicios que las clases poderosas distinguidas y privilegiadas causaban á los artesanos, porque sin atemperarse á sus rentas tomaban al fiado las obras y artefactos, y dilataban la paga, valiéndose muchos del fuero militar, y otros que gozaban, ó de ser Grandes y Títulos, lo qual cedia en la ruina de muchas familias de estos menestrales, y en perjuicio del público, porque no florecian ni prosperaban los oficios, se trató el asunto en el Consejo, y propuso á su Magestad lo que estimó conveniente; y por su Real resolucion se sirvió mandar, que para que no se dilate el pago de los créditos de artesanos ó menestrales, jornaleros, criados y acreedores alimentarios, se observen las reglas siguientes:

1.° Que desde la publicacion de esta cédula en adelante se allane y quede derogado el fuero de toda distincion de clases y

personas privilegiadas de Madrid y Sitios Reales, para que los artesanos, menestrales, jornaleros, criados y acreedores alimentarios de comida, posada, y otros semejantes, como tambien los dueños de los alquileres, puedan cobrar los créditos de lo que fiaren, executivamente, y sin admitirse inhibicion ni declinatoria de fuero, acudiendo á los Jueces ordinarios, quienes despacharán las executiones sin distincion alguna de clases, y harán los embargos en bienes muebles y rentas, del mismo modo que se practica con los deudores particulares no privilegiados, conforme á las leyes del Reyno, guardando únicamente á la nobleza las excepciones que señalan las mismas leyes, respecto á sus personas, armas y caballo.

II.° Se exceptúa de esta derogacion á los Militares incorporados en sus respectivos Cuerpos, y residentes en los destinos de éstos, y los que tambien estuvieren empleados mientras se hallären en el lugar de sus empleos, aunque se les guardaran los privilegios que se señalan para la nobleza, respecto á sus personas, armas, y caballo, quando procedieren contra ellos los Jueces ordinarios.

III.° La derogacion de fuero, ya sea de Real Palacio ó Bureo, Militar, ú otro qualquiera, por privilegiado que sea, se anotará en quanto á esto precisamente en los títulos ó patentes despachadas, y en las que se despacháren en adelante. Y en su consecuencia se ordena, que todos los Consejos, Gefes de Palacio, y qualesquiera otros Jueces de fuero y privilegio, no impidan directa ni indirectamente á los Jueces ordinarios este conocimiento, ni formen sobre ello competencias, ni manden á los Escribanos de los Juzgados ordinarios vayan á hacer relacion de estos procesos, ni las Justicias ordinarias lo permitan, ni suspendan sus providencias judiciales á pretexto de semejantes competencias, ántes procedan con la actividad de los términos prescriptos en las leyes á los juicios executivos.

IV.° Respecto á las deudas activas de artesanos y menestrales contra todas las clases distinguidas y privilegiadas, contraídas desde la publicacion de esta cédula, se declara, que desde el dia de la interpelacion judicial corran por la mora y retardacion del pago á beneficio de dichos artesanos y menestrales los intereses mercantiles del seis por ciento, para resarcirles el menoscabo que reciben en la demora, y avivar por este medio directamente el pago.

V.º Por quanto en el resto del Reyno abusan igualmente las clases distinguidas y gentes acomodadas, de su prepotencia, para impedir el pago de sus deudas, fiadas ademas en el fuero de Milicias; y otros de que procuran adornarse para burlar la autoridad de los Jueces ordinarios, quiere S. M. que lo que va propuesto en los capítulos antecedentes, se entienda y extienda á las clases distinguidas, y personas acomodadas de todo el Reyno, sin que con este motivo se puedan prevaler de fuero privilegiado alguno, declinar la jurisdiccion ordinaria, ni sobreseer ésta en las execuciones á pretexto de inhibiciones y competencias, de que deberan abstenerse los Jueces de dichos fueros; previniéndolo así con la mayor seriedad los Consejos, y demas Jueces á sus Subdelegados y subalternos.

FIN DEL TOMO TERCERO.

Y LIBRO TERCERO.

NOTA:

Desde la pag. 299. hasta la 501. están equivocadas las citas de remisiones de capítulos, lo que se advirtió á tiempo que ya no podia corregirse, por lo que, y para evitar confusion á los lectores, se ha formado la presente fé de erratas, la que deberá servirles de norma para buscar los capítulos quando se les ofrezca.

ERRATAS.

Pagina.	Línea.	Dice.	Léase
299....	23.....	10.....	13.....
300....	7.....	2.....	7.....
312....	24.....	16.....	19.....
313....	14.....	16.....	19.....
id.....	31.....	16.....	19.....
318....	23.....	§. 15. n. 172.	§. 7. n. 156.....
322....	17.....	16.....	19.....
323....	16.....	6.....	9.....
326....	3.....	quarto.....	*séptimo*.....
id.....	19.....	4.....	7.....
327....	1.....	4.....	7.....
330....	14.....	4.....	7.....
338....	13.....	4.....	7.....
id.....	30.....	11.....	14.....
342....	26.....	4.....	7.....
id.....	26.....	4.....	7.....
344....	23.....	11.....	14.....
id.....	24.....	31.....	32.....
345....	2.....	14. n. 3. al 5..	1. *n.* 180. 181 *y* 182.
346....	6.....	§. 5. n. 76....	§. *IV. n* 122.....
350....	14.....	4.....	7.....
351....	16.....	4.....	7.....
501....	28.....	18. n. 1.0....	17. *n.* 2.....